

ISSN (Impreso): 1812-6804

ISSN (En línea): 2521-5280

DOI://doi.org/10.24265/voxxuris

VOX JURIS

39
Nº 1
2021

MISCELÁNEA JURÍDICA

Lima - Perú Vol. 39 Nº 1 230pp. 2021



USMP
UNIVERSIDAD DE
SAN MARTÍN DE PORRES

FACULTAD DE
DERECHO

REVISTA DE DERECHO
VOX JURIS



USMP
UNIVERSIDAD DE
SAN MARTÍN DE PORRES

FACULTAD DE
DERECHO

REVISTA DE DERECHO
VOX JURIS

MISCELÁNEA JURÍDICA

Volumen 39, Número 1

2021

Lima - Perú

Vox Juris es una revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres, que publica artículos científicos y trabajos de investigación referidos al ámbito académico de la Ciencia y Filosofía del Derecho, disciplinas afines, temas éticos y de interés socio jurídico para la comunidad científica, académica, universitaria e institucional, nacional e internacional, con el objetivo de divulgar el conocimiento especializado en temas de interés y actualidad. La revista tiene una periodicidad semestral. Indizada en Latindex, Dialnet, Clase, Base, Journal Tocs, DRJI, OAJI.net, Citefactor, Rebiun, Miar, EZB, Infobase Index, I2OR, International Innovative Journal Impact Factor, Open Access, Scientific Indexing Services, Alicia, Erihplus, Index Copernicus International, DOAJ, LatinREV, International Scientific Indexing (ISI), REDIB, ResearchBib, WorldCat OCLC, Google Académico, EBSCO, Biblat, Active Research Result, JOURNAL INDEX.org, LatAm Studies (Estudios Latinoamericanos), Hollis Harvard, Actualidad iberoamericana, CIRC, SCILIT, Portal de Periódicos/CAPES, Crossref, Emerging Sources Citation Index de Web of Science, La Referencia, Open AIRE Explore, EUROPUB, Hein Online, Microsoft Academic Search, Science Research, Latindex (version online), Biblioteca electrónica de Ciencia y Tecnología, Dimensions, Rootindexing, UNAM, Mir@bel, Latioamericana, VLEX, CORE y Amelica.

VOX JURIS 39 N° 1

CONSEJO EDITORIAL

Presidente: Dr. Dr. Dr. H. C. Gino Ríos Patiño

- Director del Instituto de Investigación USMP. Profesor universitario.
- Abogado, Maestro en Ciencias Penales, Doctor en Derecho y Doctor en Educación por la Universidad de San Martín de Porres, Lima-Perú.
- Posgrado en Derechos económicos, sociales y culturales por la Universidad de Ginebra, Suiza.
- Diplomado en Filosofía Política, Universidad de Harvard.
- Especialista en gestión, administración, enseñanza, metodología, investigación y didáctica universitaria.

Miembros:

Dra. Beatriz Kalinsky

- Antropóloga. Master en Ciencias Sociales (FLACSO). Doctora en Derecho Social por la Universidad de Buenos Aires, Argentina.
- Profesora de Epistemología y Métodos de investigación social de la Universidad de Buenos Aires.
- Profesora e investigadora universitaria.

Dr. Eduardo Andrés Calderón Marengo

- Abogado por la Universidad Centroamericana (UCA), Master en Derecho de los Negocios Internacionales por la Universidad Iberoamericana de la Ciudad de México, Doctor en Derecho por la Universidad Externado de Colombia. Actualmente, estudiante del programa posdoctoral de la Universidad Externado de Colombia y la Universidad de Zaragoza, España. Docente investigador de la Universidad Cooperativa de Colombia y Universidad Externado de Colombia. Docente de programas de pregrado y posgrado de la Universidad Americana (Nicaragua) y la Universidad Centroamericana (Nicaragua).

Dr. Dr. Mult.h.c. Antonio-Carlos Pereira Menaut

- Jurista, profesor titular de la Universidad de Santiago de Compostela (España) en el área de Derecho Constitucional.
- Director de la Catedra Jean Monnet de Derecho Constitucional europeo.
- Profesor Visitante de las Universidades de Valparaíso, Universidad de los Andes, Universidad de Chile, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Chile).

Dr. Jose Carlos Remotti Carbonell

- Profesor Agregat de Derecho Constitucional en el Departamento de Ciencia Política y Derecho Público de la Universidad Autónoma de Barcelona, (España) / Coordinador Académico del Master en Derecho Público y de la Integración de dicha Universidad.

Dr. Dr. Mult.h.c. Antonio Maria Lorca Navarrete

- Doctor en Derecho por la Universidad de Granada, España. Doctor en Jurisprudencia por la Universidad de Bologna, Italia, catedrático de Derecho Procesal de la Universidad del País Vasco (España).
- Presidente del Instituto Vasco de Derecho Procesal, y miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Ha sido investido Doctor Honoris Causa por diversas universidades nacionales y extranjeras.

Dr. Fernando Miró Linares

- Doctor en Derecho, Director del Centro Crimina, Catedrático y Decano de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de la Universidad Miguel Hernández de Elche, España.
- Especialista y autor de numerosas publicaciones sobre estudio y prevención de la delincuencia y prevención situacional del delito, derecho penal económico y de la empresa y el derecho en las nuevas tecnologías.

Coordinador de Edición: Ing^o. M.A. Luis Suárez Berenguela - Fondo Editorial USMP

Diagramación: Fiorella del Águila Vargas - Fondo Editorial USMP

Traductor: Mtro. Augusto Espinoza Bonifaz

Diseñador Gráfico: José Alberto Bracamonte de Orbegoso

ISSN: 1812-6804 [Impreso]

ISSN: 2521-5280 [En línea]

Depósito Legal 95-0895

Derechos Reservados conforme a Ley

Está permitida la reproducción total o parcial de los artículos citando la fuente.

Las opiniones vertidas en los artículos son de exclusiva responsabilidad de sus autores.

Solicitamos canje.

Wir Bitten um AUSTAUNSCH.

Von Publikationen.

We request Exchange.

Nous demanons l'échange.

Pede se permutate.

Institución editora	:	Fondo Editorial de la Universidad de San Martín de Porres.
Escribir a	:	
Facultad de Derecho	:	Alameda del Corregidor 1865, La Molina, Lima-Perú.
Código Postal	:	Lima, 12.
Teléfono	:	365 7000 - 365 6947 - 365 6948 - 365 6943
Fax	:	365 6957
E-mail	:	investiga_derecho@usmp.pe
Web site	:	www.derecho.usmp.edu.pe
Fecha de impresión	:	El presente número corresponde al semestre enero - junio 2021.

CONTENIDO
CONTENT

Presentación	11	Artículos de revisión	
Agradecimiento	15	Técnica procesal para el cumplimiento provisional de decisiones judiciales en el derecho procesal civil brasileño <i>Procedural technique for the provisional compliance with judicial decisions in brazilian civil procedural law</i> Mtro. Daniel Roberto Hertel Universidad de Vila Velha, Brasil	101
Editorial	19		
Artículos originales			
Malas madres, reflexiones acerca de la maternidad intramuros en las cárceles bonaerenses <i>Bad mothers, reflections on intramural motherhood in buenos aires prisons</i> Lucila Calderone Pandolfo Universidad Nacional de San Martín, Argentina.....	25	El principio de integralidad del sistema general de Seguridad social en salud y las enfermedades catastróficas en Colombia <i>The principle of integrality of the general system of social security in health and catastrophic diseases in Colombia</i> Dra. Luisa Fernanda Martínez Espinosa Abogada Alejandra García Fernández Universidad Santiago de Cali, Colombia.....	111
El cuidador del adulto mayor: mirada en tiempos de Covid-19 <i>The biggest adult's caretaker: look in times de covid-19</i> Dra. C. Celín Pérez Nájera Lic. Lisset Diaz Echemendía Dra. C. Xiomara Cabrera Cabrera Lic. Bertha Rosana Llontop Castañeda Dr. C. Juan Carlos Callejas Torres. Universidad de Ciego de Ávila "Máximo Gómez Báez" / Universidad Señor de Sipán / Universidad César Vallejo, Cuba / Perú	39	De vuelta a lo esencial: el problema de la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales <i>A return to the essentials: the problem of the legal nature of community of property</i> Dra. Romina Santillán Santa Cruz Universidad de Zaragoza, España	125
Dos años (2018-2020) de comisión de ética judicial en España <i>Two years (2018-2020) of judicial ethics commission in Spain</i> Luis Bueno Ochoa Universidad Pontificia Comillas de Madrid, España	55	Dos reflexiones para la construcción dogmática de la fase de corroboración en la colaboración eficaz <i>Two reflections for the dogmatic construction of the corroboration phase in effective collaboration</i> Williams Alexander Robles Sevilla Universidad de Salamanca, España	137
Impacto del diseño de una plataforma virtual en la enseñanza del derecho <i>Impact of the design of a platform on a virtual educational community</i> Franklin Steve Salazar Visurraga Universidad de San Martín de Porres, Perú	73	La suspensión: "el juego de los encantados" en las controversias constitucionales en México <i>The suspension: "the freeze tag game" in constitutional controversies in Mexico</i> Irvin Uriel López Bonilla Universidad Veracruzana, México	159

Involucramientos de adolescentes en el crimen organizado: abordaje mediático, jurídico y criminológico <i>Adolescent involvement in organized crime: media, legal and criminological approach</i> Wael Sarwat Hikal Carreón Facultad de Filosofía y Letras, Universidad Autónoma de Nuevo León, México 169	Interceptación, difusión de las comunicaciones privadas y libertades informativas en el proceso de judicialización peruano. Ponderación, límites e interés público <i>Interception, dissemination of private communications and informational freedoms in the peruvian judicialization process. Weighting, limits and public interest.</i> Juan De la Puente Mejía Universidad de San Martín de Porres, Perú197
Afectación de los derechos de las personas intersexuales en el Perú como consecuencia de la falta de regulación legal <i>Affection of the rights of intersexual people in Peru as a consequence of the lack of legal regulation</i> Jenny Carla Vásquez Pezutti Contraloría General de la República, Perú183	Interpretación sistemática de la normativa penal peruana sobre delincuencia organizada: apuntes de sus presupuestos dogmáticos <i>Systematic interpretation of peruvian criminal law on organized crime: notes of their dogmatic specifications</i> Wendy Requejo Passoni Universidad de San Martín de Porres, Perú209

PRESENTACIÓN

PRESENTACIÓN

Vox Juris es una publicación científica de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres, de periodicidad semestral. Difunde artículos científicos y trabajos de investigación de la ciencia y filosofía del Derecho, ciencias afines, temas éticos y socio jurídicos. Está dirigida a la comunidad científica, académica, universitaria, institucional, nacional e internacional, de Derecho, Ciencias Sociales, Filosofía y Ética. Su objetivo es divulgar el conocimiento y promover la investigación científica en dichas ramas del saber, en temas de interés general y de actualidad.

Todos los derechos quedan reservados por la Universidad de San Martín de Porres. Esta publicación no puede ser reproducida total ni parcialmente, ni archivada o transmitida por ningún medio, sea electrónico, mecánico, de grabación, fotocopiado, microfilmado, por registro u otros métodos, sin que se cite la fuente de origen.

Las contribuciones inéditas que recibe *Vox Juris*, como artículos originales, artículos de revisión, artículos de opinión, artículos de análisis de casos, artículos históricos y semblanzas; son puestas en conocimiento del Consejo Editorial; revisadas en línea por expertos (pares) externos, nacionales o extranjeros, quienes opinan en forma anónima bajo la modalidad doble ciego, sobre la calidad y validez científica de los trabajos; y sometidas a la corrección de estilo. El tiempo de revisión en la mayoría de los casos es de dos a cuatro meses. Solo se publican las contribuciones que han subsanado las observaciones correspondientes y que finalmente han merecido opinión favorable. Los revisores y la revista no se hacen responsables de las opiniones vertidas por los autores de las contribuciones publicadas.

La revista es de acceso abierto en versión digital. Cuenta con la Licencia Creative Commons CCBY-NC-ND. Está disponible a texto completo en la siguiente página web: <http://www.aulavirtualusmp.pe/ojs/index.php/VJ/index>

Vox Juris está indizada en: Latindex, Dialnet, Clase, Base, Journal Tocs, DRJI, OAJI.net, Citefactor, Rebiun, Miar, EZB, Infobase Index, I2OR, International Innovative Journal Impact Factor, Open Access, Scientific Indexing Services, Alicia, Erihplus, Index Copernicus International, DOAJ, LatinREV, International Scientific Indexing (ISI), REDIB, ResearchBib, WorldCat OCLC, Google Académico, EBSCO, Biblat, Active Research Result, JOURNAL INDEX.org, LatAm Studies (Estudios Latinoamericanos), Hollis Harvard, Actualidad iberoamericana, CIRC, SCILIT, Portal de Periódicos/CAPES, Crossref, Emerging Sources Citation Index de Web of Science, La Referencia, Open AIRE Explore, EUROPUB, Hein Online, Microsoft Academic Search, Science Research, Latindex (version online), Biblioteca electrónica de Ciencia y Tecnología, Dimensions, Rootindezing, UNAM, Mir@bel, Latioamericana, VLEX, CORE y AmeliCA.

Copyright 2019 FADE-USMP
Depósito legal: 95-0895
ISSN: 1812-6804 (Impreso)
ISSN: 2521-5280 (En línea)

AGRADECIMIENTO

**AGRADECIMIENTO A EXPERTOS QUE PARTICIPARON COMO PARES
EVALUADORES EXTERNOS EN LA REVISTA VOX JURIS 39, N° 1, 2021.**

El Presidente del Consejo Editorial expresa su reconocimiento y gratitud a los expertos que se desempeñaron como pares evaluadores externos de los artículos científicos, contenidos en el Volumen 39, Número 1 (2021).

La revisión por pares es un proceso de valoración crítica, completa y especializada que ayuda a mejorar la calidad del contenido de nuestra revista. Este proceso es llevado a cabo en forma honoraria por especialistas en el área temática correspondiente, que coadyuvan con los autores y los editores con recomendaciones para detectar errores y mejorar la calidad de los artículos.

Nómina de árbitros extranjeros

Fabiola Lahtrop Gómez (Chile)

Natalia Soledad Ojeda (Argentina)

Gerardo Bernal Rojas (Chile)

Luz Marina Méndez Navarro (España)

Nómina de árbitros nacionales

Jesús Víctor Alfredo Contreras Ugarte

Christian Cárdenas Manrique

Nathalie López Novoa

José Luis Pacheco De la Cruz

Jaime Sánchez Ortega

Walter Mendizábal Anticona

Manuel Bermúdez Tapia

Luis Leyva Jiménez

EDITORIAL

EDITORIAL

Esta edición se publica, como la anterior, aún en tiempos de pandemia, período dilatado e incierto de nuestras vidas, que marcará esta época. Pese a tan difícil circunstancia sanitaria, la ciencia sigue sin detenerse, produciendo nuevos conocimientos en sus respectivos campos de especialidad. Obviamente, la atención de la comunidad científica se posa sobre los trabajos de investigación de las ciencias de la salud, que buscan postular nuevas formas para hacer frente al COVID-19, sin embargo, en nuestro ámbito central, que es la ciencia jurídica, es importante destacar que la producción continúa de manera constante y segura, aportando nuevos conocimientos a los problemas de la realidad social, relacionados o no a la pandemia, para beneficio de la comunidad jurídica y de las ciencias sociales.

Es laudable constatar cómo los diferentes ámbitos del conocimiento científico, se esfuerzan por ofrecer las deducciones y corolarios de sus investigaciones a la comunidad, cumpliendo con el *telos* científico de crear nuevo conocimiento para utilidad de la sociedad. Indudablemente, las ciencias sociales y las humanidades, que tienen como objeto de estudio al hombre y su medio, contribuyen positivamente con la finalidad de comprender más y mejorar la existencia humana, como también lo hacen las ciencias exactas, la tecnología y la innovación, máxime si actualmente los linderos interdisciplinarios son permeables, por lo que los contornos divisorios entre unas ciencias conocidas como exactas y naturales y otras denominadas blandas o sociales, deberían tener más porosidad y aproximación que impermeabilidad y fisuras.

Se trata simplemente de patrones formativos que hay que contribuir a desterrar, para lo cual es indispensable difundir más el conocimiento que se produce desde nuestras ciencias sociales y la utilidad práctica de su aplicación en un mundo con elevados índices de pobreza, exclusión, violencia, individualismo, corrupción, desigual distribución en el ingreso y explotación irrazonable del medio ambiente, entre otras apremiantes características para cuya solución y superación tienen mucho que aportar la ética, economía política, la sociología, la antropología, la historia, la educación, la psicología, la filosofía, la ciencia política, las relaciones internacionales y el derecho, entre otras ciencias sociales.

El esfuerzo científico es de todos los científicos, pues todos apuntan a coadyuvar a la solución de los complejos problemas de la más diversa índole que la realidad presenta a las sociedades, de ahí que se requiera pluralidad en la aportación de soluciones, para lo cual es indispensable que el apoyo del estado y el sector privado se proyecte hacia todas las ciencias, tanto las exactas como las sociales, para no excluir a ninguna. Tan importante es respaldar el conocimiento para curar una enfermedad, como avalar una política pública y la aplicación de normas jurídicas para prevenir la conflictividad, la violencia y la inseguridad, neutralizando las causas que las originan, de tal modo de perfilar una sociedad mejor para vivir.

En ese sentido, esta edición presenta artículos originales, como el de la investigadora argentina Lucila Calderone Pandolfo, intitulado “Malas madres, reflexiones acerca de la maternidad intramuros en las cárceles bonaerenses”, en el que analiza la situación a la que se enfrentan las mujeres madres que se encuentran en prisión con sus pequeños hijos; examina cómo se va construyendo la maternidad durante la estadía en prisión; y delinea cuáles son las consecuencias de ser madre intramuros.

Asimismo, el artículo original de las profesoras cubanas Celín Pérez Nájera y Lisset Díaz Echemendía; de las profesoras peruanas Xiomara Cabrera Cabrera y Bertha Llontop Castañeda; y del profesor peruano Juan Carlos Callejas Torres, intitulado “El cuidador del adulto mayor: mirada en tiempos de Covid-19”, en el que desde una óptica criminológica y victimológica y con énfasis en el cuidado de los gerontes en Cuba y su proyección para enfrentar la pandemia del Coronavirus, propone juicios organizativos de las variantes que pueden presentarse en el ejercicio de la labor del cuidador.

También el artículo original del profesor español Luis Bueno Ochoa, intitulado “Dos años (2018-2020) de Comisión de Ética Judicial en España”, en el que estudia la actividad desarrollada por dicha Comisión durante sus dos primeros años de funcionamiento con relación a los principios de ética judicial en España.

El profesor peruano Franklin Salazar Visurraga comparte el resultado de su investigación intitulada “Impacto del diseño de una plataforma virtual en la enseñanza del derecho”, en el que se centra en determinar la influencia del nivel de calidad del diseño de una plataforma en el nivel colaborativo dentro de una comunidad educativa virtual en la enseñanza del derecho; evalúa la posibilidad de aproximarse más a las razones de tener un ambiente colaborativo considerando otros elementos que pudieran influir en un trabajo asociativo; y rescata la dimensión “diseño de plataforma” como prioridad.

Entre los artículos de revisión, se publica el del profesor brasileño Daniel Roberto Hertel, intitulado “Técnica procesal para el cumplimiento provisional de decisiones judiciales en el derecho procesal civil brasileño”, en el que desarrolla los diversos aspectos relacionados con el cumplimiento provisional de las decisiones judiciales en el Código de Proceso Civil Brasileño de 2015, centrándose en los precedentes del Superior Tribunal de Justicia (STJ) y en los precedentes del Supremo Tribunal Federal; y postula la posibilidad de convertir la ejecución provisional en definitiva.

El artículo del criminólogo mexicano Wael Hikal Carreón, intitulado “Involucramientos de adolescentes en el crimen organizado: abordaje mediático, jurídico y criminológico”, en el que llama la atención sobre el incremento de la participación activa de los jóvenes en los hechos ilícitos relacionados al crimen organizado; y postula que factores como la pobreza, marginación, falta de oportunidades, desarrollo social y humano, entre otros, siguen impactando en los grupos vulnerables.

El de la maestra en derecho constitucional Jenny Vásquez Pezutti, intitulado “Afectación de los derechos de las personas intersexuales en el Perú como consecuencia de la falta de regulación legal”, en el que pretende demostrar que existe una falta de regulación en nuestro país respecto a las personas intersexuales, que lleva no solo al desconocimiento de su existencia, sino que además deja en zozobra la protección de sus derechos fundamentales, trayendo como consecuencia la intervención médica para la reasignación del sexo, donde la mutilación de genitales se convierte en la práctica más común para dar solución a lo que la sociedad ve como un cuerpo nacido imperfecto, sin importar para ello el consentimiento del paciente.

El del profesor mexicano Irvin López Bonilla, intitulado “La suspensión: el juego de los encantados en las controversias constitucionales en México”, en el que estudia la evolución de la suspensión y su naturaleza como medida cautelar en los medios de regularidad constitucional, de forma que, con miras a enervar cualquier daño de imposible reparación, provocado por un órgano estatal que inobserve disposiciones pilares del texto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el sistema de protección del federalismo, la división de poderes y la tutela de la persona humana, deben aplicarse las características connaturales cautelares de la suspensión, para adelantar provisionalmente los derechos que, con posterioridad, sean estudiados en su constitucionalidad.

El de la abogada peruana Wendy Requejo Passoni, intitulado “Interpretación sistemática de la normativa penal peruana sobre delincuencia organizada: apuntes de sus presupuestos dogmáticos”, en el que identifica y analiza los presupuestos dogmáticos esenciales para la interpretación sistemática de la normatividad aplicable; y postula que adoptar una perspectiva fraccionaria de dicha normativa puede conllevar a diversidad de posturas que menoscaban la seguridad jurídica.

El de la investigadora peruana Romina Santillán Santa Cruz, intitulado “De vuelta a lo esencial: el problema de la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales”, en el que estudia la vieja discusión existente en el derecho peruano sobre la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales, cuya discusión actual se sitúa entre la tesis de la copropiedad y la tesis del patrimonio autónomo; y postula la necesidad y urgencia de una solución adecuada por los posibles conflictos que pueden generarse en la práctica, sobre todo ante la posibilidad de embargar y ejecutar bienes sociales para garantizar el pago de deudas personales contraídas por uno de los cónyuges.

El del abogado peruano Williams Robles Sevilla, intitulado “Dos reflexiones para la construcción dogmática de la fase de corroboración en la colaboración eficaz”, en el que dedica dos reflexiones para la verificación de la información que aporta un aspirante a colaborador eficaz previa a la presentación del acuerdo y su homologación judicial.

Finalmente, el del abogado peruano Juan De la Puente Mejía, intitulado “Interceptación, difusión de las comunicaciones privadas y libertades informativas en el proceso de judicialización peruano. Ponderación, límites e interés público”, en el que aborda desde un nuevo ángulo el juicio mediático, a partir de la difusión de las interceptaciones obtenidas ilegalmente, dando cuenta de los movimientos en favor de la penalización de estas conductas, la ponderación en el proceso de judicialización, y el valor que adquiere el interés público como un concepto/principio y parámetro que permite administrar el conflicto entre el secreto de las comunicaciones y las libertades informativas.

El trabajo aborda desde un nuevo ángulo el juicio mediático, a partir de la difusión de las interceptaciones obtenidas ilegalmente, dando cuenta de los movimientos en favor de la penalización de estas conductas, la ponderación en el proceso de judicialización, y el valor que adquiere el interés público como un concepto/principio y parámetro que permite administrar el conflicto entre el secreto de las comunicaciones y las libertades informativas.

Es una edición miscelánea de diversas especialidades jurídicas, tales como, constitucional, civil, penal, procesal y deontológica; y de ciencias sociales como la criminología y educación, que sin lugar a dudas enriquecerá el acervo cognoscitivo de nuestros lectores con nuevos conocimientos especializados para mejorar la comprensión de los problemas sociales y aportar a la transformación de los respectivos ámbitos de la realidad nacional.

Dr. Dr. Dr. H.C. Gino Ríos Patio
Presidente del Consejo Editorial

ARTÍCULOS ORIGINALES

MALAS MADRES, REFLEXIONES ACERCA DE LA MATERNIDAD INTRAMUROS EN LAS CÁRCELES BONAERENSES

BAD MOTHERS, REFLECTIONS ON INTRAMURAL MOTHERHOOD IN BUENOS AIRES PRISONS

Lucila Calderone Pandolfo
Instituto de Altos Estudios Sociales
Universidad Nacional de San Martín
<https://orcid.org/0000-0002-1417-1391>
lucilacalderone@hotmail.com
Argentina

Recibido: 26 de mayo de 2020

Aprobado: 8 de julio de 2020

SUMARIO

- La construcción de la mujer/madre
- El punto de partida
- La relación histórica cárcel/maternidad
- Ejercer la maternidad intramuros
- El tiempo en prisión
- La toma de decisión
- Conclusiones
- Bibliografía

RESUMEN

Las mujeres en prisión se enfrentan al desafío de como transitar su maternidad. Algunas mujeres ya tuvieron hijos antes de ser detenidas, otras quedaron embarazadas durante su estadía en el penal. Cualquiera que haya sido la forma, las mujeres madres que se encuentran detenidas tienen que tomar muchas decisiones en relación a como transitar su maternidad. En Argentina, los niños menores a 4 años pueden permanecer junto a sus madres durante el tiempo de institucionalización. Esta primera decisión conlleva muchas consecuencias en ambos casos. Sea cual fuere la decisión tomada, son juzgadas como “buenas o malas” madres y el trato que reciben también está subjetivado por su rol maternal. En este trabajo

me pregunto cómo se construye la maternidad en prisión y cuáles las consecuencias de ser madre intramuros.

PALABRAS CLAVE

Cárceles, maternidad, decisión, infancia, Estado

ABSTRACT

Women in prison face the challenge of how to navigate their motherhood. Some women already had children before being detained, others became pregnant during their stay in the prison. Whatever the form, the women mothers who are detained have to make many decisions regarding how to travel their motherhood. In Argentina, children under 4 years can remain with their mothers during the time of institutionalization. This first decision has many consequences in both cases. Whatever the decision, they are judged as “good or bad” mothers and the treatment they receive is also subjectivated by their maternal role. In this work I wonder how motherhood is built in prison and what are the consequences of being an intramural mother.

KEYWORDS

Prisons, motherhood, decision, childhood, State

“Cultura es siempre historia, agencia y poder, disputa y alteración. La vida social es una condición procesual, no una causa automática, de los modos de pensar y actuar”
(Grimson, Semán 2005, p.9)

LA CONSTRUCCIÓN DE LA MUJER/ MADRE

En la sociedad argentina, el lugar de la mujer ha atravesado un proceso de desnaturalización. Hace no muchos años atrás, se vinculaba a la mujer con su función reproductiva en un sentido fundacional. Esta corriente biologicista se ha ido deconstruyendo y cuestionando a partir de muchos debates y movimientos sociales en especial feministas que han replanteado el lugar de la mujer. Se ha generado conciencia social, demostrando que las sociedades occidentales, en su mayoría patriarcales, están construidas sobre relaciones de dominación masculina y de violencia de género, con un fuerte discurso presente de menosprecio de la mujer y de lo femenino.

Esta imagen de la mujer, en la modernidad, se ha construido a partir de la presencia de determinados valores tradicionales anclándose sobre tres mitos: el de mujer madre, el de la pasividad erótica femenina y el del amor romántico, donde el amor y las emociones transforman a las mujeres en débiles e irracionales (Silva, Spataro, 2008). Esta subordinación del género femenino en el campo de estudios post coloniales ha servido de modelo para analizar la relación poder-sujeción a nivel más amplio.

La estructura de relaciones que se desentraman a través de las reflexiones en torno al género ha permitido complejizar otros tipos de subordinación voluntaria. (Segato, 2003) “Para el Estado (...) la subordinación de la mujer no es un tema que implique ningún tipo de riesgo. Al igual que la industria cultural, el Estado refuerza la dominación de género” (Silva, Spataro, Op. Cit. p.108). Y a su vez es necesario mantener una alerta metodológica para evitar identificar cada acción subalterna con una transgresión política o un acto de desvío simbólico.

Este fenómeno es observable en las estructuras de las bases de la sociedad y se reproduce a escala en todos los aspectos de la vida cotidiana. “La alternancia de la lógica de

reserva y la de dominación, asociada a la alternancia de presiones de agentes diferentes de la dominación simbólica, permite describir esta historia, es decir, inmovilizar cada una de sus fases para describirla” (Grignon, Passeron, 1991, p.2). Si bien, los movimientos sociales de mujeres, fundamentalmente en los últimos años han logrado enormes avances al respecto, algunas cuestiones continúan arraigadas en el seno de las sociedades occidentales. Como dice Rita Segato (Op. Cit. p.56). “el poder se revela, a veces, con infinita sutileza”.

Para acceder o complejizar estas cuestiones es necesario realizar un análisis del discurso poniendo en juego distintas herramientas. Para construir una reflexión, es necesario tomar la resistencia como construida en contexto de hegemonía, estableciendo que el orden se impone de manera total representando un supuesto consenso extendido, donde lo subalterno, desde un impulso, continúa procurando construir gestos de resistencia (Alabarces, 2008).

En Argentina, particularmente, las juventudes han demostrado que ha cambiado el paradigma en género, pero el resto de la sociedad continúa reproduciendo el machismo a menor y mayor escala. En los extremos sociales de pobreza y riqueza, estas cuestiones se encuentran mayormente arraigadas. Ideales como el de “familia” están fuertemente consolidados en la conciencia social. La cultura tiende a organizarse como sistema simbólico. La dominación social tiene efectos simbólicos sobre los grupos dominantes y dominados. La posibilidad de acceso a la educación y a la reflexividad acerca de nosotras mismas son las herramientas fundamentales para lograr avances en este orden.

EL PUNTO DE PARTIDA

Un gran avance ha sido el hecho de que las maternidades han comenzado a concebirse como construcciones sociales contemplando las particularidades de quienes decidan ejercerla. Hoy en día no hace falta ser mujer para tener un hijo. En este marco, me propongo analizar cómo perciben y autodefinen su maternidad las mujeres que se encuentran en prisión y cómo se construye la mirada social sobre ellas y sus hijos. “Las representaciones proponen modelos de vida, invisten de sentido a las prácticas y lo que los sujetos hacen con esas

representaciones es un punto importante para este análisis” (Silba, Spataro, Op.Cit. p.92)

En esta oportunidad me he propuesto abordar la maternidad intra muros, cómo se construye y cómo la perciben y la vivencian quienes la ejercen. El lugar que ocupan las mujeres en la sociedad se reproduce al interior de las cárceles, donde la pena que perciben las mujeres madres va mucho más allá de la condena y la privación de la libertad.

El conflicto que atraviesa a los estudios acerca de la resistencia parte principalmente de la pobreza de las etnografías y de la falta de capacidad de representar y escuchar los intereses y los deseos de las clases subordinadas y representarlos desde sus propias ópticas, sin estar atravesados por las políticas de las clases dominantes. A su vez la crisis en las representaciones, no permite realizar un retrato veraz de otro (Ortner, 2016). Por este motivo considero indispensable dar voz a aquellas mujeres quienes han ejercido su maternidad intra muros, procurando describir cómo conciben su lugar como mujeres/madres/detenidas.

LA RELACIÓN HISTÓRICA CÁRCEL/ MATERNIDAD

En las cárceles de Argentina, la Ley de Ejecución Penal Nacional 24.660 establece que las mujeres privadas de la libertad están habilitadas a convivir con sus hijos hasta los 4 años de edad, y la Suprema Corte de Justicia bonaerense se adhiere a esta ley por medio de la resolución 129. La Ley federal de ejecución de la pena privativa de la libertad en el artículo 195 establece que las madres pueden estar dentro del penal con sus hijos hasta sus 4 años de edad y, en dicho momento, si el padre u otro familiar no pueden hacerse cargo de la tenencia (art. 196) los niños en cuestión quedan a disposición de un instituto público.

En las cárceles del servicio penitenciario bonaerense existen pabellones maternos. Allí conviven las mujeres, sus hijos menores de 4 años junto a detenidas embarazadas.

Mi trabajo de campo ha sido realizado en los pabellones maternos de la Unidad 33 de los Hornos, dependiente del Servicio Penitenciario Bonaerense.

Las presas que son madres de niños menores a 4 años, o que están transitando su embarazo a la hora de cumplir su condena deben enfrentar una compleja decisión ¿qué hacer con los niños?

La marginalidad es el factor común de un alto porcentaje de detenidas. Muchas de ellas han padecido infancias y adolescencias violentas. E incluso muchas de ellas han vivido situaciones de extrema violencia hasta el momento de quedar detenidas. En la gran parte de los casos, la situación económica en el exterior es de extrema pobreza. Algunas de ellas han sido madres solteras. Otras no. Sin embargo, al momento de ingresar al penal la decisión solamente las contempla a ellas. En este punto me detendré más adelante, pero quiero destacar la ausencia de medidas que contemplen la paternidad de los detenidos masculinos.

En general, las mujeres, afuera, no habían tenido la oportunidad de que alguien les preguntase qué querían hacer con sus embarazos, algunas de ellas ni siquiera habían tenido acceso a métodos anticonceptivos.

Si bien en la Argentina se han producido diversos cambios legislativos en relación a la regulación de la maternidad, estas campañas no siempre han sido efectivas. A continuación, detallo aquellas que considero de mayor importancia para contextualizar este tema.

En el 2003, a través de la Ley 25.673 se creó el Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable que estableció el acceso gratuito a la información sobre concepción, educación y salud sexual. En el año 2004 surge la Ley de Parto Humanizado, Ley 25.929, que busca limitar el intervencionismo médico injustificado al momento del nacimiento y revitalizar el derecho de los padres de exigir y establecer su deseo de cómo realizar el parto. A su vez, en 2006, la Ley 26.130 promulgó que la ligadura de trompas y la vasectomía debían realizarse también en forma gratuita. En el mismo año se lanza el Programa Nacional de Educación Sexual Integral, a través de la Ley 26150 para como su nombre lo indica, profundizar en la educación sexual, derechos y toma de decisiones de los individuos. En el 2007, a partir de la resolución 232/2007 se dispuso la distribución de anticonceptivos hormonales sin costo.

En el 2009, con la Ley 26.485 se establece la Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres, haciendo especial hincapié en la violencia obstétrica. En el mismo año a través del decreto 1602/09 se implementó la Asignación Universal por hijo. En 2010 la Ley de Reproducción Asistida permitió el acceso a un tratamiento de fertilidad asistida.

EJERCER LA MATERNIDAD INTRAMUROS

Las mujeres cuando ingresan a la cárcel deben resolver qué hacer con sus hijos. Esta decisión las sitúa en una compleja contradicción moral. Para empezar, se establece una especie de doble condena. Por un lado, han sido privadas de su libertad. Esta es la condena que ejerce el Estado sobre ellas y el delito que han cometido. Por otra parte, en una especie de circularidad peligrosa se encuentran rotuladas bajo la categoría de *malas madres*¹. Son malas madres porque han violado la ley y como consecuencia han sido encarceladas abandonando a sus hijos pequeños, descuidándolos. A su vez, si deciden llevarlos con ellas en su permanencia carcelaria son *malas madres* porque exponen a estos niños pequeños a una situación de encierro.

El imaginario construido demuestra el trasfondo de representaciones que se establecen en un proceso de construcción y reconocimiento. Este conjunto coordinado de representaciones intersubjetivas, en un espacio y tiempo determinado, establece la forma en que la cultura crea marcos de entendimiento modelados y legitimados. Los sectores populares adquieren dichas representaciones de sí mismos, si bien presentan la posibilidad de impugnación, es posible observar el grado de alcance. “El problema reside, por lo tanto, en intentar entender las experiencias populares como situaciones complejas en donde se traman sentidos diversos provenientes desde diferentes lugares de poder y con desigual peso en la dialéctica cultural” (Alabarces, Rodríguez, 2008). Se establece una relación tripartita entre poder cultural, representaciones y construcción simbólica fundamental para reponer los núcleos de sentido a partir de los cuales se procesan sus identidades.

1 Categoría nativa utilizada en las entrevistas.

Para desarmar esta afirmación de *malas madres* tan presente en la perspectiva de los propios actores, es necesario analizar diferentes instancias. La primera de ellas hace hincapié en el supuesto “abandono” que se plantea al momento de salir a delinquir. En la mayoría de los casos, las mujeres que salen a robar lo hacen para proveer el sustento familiar. En una de sus publicaciones, Scott (1990) se pregunta de qué manera se logra que la subcultura de los subordinados tenga un alto grado de conformidad.

Para el autor, la respuesta está situada en el sistema de incentivos y sanciones sociales que se imponen a quienes respetan o rompen las reglas. Existe entonces un tipo de sanción que compensa la presión que se ejerce desde arriba. De esta forma, aquel subordinado, que pretenda “*darse aires de superioridad*” es castigado con violencia, desde la desaprobación, exclusión, intimidación hasta la física. Este complejo sistema de premios y castigos regula la pertenencia y la conformidad dentro del grupo, regulando prácticas colectivas, actos lingüísticos, y la vida social misma.

En segundo lugar, paradójicamente, quienes deciden tener a sus niños junto a ellas encuentran en ese tiempo compartido un resarcimiento en su función maternal. La cárcel termina cumpliendo funciones restitutivas, conformándose como dadora de servicios (deficitarios, pero presentes) ausentes en la situación de libertad.

Para desarrollar esta cuestión, es necesario contextualizar la situación en el exterior. Desde la perspectiva teórica en relación a este tema, y desde la mirada del sentido común, hay prácticamente unanimidad en relación a qué los penales no son espacios propicios para el desarrollo motriz, intelectual y emocional de los niños. Cuando las mujeres deben cumplir una condena en prisión, tres derechos se superponen: el derecho de las mujeres de decidir sobre su maternidad, el derecho de los niños, y el derecho del Estado de ejercer la pena. Primando el derecho de los niños sobre las demás cuestiones, o utilizándolo como argumento principal, se establece que ningún niño debería encontrarse en situación de encierro. La permanencia en una situación de encierro produce efectos negativos en su desarrollo, que han sido evaluados: complicaciones psicomotrices, dificultad en el

lenguaje, exposición a situaciones de violencia institucional, ausencia de figuras masculinas con efectos negativos en la vinculación posterior en el afuera, entre otras cuestiones. Sin embargo, ningún estudio hace foco en qué sucede con aquellos niños que quedan afuera de las cárceles.

En este caso priman dos opciones: la primera es que permanezcan con un familiar cercano. Este familiar debe pasar una evaluación que permita demostrar que tiene los medios sociales y económicos para la crianza de dichos niños². Si el familiar no “aprueba” dicha evaluación, o no existe tal familiar que pueda hacerse cargo los niños son judicializados. La justicia desarrolla distintas intervenciones para en principio procurar que se mantengan en su medio familiar, y si no es posible gestionan su ingreso a hogares o institutos. Carolina Ciordia y Carla Villalta (2015) analizan como es el proceso en que la acción judicial y administrativa determinan que la solución es la adopción. La fuerza de esta medida se basa en la protección de esos niños y niñas que en general se encuentran en situaciones de extremas carencias socio- económicas, o sufren violencia, negligencia e incluso abandono. En primera instancia se trata de que se queden en su núcleo familiar. La resolución final es producto de una compleja trama de diagnósticos y evaluaciones de diferentes autoridades y profesionales, juzgados, asesorías de menores entre otros actores que conforman los dispositivos de protección de la infancia.

Los diferentes agentes que participan en el diseño de soluciones posibles, intentan también negociar, establecer alianzas, componer y apuntalar a través no solo de soluciones jurídicas, sino también de subsidios, recursos y de otra clase de bienes – conferir guardas, legitimar como representante y responsable, evaluar positivamente a determinadas personas en detrimento de otras-. Negociaciones y alianzas que, no obstante, al tener como trasfondo relaciones de desigualdad, resultan muchas veces en la “confrontación de mundos simbólicos” diferentes y se resuelven en la coerción explícita. Coerción que apuntará a construir otro orden familiar para los niños. (Ciordia, Villalta, Op. Cit., p.72)

En ambos casos, el principal efecto es la desvinculación con sus madres. En general, cuando alguien dentro de la familia es detenido, la mujer es quien se ocupa de asistir a las visitas, de llevar a los niños, de mantener los vínculos familiares. Cuando las detenidas son las propias mujeres, quien queda a cargo de sus hijos tiene que hacerse cargo económicamente. Además de la inversión de dinero, también debe administrar el tiempo para criar a estos niños y muchas veces la distancia de los penales de la ubicación de la familia hace que las visitas sean escasas o simplemente nulas.

EL TIEMPO EN PRISIÓN

Para profundizar este análisis considero necesario, en el contexto actual y particular de las cárceles de Latinoamérica, replantear el lugar que ocupa la prisión en la vida de los detenidos. Y describir cómo se ha transformado la concepción del tiempo en prisión, un tiempo sociológico. Manuela Da Cunha (2004) desarrolla cómo esta transformación en la relación con el tiempo ha producido un cambio en la naturaleza de la prisión contemporánea. Antes los muros representaban una ruptura con el afuera. El afuera representaba la red de relaciones anteriores a estar preso. Esa ruptura generaba una discontinuidad, la cárcel entonces consistía en un tiempo aparte, en un mundo aparte. El tiempo en prisión se construía como un presente inmóvil.

En la actualidad esto ha cambiado. Esas redes sociales, antes separadas por los muros, se han transpuesto colectivamente a las cárceles. El tiempo en prisión ha dejado de ser algo aislado, un tiempo fuera de la vida de una persona, para pasar a ser parte de la vida cotidiana de quienes se circunscriben en ciertos parámetros de marginalidad y pobreza. Todos tienen un amigo, conocido, familiar preso. La cárcel ha sido un lugar familiar en algún momento de sus vidas. La frontera simbólica que representaba la cárcel ha desaparecido. Esta nueva percepción ha generado que pasado, presente y futuro se den en un *continuum* y de la misma manera se ha atenuado la frontera que separaba el mundo interno con el afuera. El empobrecimiento generalizado de los detenidos, influyó en la concepción del tiempo en prisión, así como esto en el trabajo y el entretenimiento intra muros. Ambas cosas son valoradas durante la institucionalización ya que escasean en libertad.

2 Los criterios de esa evaluación exceden el alcance de este trabajo.

La transposición de las fronteras de la prisión es continua y ocurre en múltiples formas. La vivencia intramuros dejó de ser autorreferencial para reportarse constantemente al exterior. En segundo término, la vida en prisión prolonga de algún modo la vida de afuera, dado que en su interior se mantienen relaciones con parientes, amigos y vecinos. (Da Cunha, Op. Cit., p.37)

La introducción de esa parte de la vida que antes quedaba afuera, es decir, de las relaciones sociales, ha generado un cambio diacrónico en la temporalidad carcelaria.

En este contexto, la cultura popular gira en torno a la contradicción que surge de las fuerzas populares contra el bloqueo de poder. Esto da lugar a la lucha cultural. Este colectivo, el “pueblo” y lo que a él refiere, “lo popular” se convierte en problemático.

La cultura popular es uno de los escenarios de esta lucha a favor y en contra de una cultura de los poderosos: es también lo que puede ganarse o perderse en esa lucha. Es el ruedo del consentimiento y la resistencia. Es en parte el sitio donde la hegemonía surge y se afianza. (Hall, 1984, p.10)

La frontera se diluye, la cárcel incorporó física y simbólicamente al barrio. Las relaciones anteriores no se interrumpen con la pena, y las intra muros no se acaban con la libertad. El rasgo fundamental de las instituciones totales era precisamente la ruptura intra – extramuros. Al incorporar el mundo exterior a la prisión, las fronteras se desdibujan, y las instituciones pierden su característica principal totalizadora. Es por esto que el modelo Goffmaniano puede ser considerado como prescrito. La frontera carcelaria se ha vuelto permeable, porosa. Para dar cuenta de la trama carcelaria debemos tomar la continuidad analítica entre la prisión y el barrio (adentro-afuera).

En el caso particular de las mujeres – madres detenidas, la cárcel ha comenzado a cumplir nuevas funciones restitutivas, en relación a la presión social de ser buenas mujeres y buenas madres. En vez de usar los recursos del Estado para poner en marcha políticas de inclusión, la cárcel se ha convertido en una agencia del Estado que cumple el papel de dadora de servicios de salud y educación, por ejemplo, inalcanzables en la vida libre (Kalinsky, Cañete, Op. Cit., p.2).

En este marco, se da una resignificación de la pena como tiempo de descanso y de por paradójico que suene, de mayor libertad. La mayoría de estas mujeres han sido víctimas de abusos y de violencia. La cárcel, al ser una institución cerrada les procura una sensación de seguridad. Por otra parte, durante la estadía en prisión se “descansa” de la necesidad de cometer delitos para subsistir. Lejos de ser un disfrute, ya nada puede ser peor. Y por las condiciones de su vida afuera, la cárcel se repite a lo largo de sus historias personales como lugar de alternancia entre su propia casa y el pabellón.

La cárcel fue (...) un descanso de una violencia estructural que no es comparable con la micro-violencia institucional de una cárcel, y esto es mucho decir (...) ¿Pueden las personas haber transitado por vidas que sean aún más marginales y violentas que un ámbito carcelario? (Kalinsky, Cañete, Op. Cit., p.16)

LA TOMA DE DECISIÓN

En esta situación de fronteras permeables y de continuum de marginalidad en la vida de las detenidas se desarrolla la toma de decisión. Las mujeres detenidas se enfrentan a la decisión de qué hacer con sus hijos menores a 4 años. En algunos casos, han quedado embarazadas dentro de la prisión, pero en otros ya tienen hijos al momento de quedar detenidas y tienen que decidir qué hacer con ellos. En este sentido

La cultura es un producto de la actuación social que trata de dar sentido al mundo en el que se encuentran los actores mismos, y su uno va a dar el sentido de una cultura, debe situarse en la posición desde la cual esta fue construida. (Ortner, 2016, p.129).

Por esto mismo me propongo un análisis que contemple la perspectiva de los actores y que surja de sus propias experiencias.

Se ha establecido que necesariamente los niños no deben ser criados dentro de una cárcel, y esto a simple vista es algo lógico dentro del pensamiento del sentido común. Cuando uno recorre un penal, puede descubrir a simple vista que las condiciones de existencia no son favorables para un niño pequeño. La estructura en si de una unidad penitenciaria es fría y húmeda. Las celdas son pequeñas. El espacio está compuesto por elementos que son

funcionales a la seguridad del lugar y al castigo de los detenidos que nada tienen que ver con el mundo que uno imagina para un bebé: rejas, alambres de púas, cemento, candados, cadenas, más rejas. Extensa bibliografía detalla los motivos por los cuales los niños no deben permanecer en prisión. Sin embargo, considero

Hay tendencias de la producción teórica actual que habilitan, una y otra vez, la degradación analítica en función de modas y performances comprometidas con los avatares del autor y demasiado desinteresadas por los contextos. Justamente la situacionalidad radical es uno de los puntos básicos en cualquier debate contemporáneo de cultura. Esto no invalida en absoluto, como veremos más adelante, las pretensiones de construcciones teóricas que posibiliten comprender una multiplicidad de procesos. Sin embargo, objetivamente la ilusión academicista que busca ocultar la propia contextualidad de sus postulados. (Grimson, 2005:36).

Para llegar a una conclusión es necesario establecer que la dicotomía que tan marcada está entre el adentro y el afuera no siempre necesariamente implica que en el afuera existan mejores condiciones de supervivencia.

El proceso que conlleva esta decisión es complejo y contradictorio y es necesario ver todos los aspectos que atraviesan la maternidad intra muros, para dar luz sobre el modo en que son tomadas estas decisiones y que consecuencias acarrearán. El hecho de que la cárcel sea un lugar inhóspito para la crianza de un niño, no da por sentado que esos niños en particular van a tener afuera mejores condiciones de vivienda, alimentación, resguardo e incluso protección que dentro de un penal.

En el imaginario social los niños recién nacidos deben estar entre algodones, no exponerse al frío o a la humedad, no estar expuestos a grandes conglomeraciones de gente, estar bajo un techo, recibir abrigo y comida. Sin embargo, esto tampoco sucede en las condiciones de extrema marginalidad y pobreza en la que vive una parte de la población argentina, y sin embargo no cae sobre ellos el peso de la decisión de mantener a sus hijos con ellos y no darlos en adopción.

La resistencia no puede ubicarse solamente en la actitud popular de aceptación pasiva frente a la imposición de valores dominantes.

Establecer como la cultura popular escapa a las imposiciones de la legitimidad cultural implica un proceso de enfrentamiento a la acción simbólica de la dominación. Y a su vez si todas las acciones populares se catalogan como “resistencia popular” por su carácter de no sumisión, se pierde de vista la construcción de la representación popular, se desdibuja la posibilidad de alteridad. Su construcción de sentido queda redimida a su carácter contestatario, se representa como opositora al orden dominante (Grignon, Passeron, Op. Cit., p.74).

En la superposición de derechos lo que prima sobre lo demás es la legislación que establece que debe “encarcelar” a las mujeres que han sido detenidas. En este aspecto, me interesa destacar que no en todos los países rigen las mismas leyes.

En España, la legislación es similar a la Argentina. Sin embargo, en Noruega, las mujeres embarazadas no están obligadas a cumplir la condena, en Italia rige el arresto domiciliario para las madres, en Suecia las mujeres que maternan pueden posponer el cumplimiento de la pena hasta resolver quién cuidará a sus niños en su ausencia, en Hungría se demora hasta un plazo de 1 año. En Pakistán los límites de edad de permanencia de los niños difieren según su género (varones hasta 10 años, niñas indefinidamente) y en Bolivia rige una particular regulación que permite que la familia entera se mude con la mujer condenada, pudiendo el hombre salir a trabajar (Naredo, 2010).

Cada legislación habla del lugar de las mujeres en cada sociedad en particular y la reflexividad del sistema acerca de la maternidad. En algunos casos es profundamente patriarcal, en otros es contemplativa, en el caso de Argentina particularmente es deficiente. No hay una política clara dirigida y re pensada orientada a las mujeres y su maternidad.

A su vez, si la bajada de línea es poco clara y escasamente desarrollada en relación a las mujeres, en relación a los hombres es inexistente. No existe ningún tipo de regulación que establezca que sucede con los niños y sus padres, sus vínculos y no existe tampoco la posibilidad de que ellos tomen decisión alguna sobre su paternidad o la tenencia de sus hijos. Si bien los hombres en situación de encierro no declaran abiertamente la necesidad de

revincularse con sus hijos, el sistema no da lugar a la mínima reflexión. Esto demuestra que no solamente el lugar de la mujer es pensado desde una óptica arcaica y patriarcal, sino el de la familia y el hombre y la paternidad también.

CONCLUSIONES

Las mujeres que se encuentran detenidas se enfrentan a un doble juzgamiento moral. Por un lado, son juzgadas (y castigadas) por el delito que han cometido con la privación de la libertad. Pero a su vez son cuestionadas por no haber cumplido el mandato social de ser buenas madres. Por su supuesta culpa sus hijos han sido separados de ellas rompiendo un vínculo que es catalogado como fundamental. En paralelo, aquellas que han decidido llevarlos junto a ellas durante su condena, también reciben su crítica porque exponen a los niños a una situación de violencia y encierro. La sociedad es siempre un proceso constitutivo con presiones muy poderosas que se expresan en las formaciones culturales, económicas y políticas y que para asumir la verdadera dimensión de lo “constitutivo”, son internalizadas y convertidas en “voluntades individuales” (Thompson, 1995, p.26)

Es fundamental poder ver la forma de concepción de la desigualdad, dominación y subalternidad pero dándole un tratamiento de igualdad tanto a los sujetos como a sus representaciones (Alabarces, Añón, 2008, p.300). La maternidad en la sociedad occidental durante muchos años fue representada como inherente al género femenino. Tanto las corrientes ideológicas, como el sentido común de la sociedad exponían que la mujer se realizaba como tal cuando se convertía en madre.

Este tipo de preconcepciones componentes principales del patriarcado se vienen deconstruyendo desde la década del 60 con el surgimiento del feminismo. Año tras año, las mujeres hemos dado duras batallas que permiten pequeños avances en nuestros derechos. Sin embargo, hay nociones o ideas tan arraigadas en nuestra sociedad que encontramos presentes en los lugares y hechos menos imaginados. Los sectores populares y marginalizados tienen más arraigados los conceptos de familia y mujer tradicional. Donde las mujeres son quienes deben ocuparse de criar a sus hijos y

realizar las tareas del hogar. Sin embargo, estas mujeres siguen arrastrando la culpabilidad de ser malas madres por estar ausentes o delinquir para cubrir las necesidades de sus familias. Es paradójico pensar que basándose en esta evaluación acerca de las madres presas que hace foco en la precariedad de condiciones de existencia, y la violencia, surge un dilema ético y jurídico, ya que se podría dar lugar a evaluar si los padres pobres y de clases desfavorecidas pueden ejercer su paternidad adecuadamente (Igareda, 2010).

Existe extensa bibliografía que habla acerca de las consecuencias psicológicas y sociales de los niños que viven en prisión. Algunas de las consecuencias más notables son, exposición a una infancia violenta, desarrollo tardío del lenguaje, miedo al salir o a los ruidos fuertes y temor ante la presencia masculina que no existe dentro del penal. Las críticas a estas mujeres no cesan. Mucha de la bibliografía, y de los artículos periodísticos que hacen referencia al tema cuestionan particularmente la decisión que toman las madres de exponer a sus hijos a la situación de encierro.

En este punto, he desarrollado tres cuestiones. La primera, el hecho de que las mujeres detenidas tengan que tomar una decisión, extremadamente compleja, la cual considero que es necesario complejizar y contextualizar para poder entender cuál es el proceso que atraviesan para tomarla y cómo las detenidas lo vivencian desde su perspectiva. Dentro de este proceso de toma de decisión he procurado describir cuáles son las posibilidades dentro de cada decisión, es decir. Qué pasa cuando los chicos ingresan al penal, y qué sucede cuando no lo hacen, ¿Con quién se quedan? ¿Qué sucede con la revinculación? La segunda cuestión hace referencia a la ausencia de leyes, artículos o material que explore los mismos caminos en relación a los padres y su paternidad. La tercera cuestión establece que estas mujeres están envueltas en un círculo vicioso donde todos los caminos conducen al mismo resultado: ser catalogadas como malas madres.

Si bien la cárcel ha sido objeto de estudio de muchos investigadores sociales, el caso particular de las madres y en especial desde su mirada no ha sido profundizado. En este marco creo que es necesario dejar de lado la dicotomía entre el adentro y el afuera, para

comenzar a analizar que los contextos de violencia y marginalidad dentro y fuera de la cárcel no son tan distantes. La principal diferencia radica en que en un caso las detenidas se encuentran contenidas por una institución, y que la violencia en algunos casos también se encuentra institucionalizada, sin embargo, las precariedades de las condiciones de existencia se dan afuera y adentro. Es decir, en ambos hay violencia implícita, en un caso institucionalizado y en otro caso, producto de la marginalidad social, y si bien parece una obviedad afirmar que *los niños no deben estar en prisión* es necesario profundizar el análisis antes de determinar que esos niños van a estar mejor afuera que adentro junto a sus madres.

En este contexto es la voz de las propias mujeres quienes eligen tener a sus hijos junto a ellas y sus motivos la que tiene que llevar a una reflexión más profunda sobre la transformación del rol de las instituciones de encierro y cómo se puede acompañar y estimular ese espacio donde muchas mujeres configuran su maternidad.

Alabarces y Añón plantean que debe concluirse hacia una definición de lo popular entendido como subalterno

Una definición que enfatice el plural, pero que no se tranquilice en él; que incluya siempre el conflicto, el poder, la desigualdad, sin naturalizarlos ni cristalizar a los sujetos en ellos; que incorpore a la noción de popular las múltiples articulaciones jerárquicas que permite la noción de subalternidad; que reflexione de modo constante sobre el lugar del intelectual sin enmudecer; que , a contrapelo de expectativas y deseos legitimistas o reproductivistas, agudice el entrenamiento para leer allí mismo pliegues, fisuras, intersticios, tráfico. Una definición que incluya la perspectiva de género en toda su complejidad. (2008, Op. Cit., p.300)

Se trata de construir nuevas aproximaciones teóricas y metodológicas hacia las culturas populares. Es por esto, que retomando mis preguntas de investigación considero que las mujeres priorizan tener a sus hijos junto a ellas a pesar de las consecuencias negativas que puedan enfrentar en prisión. En los casos que he conocido y observado estas mujeres encontraron en prisión el tiempo social y el espacio para desarrollar su maternidad. A pesar de estar bajo el rótulo de *malas madres* dentro del penal no deben enfrentar al resto de la sociedad.

Procurando generar un cruce de los análisis teóricos, las prácticas y las experiencias se puede llegar al fondo de las relaciones de poder. Este tipo de estudios permiten vincular los dispositivos representacionales de los sectores dominantes con las formas de construcción de la experiencia de los subalternos. Cultura significa entonces comprender el mundo imaginativo en el que operan los actores, las formas de poder y la agencia. En este marco se da la construcción de significados, lejos de representar sistemas culturales. En este contexto mi intención fue dar voz a las mujeres madres, con el objetivo de poder analizar en la subalternidad relaciones de poder y género generando un espacio de reflexividad de los actores sobre sí mismos.

En la mayoría de los casos todas las madres detenidas coincidían en los reclamos y en las deficiencias de la cárcel como espacio para criar a un hijo, pero también se encontraban en el punto de tener el tiempo y los recursos para estar junto a ellos. Mirarlos, observarlos, acompañarlos. Creo que el hecho de *estar presas y ser madres* obliga a estas mujeres a reflexionar sobre su maternidad. Es importante detenerse en este aspecto. No es menor el hecho de que surja dentro de este contexto un espacio de reflexividad de los actores sobre sí mismos. Antes de entrar a prisión nadie les había preguntado qué es lo que querían hacer con sus hijos. Desde el momento de la detención estas mujeres tienen la posibilidad de elegir si tenerlos con ellas o tenerlos afuera. Este punto de inflexión desencadena otra serie de reflexiones acerca de cómo van a decidir sobre su maternidad.

Es importante establecer que, a partir de esta instancia, las mujeres presas se ven obligadas a evaluar los pro y los contra de que sus pequeños hijos estén con ellas dentro del penal. Y al momento de tenerlos esta reflexividad se extiende y se comparte. Las razones pueden variar, pero lo que queda es este espacio permeable a cómo ellas van a transitar este camino. La cárcel con todos los problemas que acarrea por ser una institución anticuada, con métodos y objetivos desactualizados se ha convertido en un depósito transitorio de una parte de la población marginal. Y para esta parte de la sociedad, la cárcel es un espacio más donde continúan sus relaciones interpersonales familiares y vecinales.

En este contexto, la maternidad no es ajena. El estado se vuelve proveedor de los servicios y necesidades básicas de los habitantes del penal. Lo hace en forma deficiente, pero lo hace. Los detenidos cuentan con techo, comida, servicio de salud. Para una gran parte de la población carcelaria estos servicios en el afuera eran inexistentes. Para las madres ocurre lo mismo. Los niños reciben la atención básica, la unidad provee los pañales, la leche, los medicamentos. En la vida de las mujeres que me tocó conocer en la unidad 33, la mayoría de ellas me relataban que afuera no existía ese tiempo con los hijos que existe en la cárcel. Afuera el tiempo se ocupa tratando de conseguir esos deficientes bienes básicos para subsistir.

Considero que la decisión acerca de sus hijos representa un momento de quiebre y que la toma misma de decisión es un proceso complejo que trae consecuencias negativas en ambos aspectos, pero prevalecen los aspectos positivos de tenerlos junto a ellas. Si bien las condiciones de crianza no son favorables, y se pierde el vínculo con el resto de la familia, el hecho de permanecer junto a sus madres en un pabellón exclusivo de madres e hijos representa una serie de consecuencias favorables tanto para los niños como para las mujeres en su condena, desde su perspectiva. Además, el miedo a perder el vínculo con sus hijos es factor determinante. La permanencia de hijos y madres en el penal establece una organización del tiempo espacio de la pena y una regulación de horarios y actividades que ordena y determina el día a día. La solidaridad de encontrarse en la misma situación establece vínculos de apoyo en relación a la crianza y las actividades cotidianas. La presencia de los niños, el jardín, la plaza, los actos, los cumpleaños, las enfermedades, las necesidades, los pañales, la leche, el ranchito, son parte de los factores que establecen un dinamismo en la cotidianidad dentro del penal. En este contexto se desarrolla lo que otras autoras han definido como maternidad colectiva (Ojeda, 2013) y yo prefiero nombrar como colectivo de maternidades.

BIBLIOGRAFÍA

- ABU-LUGHOD, Lila. 'La interpretación de la(s) cultura(s) después de la televisión'. *Etnografías Contemporáneas*, 1(1): 57-92, 2005.
- ALABARCES, Pablo; SALERNO, Daniel; SILBA, Malvina; SPATARO, Carolina. 'Música popular y resistencia: los significados del rock y la cumbia'. En: P. Alabarces, M. G. Rodríguez (comp.), *Resistencias y mediaciones: estudios sobre cultura popular*, pp. 31-58. Buenos Aires: Paidós, 2008.
- ALABARCES, Pablo; AÑÓN, Valeria. '¿Popular(es) o subalterno(s)? De la retórica a la pregunta por el poder'. En: P. Alabarces; M.G. Rodríguez (comp.), *Resistencias y mediaciones: estudios sobre cultura popular*, pp. 281-303. Buenos Aires: Paidós, 2008.
- ALABARCES, Pablo; AÑÓN, Valeria (colab.); CONDE, Mariana (colab.). 'Un destino sudamericano. La invención de los estudios sobre cultura popular en la Argentina'. En: P. Alabarces; M. G. Rodríguez (comp.), *Resistencias y mediaciones: estudios sobre cultura popular*, pp. 261-280. Buenos Aires: Paidós, 2008.
- ALABARCES, P., RODRÍGUEZ, M. G (comp.), *Resistencias y mediaciones: estudios sobre cultura popular*, pp. 89-112. Buenos Aires: Paidós, 2008.
- ANTONY GARCÍA, Carmen. "Mujeres invisibles: las cárceles femeninas en América Latina". *Revista Nueva Sociedad* N° 208, marzo – abril 2007. AUGÉ, Marc. (2014) *El antropólogo y el mundo global*. Buenos Aires. Siglo veintiuno.
- * AUGÉ, Marc, COLLEYN, Jean Paul. (2006) *Qué es la antropología*. Buenos Aires. Paidós Studio 164.
- CAIMARI, M., Lila "Entre la celda y el hogar. Dilemas estatales del castigo femenino (Buenos Aires, 1890-1940)", *Nueva Doctrina Penal*, 2007/ B, pp. 427-450. ISBN 978-987-1397-12-9.
- CERTEAU, Michel de. 'Introducción; 'Culturas populares'; 'Valerse de: usos y prácticas'. En: *La invención de lo cotidiano, I. Artes de hacer*, pp. xl-lv, pp. 19-33, pp. 35-48. México DF: Universidad Iberoamericana, 1996.
- CIORDIA, Carolina, VILLALTA, Carla. (2015) "Administrando soluciones posibles: medidas judiciales de protección de la niñez", *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales*,

Niñez y Juventud, 13 (1). Recuperado en <http://biblioteca.clacso.edu.ar/Colombia/alianza-cinde-umz/20150512125627/CarlaVillalta.pdf>

D'ANTONIO, Débora (2011). Políticas de desarticulación de la subjetividad sexual y de género practicadas en la cárcel de Villa Devoto durante la última dictadura militar argentina (1976- 1983). *Revista Estudios*, N° 25, enero-junio.

DA CUNHA, Manuela Ivone P. (2004) “El tiempo no cesa, La erosión de la frontera carcelaria. A renglón seguido”. Renglones 58-59. Recuperado en <http://ayp.unia.es/dmdocuments/umbrales06.pdf>

DAROQUI, Alcira (2002) “La cárcel del presente, su “sentido” cómo práctica del secuestro institucional”, *Violencias, delitos y justicias en la Argentina*. Buenos Aires. Manantial. Universidad Nacional de General Sarmiento. Recuperado en www.ffyh.unc.edu.ar

FELLETTI, Karina. (2011) *Madre no hay una sola. Experiencias de maternidad en la Argentina*, Buenos Aires, Ciccus.

FOUCAULT, Michel. (2002) *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*. Buenos Aires: Siglo XXI.

GEERTZ, Clifford. (2006). *La interpretación de las culturas*. Barcelona: Gedisa.

GOFFMAN, Erving, (2008). *Internados: Ensayos sobre la situación social de los enfermos mentales*. Madrid, Amorrortu.

GRAZIANO Florencia, VILLALTA Carla, CIORDIA Carolina, GESTEIRA Soledad y FERNANDEZ TUÑÓN Cecilia (2013). Confrontando sentidos sobre la maternidad ‘no ideal’: mujeres y madres presas en las cárceles de la provincia de Buenos Aires. VII Jornadas Santiago Wallace de Investigación en Antropología Social. Sección de Antropología Social. Instituto de Ciencias Antropológicas. Facultad de Filosofía y Letras, UBA, Buenos Aires.

GRIGNON Claude; PASSERON, Jean-Claude. ‘Simbolismo dominante y simbolismo dominado’; ‘Alternancia y ambivalencia’; ‘Domino-centrismo y dominomorfismo’. En: *Lo culto y lo popular: miserabilismo y populismo en la sociología y en la literatura*,

pp. 15-54; pp.55-94; pp. 95-124. Buenos Aires: Nueva Visión, 1991.

GRIMSON, Alejandro; SEMÁN, Pablo. ‘Presentación: la cuestión “Cultura”.’ En: *Etnografías Contemporáneas*, (1): 11-20, Escuela de Humanidades/UNSAM, Buenos Aires, 2005.

GRIMSON, Alejandro. ‘Introducción’. En: *Los límites de la cultura*, pp. 13-51. Buenos Aires: Siglo

GUBER, Rosana. (2014). *La Etnografía. Método, campo y reflexividad*. Buenos Aires, Siglo veintiuno.

HALL, Stuart. ‘Notas sobre la deconstrucción de «lo popular»’. En: R. Samuel (ed.), *Historia popular y teoría socialista*, pp. 93-110. Barcelona: Crítica, 1984.

* HALL, Stuart. ‘Codificação/Decodificação’ [1980]. En: *Da diáspora: Identidades e mediações culturais*, pp.387-404. Belo Horizonte: UFMG; Brasília: UNESCO, 2003.

* HALL, Stuart. ‘Reflexões sobre o Modelo de Codificação/Decodificação – Uma entrevista com Stuart Hall’ [1994]. En: *Da diáspora: Identidades e mediações culturais*, pp.353-386. Belo Horizonte: UFMG; Brasília: UNESCO, 2003.

KALINSKY, Beatriz (2000). *Justicia, cultura y derecho penal*. Buenos Aires: Ad Hoc.

KALINSKY, Beatriz (2006) “Ser mujer” en trabajos fronterizos: las marcas de género *Revista de Estudios de Género. La ventana*, núm. 24, 2006, pp. 229-256 Universidad de Guadalajara Guadalajara, México

KALINSKY, Beatriz (2006). Los usos de la prisión. La otra cara de la institucionalización. El caso de las mujeres encarceladas. Ley, Razon y Justicia. *Revista de Investigaciones en Ciencias Jurídicas y Sociales*, Año 7, N° 10, pp. 181- 204.

KALINSKY, Beatriz (2008) El agente penitenciario: La cárcel como ámbito laboral. Runa 28, ISSN 0325-1217.

KALINSKY, Beatriz (2011). *Conocimiento Antropológico. Ética, subjetividad y condiciones del diálogo*. Buenos Aires. Facultad de Filosofía y Letras.

- KALINSKY, Beatriz (2011). “Hijos de la cárcel. Maternidad y encierro”. En Karina Felitti (Comp.), *Madre no hay una sola. Experiencias de maternidad en la Argentina*, pp. 211-235. Buenos Aires: Ediciones Ciccus.
- KALINSKY, Beatriz y CAÑETE, Osvaldo (2010). *Madres Frágiles. Un viaje al infanticidio*. Buenos Aires: Biblos.
- KALINSKY, Beatriz y CAÑETE, Osvaldo (2005). La maternidad encarcelada. Un estudio de caso. *Revista electrónica del Centro de Investigaciones Criminológicas*, N° 1. [www.derecho.usmp.edu.pe/centro_inv_criminologica/revista/revista_electronica/226_a.htm] Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Universidad de San Martín de Porres. Lima, Perú. Consultado el 12 de diciembre de 2012.
- KLEIN, Melanie. (1990). *Algunas conclusiones teóricas sobre la vida emocional del lactante* (V. S. de Campo, S. Dubcovsky, V. Fischman, H. Friedenthal, A. Korembli, D. Liberman, R. Malfé, N. Rosenblatt, N. Watson & S. Zysman, Trads.). En Melanie Klein Obras Completas (Vol. 3, pp. 70-101). Buenos Aires: Paidós. (Trabajo original publicado en 1952).
- KLEIN, Melanie. (1990). *El desarrollo de un niño* (H. Friedenthal & A. Aberastury, Trads.). En Melanie Klein Obras Completas (Vol. 1, pp. 15-65). Buenos Aires: Paidós. (Trabajo original publicado en 1921).
- KLEIN, Melanie. (1990). *Nuestro mundo adulto y sus raíces en la infancia*. En Melanie Klein Obras Completas (Vol. 1, pp.). Buenos Aires: Paidós. (Trabajo original publicado en 1959).
- LLOBET, Valeria. VILLALTA, Carla. (2014) “Resignificando la protección. Los sistemas de protección de derechos de niños y niñas en Argentina”. *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, 13(1), pp 167-180.
- MALINOWSKI, Bronislaw. (1926) *Crimen y costumbre en la sociedad salvaje*. Barcelona: Editorial Ariel.
- MALINOWSKI, Bronislaw. (1986) *Los argonautas del pacífico*. Barcelona: Planeta – De Agostini.
- MONTALVO CEPEDA, María Augusta (2007). El ejercicio político de la maternidad en la cárcel de mujeres de Quito: Testimonios y perspectivas. Tesis de maestría presentada en Área de Estudios Sociales y Globales. Universidad Andina Simón Bolívar. Sede Ecuador.
- MORENO, Amparo. (2000) Los debates sobre la maternidad. En Carmen Fernández Montraveta, Pilar Monreal Raquena, Amparo Moreno y Pilar Soto Rodríguez (Comp.), *Las representaciones de la maternidad*, pp. 1- 9. Madrid: Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid.
- OJEDA, Natalia. (2013) “*Cárcel de mujeres*”. *Una mirada etnográfica sobre las relaciones afectivas en un establecimiento carcelario de mediana seguridad en Argentina*. Sociedad y economía N° 25. Pp 237-254.
- OJEDA, Natalia. (2013) Tesis doctoral: La cárcel y sus paradojas: los sentidos del encierro en una cárcel de mujeres. Buenos Aires, Unsam, IDAES.
- ORTNER, Sherry B. ‘Actualización de la teoría de la práctica’. En: *Antropología y teoría social: Cultura, poder y agencia*, pp. 13-31. San Martín, Buenos Aires: UNSAM Edita, 2016.
- ORTNER, Sherry B. ‘Theory in Anthropology since the Sixties’. En: *Comparative Studies in Society and History*, Vol. 26, (1): 126-166, (Jan.) 1984. [pp. 144-160] [versión en castellano]
- ORTNER, Sherry B. ‘Resistance and the Problem of Ethnographic Refusal’. En: *Comparative Studies in Society and History*, 37(1):173-94, 1995. ‘La resistencia y el problema del rechazo etnográfico’. En: *Antropología y teoría social: Cultura, poder y agencia*, pp. 57-77. San Martín, Buenos Aires: UNSAM Edita, 2016.
- SCOTT James C. *Domination and the Arts of Resistance. Hidden transcripts* . New Haven: Yale University Press, 1990.
- SCOTT James C. ‘Exploração normal, resistência normal’. En: *Weapons of the weak: everyday forms of peasant resistance*. New Haven: Yale University Press, 1995. [trad.pt]

SEGATO, Rita L. *Las estructuras elementales de la violencia: Ensayos sobre género entre la antropología, el psicoanálisis y los derechos humanos*, Bernal, Buenos Aires, Universidad Nacional de Quilmes edita, 2003.

SILBA, Malvina; SPATARO, Carolina. 'Cumbia Nena. Letras, relatos y baile según las bailanteras'. En: P. Alabarces, M.G. Rodríguez (comp.), *Resistencias y mediaciones: estudios sobre cultura popular*, pp. 89-112. Buenos Aires: Paidós, 2008.

THOMPSON, Edward P. 'Introducción: costumbre y cultura'. En: *Costumbres en común*, pp. 13-28. Barcelona: Crítica, 1995.

THOMPSON, Edward P. 'Prefacio'. En: *La formación de la clase obrera*, pp. xiii-xviii. Barcelona: Crítica, 1989

VACANI, Pablo. (2013) *El tiempo de la pena y el tiempo en el encierro*. Apuntes para el análisis del campo de prisión y la acción concreta en el campo judicial. En *La medida cualitativa de prisión en el proceso de ejecución de la pena*. Programa de Transferencia de Resultados de la Investigación - FD UBA Recuperado en <http://www.derecho.uba.ar/investigacion/transferencia-cuadernillo-eugenio-raul-zaffaroni.pdf>

WILLIAMS, Raymond. 'Teoría cultural'. En: *Marxismo y literatura* [1977], pp. 93-164. Barcelona: Península, 2000.

EL CUIDADOR DEL ADULTO MAYOR: MIRADA EN TIEMPOS DE COVID-19

THE BIGGEST ADULT'S CARETAKER: LOOK IN TIMES DE COVID-19

Dra. C. Celín Pérez Nájera¹
celinpn1973@gmail.com

Lic. Lisset Díaz Echemendía²

Dra. C. Xiomara Cabrera Cabrera³

Lic. Bertha Rosana Llontop Castañeda⁴

Dr. C. Juan Carlos Callejas Torres.⁵
Cuba/Perú

Recibido: 7 de mayo de 2020

Aceptado: 5 de junio de 2020

SUMARIO

- Introducción
- Concepciones doctrinales del cuidador
- Clasificaciones del cuidador del adulto mayor
- La atención del Estado a los adultos mayores ante la introducción y propagación de la COVID-19: mirada desde Cuba
- Elementos configurativos de la figura del cuidador del adulto mayor
- Protección jurídica en Cuba al cuidador del adulto mayor
- Conclusiones
- Bibliografía.

RESUMEN

La figura del cuidador del adulto mayor es una de las líneas de investigación del proyecto “Violencia en la ancianidad” que asume como objetivo proporcionar un material bibliográfico actualizado sobre el tema desde las ópticas

criminológica y victimocriminológica. Con énfasis en el cuidado de los gerontes en Cuba y su proyección para enfrentar la pandemia del coronavirus. La metódica investigativa proporcionó una orientación dialéctico-materialista del entorno, que facilitó la investigación mediante los métodos: histórico-lógico, analítico-sintético, inductivo-deductivo, teórico- jurídico y sociológico. Concibiendo como resultados esenciales una fundamentación teórica desde la Criminología sobre la conceptualización de esta figura, la determinación de los elementos configurativos del cuidador del adulto mayor, valoramos también la atención del Estado a este grupo etario ante la introducción y propagación de la COVID-19 con una mirada desde Cuba y dentro de ello proponemos juicios organizativos de sus variantes en que puede presentarse, así como el análisis de su regulación jurídica en las legislaciones nacionales.

ABSTRACT

The figure of the biggest adult's caretaker is one of the lines of investigation of the project “Violence in the old age” that assumes as objective to provide an up-to-date

-
- 1 Doctora en Ciencias Jurídicas y Especialista en Derecho Penal. Profesora Titular de la Facultad de Ciencias Sociales y Humanísticas. Rectora de la Universidad de Ciego de Ávila Máximo Gómez Báez. Cuba. <https://orcid.org/0000-0002-8964-6427>
 - 2 Licenciada en Derecho. Abogada de la Organización de Bufetes Colectivos del municipio de Ciego de Ávila. Provincia de Ciego de Ávila. Cuba. E-mail: lisset.dias@cav.onbc.cu <https://orcid.org/0000-0002-6058-762X>
 - 3 Doctora en Ciencias Pedagógicas, Especialista en Derecho Penal. Docente de Investigación en la Escuela de posgrado Universidad Señor de Sipán, Perú. E-mail: xiomara Cabrera Cabrera@gmail.com <https://orcid.org/0000-0002-4783-0277>
 - 4 Licenciada en Marketing y Dirección de Empresas. Maestría en Administración de Negocios. Jefa de Relaciones Internacionales de la Universidad Cesar Vallejo en Chiclayo. E-mail: rosanillontop@gmail.com <https://orcid.org/0000-0002-1209-0002>
 - 5 Doctor en Aportaciones Educativas en Ciencias Sociales y Humanas y Doctorado en Ciencias de la Educación. Docente de Investigación en la Escuela de Posgrado Universidad Señor de Sipán, Perú. E-mail: callejas1959@yahoo.es <https://orcid.org/0000-0001-8919-1322>

bibliographical material on the topic from the optic criminological and crime victim. With emphasis in the care of the gerontes in Cuba and their projection to face the pandemic of the Coronavirus. The Methodical Investigative it provided us a dialectical-materialistic orientation of the environment that facilitated the investigation by means of the methods: historical-logical, analytic-synthetic, inductive-deductive, theoretical - juridical and sociological. Conceiving as essential results a theoretical foundation from the Criminology on the conceptualization of this figure, the determination of the elements configurative of the biggest adult's caretaker, we also value the attention from the State to this group ethereal before the introduction and propagation of the COVID-19 with a look from Cuba and inside we propose it organizational trials of the variants in that it can be presented, as well as the analysis of their artificial regulation in the national legislations.

PALABRAS CLAVES

Adulto mayor, cuidador, envejecimiento, pandemia, vulnerable.

KEY WORDS

Bigger adult, caretaker, aging, pandemic, vulnerable.

INTRODUCCIÓN

La Criminología, como acervo de teorías y conocimientos de la realidad, presenta un abanico de posibilidades que incorpora a la estructura social y se desarrolla como parte integrante de un proceso científico único, (Navarrete, 2004, p. 8) para ello demanda de la oportuna formación de conocimientos en el análisis de los problemas sociales complejos, los que requieren un proceso de construcción estrechamente vinculados entre sí, a partir de la cooperación en equipos y comunidades de científicos, profesionales y técnicos de diversos campos; de ahí la necesidad de incursionar en el proceso del envejecimiento poblacional como fenómeno social.

Este envejecimiento afecta a la población a escala mundial, aunque a diferentes ritmos, o sea, unos más acelerados que otros, pero de un modo inexorable se producirá la transición

demográfica, lo que obliga a la familia, el Estado y la estructura política, económica a abordar la figura del geronte como un fenómeno sin precedente que requiere un enfrentamiento multisectorial, con una visión interdisciplinar, diversificada, especializada e integral.

La población mundial continúa creciendo de una manera alarmante, en la actualidad somos 7,000 millones de personas y para el 2050 se pronostica la cifra de 9,500 millones de habitantes. Preocupa entonces el análisis de las estadísticas en los adultos mayores, en las que se predice que el número de personas mayores de 60 años en el planeta se triplique, de 605 millones a casi 2,000 millones en el 2050. Cuba, con un 20.8 % de su población mayor de 60 años, es uno de los países más envejecidos de América Latina y está previsto sea en el 2030 uno de los más envejecidos del mundo con el 30.1 % de la población". (Pérez, 2012, p. 2; Organización Mundial de la Salud, 2018, p. 2; Oficina Nacional de Estadísticas e Información, 2018, p. 12).

En este caso,

[...] el envejecimiento poblacional se produce por la acción combinada de dos connotadas transformaciones sociales que poseen una fuerte relación entre sí: la transformación demográfica y la transformación epidemiológica o de salud. Definidas brevemente, la transformación demográfica se refiere a los cambios en las estructuras de la población, debido esencialmente a las bajas tasas de fecundidad y de mortalidad existentes en nuestro país. La transformación epidemiológica responde a los enormes avances en materia de salud humana, progresos caracterizados por la existencia de menor incidencia, prevalencia y letalidad de las enfermedades crónicas degenerativas e incapacitantes. (Pérez, 2012, p. 3).

Para la investigación se utilizaron los métodos histórico-lógico, analítico-sintético, inductivo-deductivo, teórico- jurídico y sociológico. Estas valoraciones generalizadoras y sistematizadoras tienen un enfoque modelativo y sistémico-estructural.

Cuando analizamos los fenómenos y procesos que se producen en la sociedad el más complejo de todos los sistemas existentes, es necesario considerar los rasgos generales de la causalidad y lo específico de la vida social. Lo específico indica que todas las regularidades sociales se realizan a través de la actividad de las personas. Se puede por tanto relacionar

una serie de particularidades de los vínculos causales en el medio social, (Navarrete, 2004, p. 21) desde esa óptica criminológica reviste una especial importancia el estudio del contexto social y del grupo de riesgo, debido a sus propias características de sensibilidad y fragilidad por la edad, potenciando desde una visión victimocriminológica su estudio y atención a partir de ser considerado un grupo victimal de la realidad social.

Es durante esta etapa de la vida donde el ser humano se torna más vulnerable y necesitado de cuidados, hecho que nos obliga a enfrentar con más premura la situación actual de los cuidadores en el tratamiento al adulto mayor, nos encontramos viviendo una de las realidades más difíciles y con alto costo humano que ha tenido la historia, la pandemia de enfermedad por coronavirus que se identificó por primera vez en diciembre de 2019 en Wuhan, al presentarse un grupo de personas con neumonía de etiología desconocida, su nivel de expansión y afectación en el mundo ha sido inimaginable, se han informado 3'575,412 contagios en más de 184 países con más de 253,717 muertes lamentables y 1'181,403 personas recuperadas. Cuba no ha quedado exenta se muestra una cifra de 1,685 pacientes confirmados con 69 fallecimientos y 954 recuperados. (OMS, 2018, p. 3; Ministerio de Salud Pública de Cuba, 2020, párrafo 6).

A estas alturas, ya nadie ignora que la pandemia no es sólo una crisis sanitaria. Es lo que las ciencias sociales califican de "hecho social total", en el sentido de que convulsa el conjunto de las relaciones sociales, y conmociona a la totalidad de los actores, instituciones y valores. La humanidad está viviendo con miedo, sufrimiento y perplejidad una experiencia inaugural. (...) Nadie sabe interpretar y clarificar este extraño momento de tanta opacidad. (...) Angustiados, los ciudadanos vuelven sus ojos hacia la ciencia y los científicos, como antaño hacia la religión, implorando el descubrimiento de una vacuna salvadora, (...) se busca también refugio y protección en el Estado. (Ramonet, 2020, p. 12).

Las personas adultas mayores,

[...] plantean desafíos específicos, al constituirse como una población heterogénea en términos de salud, discapacidad y demanda de servicios, lo cual insta y reclama atención priorizada y especializada desde toda la sociedad. Debemos tener en cuenta que, junto al progresivo

proceso de envejecimiento, aumentan los índices de dependencia de estas personas, por ello, las salidas a este problema demográfico tan importante transitan por el desarrollo atemperado y evolutivo de las estructuras sociales, económicas y culturales. (Pérez, 2012, p. 2).

De ahí, la necesidad de su atención y proyección en el cuidado ya sea por la familia o el Estado; trazando adecuadas políticas que respalden el proceso de envejecimiento y velen por la multidisciplinariedad de sus acciones; las que, sin lugar a dudas, muestran una visión de futuro con carácter humanista.

CONCEPCIONES DOCTRINALES DEL CUIDADOR

Para abordar la figura del cuidador analizamos su carácter multidimensional, el cual comprende un conjunto de elementos integradores de diferentes dimensiones centradas en la atención a la persona, las que están relacionadas con las características sociales, familiares y culturales relativas al bienestar de los individuos vulnerables.

Debemos partir de evaluar la distinción entre los términos cuidar y asistir, con el objetivo de comprender con más facilidad los conceptos que se expresan. "Asistir y cuidar pueden ser sinónimos, sin embargo, el primero significa acompañar, servir y socorrer; en cambio el segundo, se refiere a los criterios de atender, esmerarse y mimar". (Alvero, 1978, p. 97 y p. 215).

"En la práctica la diferencia pasa por la palabra amor, el que asiste sirve, el que cuida sirve con amor, ternura dedicación y pasión, una madre no asiste a su hijo, una madre cuida a su hijo". (Pérez, 2016, p. 2). El cuidar implica atención personal, vigilancia y acompañamiento, brindar cariño, entrega, comprensión, apoyo y ayuda en las labores que resultan ser un poco complejas para la persona necesitada, es hacerse cargo de una persona y velar por su bienestar.

Se define, además,

[...] como una relación y un proceso; no es la mera ejecución de tareas o la realización de procedimientos prescritos por un médico, el objetivo de los cuidados va más allá de la enfermedad, es una clase de relación constituida

por una disposición genuina para con el otro, reciprocidad y el compromiso de promover el bienestar del otro. El cuidado es un trabajo de amor y con ello se manifiesta su dualidad: el amor o interés emocional por la persona que recibe los cuidados y el aspecto práctico de cuidar a otro. (De la Cuesta, 2013, p. 34).

Por su parte, se destaca que,

[...] el cuidar surge con la propia aparición humana, y presenta dos formas de significado, por una parte, el cuidado consigo mismo y por otra, el cuidado con el otro; define un tipo de relación social específica, basada en afecto y servicio, cariño y trabajo, que se realiza a través de la capacidad de cuidado informal de mujeres, madres, hijas, vecindad o amistad, o de cuidado formal prevista por enfermeras, maestras, trabajadoras sociales, entre otras, (Guimarás, 2015, p. 86).

Esta es la conceptualización que acogemos en nuestra investigación para abordar a la persona destinada al cuidado de los gerontes.

El cuidador es en no pocas ocasiones el recurso, instrumento y medio por el cual se proveen cuidados específicos y muchas veces especializados a los enfermos crónicos, es decir, en ellos se deposita o descansa el compromiso de preservar la vida de otro". Se define también como "aquella persona que asiste o cuida a otra afectada de cualquier tipo de discapacidad, minusvalía o incapacidad, que le dificulta o impide el desarrollo normal de sus actividades vitales o de sus relaciones sociales. (Cruz Rivas, 2016, p. 3; De los Reyes, 2008, p. 12).

Proporcionar asistencia es una forma de que las personas desprovistas sientan que sus necesidades físicas, sociales y afectivas están solucionadas, para los cuidadores, implica una consagración, que conlleva esfuerzos no solos propios sino del resto de la familia.

Cuando analizamos los conceptos encontramos dos enfoques esenciales, en un primer momento una relación-proceso, es decir compromiso y reciprocidad del cuidador y quien se cuida; y una segunda variante mediante un rol social concretada en la capacidad de cuidado informal que posee; en ambos casos existe una misma perspectiva de valoración, la correlación tiene que estar establecida en afecto, responsabilidad y protección.

CLASIFICACIONES DEL CUIDADOR DEL ADULTO MAYOR

La figura del cuidador del adulto mayor ha sido abordada desde disímiles entornos, tales como: la medicina, lo social o lo jurídico; en cada uno de ellos encontramos una amplia gama de clasificaciones el cuidador formal, el informal, los principales o primarios, los secundarios, los empíricos, profesionales, los domiciliarios, así como por beneficios. Al analizar la variedad de prototipos de cuidadores del geronte y en aras de conformar una agrupación clasificatoria concebimos dos grandes grupos de cuidadores: formales e informales.

Los cuidadores formales,

[...] están provistos por grupos u organizaciones que no están unidos por lazos de parentesco o amistad con la persona que recibe los cuidados, estos cuidadores reciben un beneficio patrimonial por la acción de cuidar y son ofrecidos en instituciones. Dentro de ellos contamos con los cuidadores empíricos y profesionales. (Díaz, 2016, p. 16).

Los cuidadores informales, "se presentan con una amplia clasificación, se caracterizan por rasgos esenciales, que son los que en general lo identifican", (Díaz, 2016, p. 17) este tipo de cuidados se concibe como no institucional, puede ser remunerado o no, provisto generalmente por una relación de parentesco. Está constituido por "cuidadores independientes, parte de la familia que trabajan por su cuenta, para cuidar o buscan en esa vía la utilización de un empleo, este se considera constituido por las actividades de provisión de servicios personales en el ámbito doméstico a sujetos con necesidades especiales". (Gallardo y Rojas, 2016, p. 17). Dentro de ellos encontramos los domiciliarios, los primarios, secundarios, empírico y por beneficio.

Según estas clasificaciones generalmente los cuidadores que prestan la ayuda informal son los hijos, cónyuges y nueras, tal y como analizaremos más adelante.

Resumiendo lo anterior clasificamos la figura del cuidador desde dos ópticas diferentes, el cuidado informal fundado en una correlación social basada en sentimientos afectivos que se realiza a través de una relación de vínculo

parental o afecto y el cuidado formal ejecutado por enfermeras, personal institucionalizado, entre otras.

LA ATENCIÓN DEL ESTADO A LOS ADULTOS MAYORES ANTE LA INTRODUCCIÓN Y PROPAGACIÓN DE LA COVID-19: MIRADA DESDE CUBA

La impaciencia que se vive en el mundo,

[...] nos obliga a una mirada diferente a las sociedades desde la política, economía, los sistemas de salud, las estructuras sociales, la desprotección de los grupos más vulnerables, son sucesos que deben servir de experiencia para reformular el contrato social y avanzar hacia más altos niveles de solidaridad comunitaria y mayor integración social. Cualquier respuesta post-pandémica debería apoyarse en los principios de una economía verdaderamente regenerativa, basada en el cuidado y la reparación. (Ramonet, 2020, p. 12).

Indudablemente defendemos un modelo global más humano y solidario.

Se ha demostrado que los gerontes poseen más posibilidades de agravarse al contraer COVID-19, esencialmente porque según se envejece, el sistema inmunológico va cambiando, dificultándose el enfrentamiento ante enfermedades e infecciones y tienen más probabilidades de presentar problemas de salud subyacentes, lo cual agrava su recuperación. Con la edad se aumenta el riesgo que el sistema respiratorio o los pulmones se cierren.

En la cotidianidad la desconfianza e incertidumbre han crecido. Algunos fanáticos ultraliberales no han tardado en reclamar sin tapujos la eliminación maltusiana de los más débiles. El vicegobernador de Estados Unidos Dan Patrick declaró que los abuelos deberían sacrificarse y dejarse morir para salvar la economía. En Holanda, el Primer ministro ultraliberal Mark Rutte, apuesta por la inmunidad de rebaño, el jefe de epidemiología del Centro Médico de la Universidad de Leiden, Frits Rosendaal, declaró que no se deben admitir en las unidades de cuidados intensivos a personas demasiado viejas. La COVID-19 no distingue, pero las sociedades desiguales sí, (Ramonet, 2020, p. 12).

Al escuchar estos criterios, se pueden evaluar cuáles son las medidas de atención y protección a este grupo vulnerable.

Para ello debemos contar con,

[...] un sistema de prevención legitimado por la voluntad política y la activa participación de los ciudadanos donde los Estados que no han desarrollado políticas adecuadas para apoyar a la persona y al cuidador, (...), tengan la obligación de garantizarle todos sus derechos y eso incluye darles apoyo para que tengan actividades durante el día, para que puedan tomar sus decisiones y para que puedan seguir participando... Independientemente, están emprendiendo medidas sanitarias para reducir los contagios y de contención social en favor de los grupos más vulnerables para tratar de contrarrestar los efectos económicos negativos de la pandemia. También están tomando medidas económicas, fiscales y monetarias. (Devandas, 2019, párrafo 4; Hadar, 2020, párrafo 6).

No debemos perder de análisis que el efecto positivo que debe existir en el grupo etéreo no se percibe, falta la prevención intencionada estructural, la que conlleva un grupo de acciones multidisciplinarias para integrarlo socialmente.

La sociedad debe ser solidaria y proteger mejor a las personas mayores, uno de los grupos más afectados por la pandemia, las medidas de distanciamiento social no deben convertirse en exclusión. Los protocolos de prueba deben basarse en las necesidades de salud, y deben descalificar los criterios que no sean médicos, como la edad o la discapacidad. (Kornfeld-Matte, 2020, párrafo 12; Adhanom, 2020, párrafo 7).

La mayoría de los Estados no se prepararon desde sus poderes y estructuras para afrontar esta enfermedad. La pandemia dejó de ser un problema del sector de la Salud para convertirse en un fenómeno global, con esa mirada integradora tienen que afrontar la afectación desde los sectores sociales, económicos y políticos; evidenciándose la desorganización en los sistemas de salud, máxime cuando las políticas privatizadoras han demostrado los crueles resultados vividos. Otro de los errores más comunes ha sido la falta de vigilancia de las estadísticas mundiales ya sea por subestimar la pandemia o por no crear colocaciones necesarias para su enfrentamiento.

Además de la prevención, necesitamos de la adecuada previsión, todos debemos ser conocedores de estas políticas en materia de prevención de riesgos y comprenderlas para ser capaces de acatarlas de forma inmediata y

paliar así los riesgos lo más posible”. Mientras mayor desigualdad exista en las estructuras de un país, “los grupos más vulnerables soportarán el peso de las repercusiones económicas de la pandemia y dispondrán de menos recursos para combatirla. Se debe prestar especial atención a las mujeres por su doble función de trabajadoras y cuidadoras. (Fernández, 2020, párrafo 6; Adhanom, 2020, párrafo 9).

Las sociedades van conformando su proceso de desarrollo, esa identidad reconoce criterios definitivos con relación al orden social que se protege, al interés social que prevalece desde la supremacía de los grupos de poder, al proyecto organizativo de su sociedad civil, entre otras. La sociedad cubana exhibe particularidades únicas en su práctica sobre el control al sistema de salud y en tal sentido dedicaremos nuestra valoración.

Entre las potencialidades que propician el beneficioso crecimiento de la calidad en la salud se encuentra el perfeccionamiento de las organizaciones comunitarias, y la práctica interactiva de la sociedad civil en labores sociales, el actual desarrollo cultural y educacional, entre otras. Precisamente la experiencia socio-preventiva cubana y las capacidades de la sociedad permiten revisar la situación de forma integrada.

Cuba cuenta con un,

Plan Nacional aprobado por el Consejo de Ministros, y dirigido por la máxima autoridad del país, que no solo integra al sistema de Salud Pública, sino a todos los organismos. El plan se basa en la contención al mínimo el riesgo de la introducción y propagación de la COVID-19 en el territorio nacional, así como la disminución de los efectos negativos que trae consigo una epidemia en la salud de la población y su impacto en la esfera económica-social del país. (MSP, 2020, párrafo 11).

Se reorganizaron “los servicios médicos ante la amenaza de la COVID- 19, para evitar la afluencia innecesaria de personas a las instituciones sanitarias y sin poner en riesgo la vida de los habitantes, apostando por las pesquisas activas efectuadas por el personal médico de conjunto con organizaciones de masas”. (Portal, 2020, párrafo 3). El sistema de vigilancia está basado fundamentalmente en la organización de la atención primaria de salud.

Unido a ello se desarrolla un proceso de preparación de todo el personal de salud, para que este sea capaz de evaluar a cada paciente e identificar los casos que puedan ser sospechosos de esta enfermedad. Se organizó un grupo de especialistas de los centros de investigaciones con el objetivo de diseñar y ejecutar tareas para el desarrollo de nuevos conocimientos, productos y servicios relacionados con la COVID-19.

La dirección del país ha decidido los centros y hospitales que serán utilizados territorialmente, para el aislamiento y proceder de contactos y sospechosos de la enfermedad, en este caso las universidades se encuentran siendo utilizadas en su rol social como centros de aislamientos, como parte del flujo de pacientes, desde su identificación como sospechoso, el tránsito en la institución designada; así como los protocolos de tratamiento a seguir.

Se desarrolla un “sistema de capacitación a profesionales, trabajadores y estudiantes del sector Salud, así como de otros Organismos de la Administración Central del Estado, organizaciones y trabajadores por cuenta propia vinculados al turismo”. (MSP, 2020, párrafo 8). Los cursos se apoyan en materiales docentes contextualizados al ámbito de desempeño o labor de cada trabajador, para elevar el nivel de la capacitación. El proceso consta de varias etapas para garantizar la participación directa en la comunidad. Se cuenta además con un Plan de comunicación, con un fin comunicativo y preventivo.

Aunque el sistema de salud cubano presenta carencias e irregularidades, continúa apostando por el desarrollo técnico y profesional, con el fin de continuar defendiendo la calidad de vida de toda la población, esencialmente desde la prevención.

Esta isla, subdesarrollada, bloqueada, ha acondicionado lugares para cuarentena; ha desplegado un pesquiasaje a toda la población con énfasis en los adultos mayores; produce los medicamentos necesarios para su tratamiento; ha enviado misiones médicas a varios países para enfrentar el virus. (Anaya, 2020, párrafo 6). Continúa defendiendo que lo más importante es la vida humana.

EL CUIDADO DE LOS ADULTOS MAYORES FRENTE A LA PANDEMIA COVID-19

La Gerontología muestra una visión integral del desarrollo en el período final del ciclo vital humano, describe a los adultos mayores como sujetos en pleno desarrollo psicológico, con potencialidades para el aprendizaje y para la diversificación de sus actividades cotidianas. Esta visión de la capacidad de desarrollo potencial debe primar en la labor de las personas que se encargan de la atención, cuidado y esparcimiento de los gerontes, en el nivel familiar o institucional, personas a las que denominamos cuidadores. (Pérez, 2012, p. 57).

Esta figura abarca variadas representaciones y en consecuencia demanda de respuestas interdisciplinarias; se caracteriza por la multiplicidad de formas de presentarse en la sociedad.

La COVID-19 ha obligado al planeta a un confinamiento social no esperado, y para los adultos mayores la realidad ha sido más impactante cuando han sido identificados como uno de los grupos de riesgos más sensible, teniendo que acudir al cuidador, es por ello que proponemos varios juicios organizativos donde coincide con el ambiente o contexto espacial de ocurrencia:

- Cuidadores para adultos mayores, que viven en el seno de la familia.
- Cuidadores para adultos mayores a cargo del Estado. (Hogar de ancianos o casas de abuelos).
- Cuidadores para adultos mayores que viven solos, poseen su asistencia o seguridad social.
- Adultos mayores desprotegidos totalmente.

Para esclarecernos conceptualmente examinaremos las variantes clasificatorias mencionadas.

Cuidadores para adultos mayores, que viven en el seno de la familia

Los cuidadores familiares son esenciales en el cuidado y bienestar de los adultos mayores, resultan la solución ideal para las familias durante esta crisis sanitaria, en la mayoría de los casos se esmeran en asistir y proteger a sus

seres queridos de cualquier riesgo que pueda enfermarlos. Se encargan de atenderlos para que los otros miembros de la familia efectúen sus diligencias, el sexo predominante de estas personas que cuidan es el femenino y su conexión parental fluctúa, entre las hijas, las nueras y la esposa o esposo cónyuge.

Cuando,

[...] la persona que cuida es el hijo, existe un vínculo natural familiar con la persona dependiente que favorece la disposición del cuidado, en la mayoría de las ocasiones, representa un fuerte impacto emocional para los hijos darse cuenta de que el padre, la madre o ambos ya no pueden valerse por sí mismos. (Díaz, 2016, p. 18).

Con esta situación de aislamiento social las medidas de cuidado tienen una creciente demanda lo que conlleva a una labor más intensa de higiene, aseo y alimentación; y por ende un gasto económico no planificado. La mayoría de los cuidadores no logran buscar alternativas laborales, pues las medidas extremas han sido en casi todos los sectores, pero no se relacionan con el exterior por miedo al contagio de ese adulto más vulnerable.

“Los hijos e hijas de los cuidadores deben atender también a las necesidades de su familia y propias, decidir dónde, cuándo y cómo invertir los esfuerzos y energías es difícil, sobre todo cuando la realidad asume esfuerzo y sacrificio”. (De la Cuesta, 2013, p. 41).

En el caso de

[...] las nueras cuidadoras, aquí no existe un vínculo consanguíneo con la persona cuidada, solo media una relación de convivencia que no siempre está amparada en sentimientos de cariño o afecto, hacia la persona cuidada. Estas circunstancias pueden derivar en consecuencias negativas en la persona objeto del cuidado, conduciendo a malos tratos, carencia de afecto y confianza por la persona que cuida, quisiéramos precisar que no en todos los casos ocurre de la misma forma, existen nueras que cuidan con tanto amor, y dedicación como el propio hijo o hija. (De la Cuesta, 2013, p. 42).

El otro caso que se presenta son “el esposo o la esposa, cuando uno sufre un deterioro de la salud y necesita ayuda para sus actividades de la vida diaria, el cuidador principal suele ser el miembro de la pareja con mejor salud, la nueva situación que supone cuidar al esposo

o a la mujer puede resultar difícil y exige una constante adaptación”. (De la Cuesta, 2013, p. 43). La comunicación franca y amable ayuda notoriamente en la difícil convivencia llegando a valorarse en oportunidades solo como un compromiso propio del matrimonio.

Cuidadores para adultos mayores a cargo del Estado. (Hogar de ancianos o casas de abuelos)

“Los cuidadores expertos de instituciones son personas capacitadas a través de cursos teórico-prácticos de formación, dictados por equipos multi e interdisciplinarios de docencia, para brindar atención preventiva, asistencial y educativa al anciano y a su núcleo familiar” (Pérez y Moya, 2000, p. 6) estas se ubican en Cuba en las entidades de Salud Pública.

Las moradas para personas mayores, hogares de ancianos o residencia geriátricas resultan un entorno de gran vulnerabilidad por ser un lugar cerrado donde es difícil evitar el contacto entre los numerosos pacientes, en oportunidades no se encuentran con el personal sanitario requerido. La persona responsable de los cuidados no debe tener factores de riesgo de complicaciones, será considerada contacto estrecho y deberá realizar cuarentena domiciliaria durante 14 días.

En la actualidad hay en

[...] Cuba 155 hogares de ancianos, con una disponibilidad de más de 11,000 camas, y 294 casas de abuelos con régimen seminterno. Para ser atendido en estas últimas es preciso tener 60 años o más, tener autonomía en sus actividades diarias, no poseer deterioro cognitivo avanzado y tener alguna problemática social, como que la familia trabaje y deje a la persona mucho tiempo sola, o haber enviudado en un matrimonio de muchos años, algo que afecta en esas edades de manera especial. (Barrios *et al*, 2020, párrafo 17).

Este colectivo es también uno de los más proclives a adquirir el virus puesto que tienen necesidad de cuidados o asistencia, una preocupación especial por los que han sido excluidos de la sociedad y viven en la pobreza, con acceso limitado a los servicios de salud o en espacios de confinamiento como prisiones o asilos. La distancia social no debe convertirse en exclusión social. (Kornfeld-Matte, 2020, párrafo 17).

En algunos países estas instituciones se encuentran en alerta máxima, muchos se han sometido a una cuarentena total, se les ha prohibido la entrada de visitantes, con la excepción de las situaciones del término de la vida, en otros se les permiten a las familias que lo deseen sacar a sus abuelos de las residencias de mayores, temporalmente y con derecho y garantías de no perder su plaza, siempre y cuando se debe mantener un aislamiento por seguridad, teniendo un carácter preventivo del contagio y humanitario al encontrarse con sus seres queridos.

Cuidadores de adultos mayores que viven solos, poseen su asistencia o seguridad social

Para este contexto resulta importante evaluar la figura de

[...] los cuidadores profesionales domiciliarios son los asignados por las instituciones de Seguridad y Asistencia Social, pudiendo ser externos o internos, y por último los cuidadores por beneficio contratados por el propio adulto mayor o por un familiar del mismo, que incluyen dos variantes: los contratados por un salario y los contratados por la obtención de bienes materiales, tales como: el disfrute de una vivienda, el uso de equipos electrodomésticos o medios de transporte, etc., esta última modalidad se utiliza con mucha frecuencia actualmente. (Díaz, 2016, p. 20).

Existe un incremento de “hogares unipersonales en este segmento de la población, lo que a su vez aumenta la probabilidad de aislamiento social y soledad no deseada. Las estrictas medidas de confinamiento suponen un gran reto que conllevan la ausencia o disminución de las interacciones sociales, lo que puede tener implicaciones para la salud física y mental”. (Lara, 2020, párrafo 5).

En Cuba con

[...] la asistencia de los trabajadores sociales se investigó la situación de esas personas, con la propuesta de insertarlas en el Sistema de Atención a la Familia, y ayudarlos a higienizar sus hogares, existen más de mil unidades gastronómicas destinadas a brindar los alimentos a hogares de adultos mayores que viven solos y tienen dificultad para acudir a restaurantes, donde intervienen el Consejo de la Administración del Poder Popular, el Ministerio de Economía y Planificación, la Empresa de

Comercio y Gastronomía, unido a líderes que identifican a estos grupos de poblaciones vulnerables. (Martínez, 2020, párrafo 6; Álvarez, 2020, párrafo 3).

Esta atención como experiencia cotidiana se caracteriza por su solidaridad y carácter humano, evidenciándose como fortaleza de nuestro sistema de salud en los momentos de eventualidad y aislamiento social en que nos encontramos ante la prevención de la pandemia.

Adultos mayores totalmente desprotegidos

Al evaluar esta contextualización, dudábamos, pues quienes serían los cuidadores de una persona que está totalmente desprotegida; y la respuesta es una, la misma persona que debería recibir la atención tiene cuidarse y cumplir el doble rol de sujeto-actor; resultaba difícil la búsqueda pues no es la realidad de nuestro país, sin embargo, sí la de muchos hogares, es por eso que mantuvimos el análisis en la clasificación.

Sólo el 30 por ciento de las personas mayores en el mundo están cubiertas actualmente por programas de pensión, y en la mayoría de las sociedades, la salud, el empleo y los servicios de transporte no son fácilmente disponibles o accesibles. Ante este comportamiento, podrían incrementarse las dificultades económicas y financieras de los adultos mayores. La gente que ha vivido con pobreza y desigualdad llega a la vejez con desventajas acumuladas. Su realidad es la de vivir solitarios afrontando el aislamiento social y enfrentando dificultades para realizar tareas cotidianas con las medidas adoptadas, encontrándose en un riesgo adicional los que no tienen familiares o amigos cercanos. (Stefanoni, 2013, párrafo 2; Huerta, 2020, párrafo 12).

Resulta significativo que,

[...] los prestadores de asistencia sanitaria y la sociedad en su conjunto presten atención a las necesidades especiales de los grupos de población de edad mayor mediante las medidas siguientes: capacitación de los profesionales sanitarios, prevención y atención de las enfermedades crónicas que acompañan a la vejez, elaboración de políticas sostenibles sobre la asistencia a largo plazo y los cuidados paliativos y creación de servicios y entornos que favorezcan a las personas de edad. (OMS, 2017, párrafo 2).

La Organización Mundial de la Salud está trabajando para proporcionar las estrategias, soluciones y suministros cruciales que los países necesitarán. Todos podemos apoyar a los adultos mayores en estos tiempos. Muchos dependen de los servicios y apoyos que se les proporciona en el hogar o en la comunidad para mantener su salud e independencia. Si bien es cierto, que es importante el distanciamiento físico para evitar el contagio, también es importante comprender que no se trata de un aislamiento emocional con quienes o de quienes nos rodean. (Adhanom, 2020, párrafo 7; Orosa, 2020, párrafo 3).

Unido a lo anterior se presenta la victimización de los adultos mayores, teniendo como escenario la situación especial de la pandemia que atravesamos, siendo considerada desde nuestra óptica “como todo aquel maltrato o agresión física, psíquica, sexual y patrimonial que se desarrolla de forma habitual o esporádica y trae como consecuencia un daño o una amenaza para la salud o la integridad del geronte”. (Pérez, 2012, p. 51).

El análisis de este maltrato debe clasificarse a partir del estudio de tres elementos asociados a la acción dañosa: la voluntad del agresor, las causas que originan la agresión y las consecuencias que provoca. En la primera variable se evidencia la intencionalidad del abuso, el deseo o placer que desarrolla el victimario de hacer valer su autoridad o criterio mediante el acto despiadado; en el segundo elemento se representan las fuentes, procedencia y fundamentos en los que basan las agresiones, existiendo un número de factores psicológicos, sociales, económicos que se interrelacionan. El tercero se dirige a las consecuencias que provoca, en la mayoría sus secuelas provocan serios daños contra la salud, bienestar o integridad física. (Campillo, 2002, p. 6).

Sin pretender profundizar en los numerosos fenómenos asociados a los maltratos sobre este grupo etáreo, en estos momentos de confinamiento coincidimos que los factores de mayor incidencia son: el aislamiento social (separado de parientes y amistades), la situación de estrés del cuidador, la violencia generacional en el seno familiar, la violencia estructural, la violencia patrimonial (entendida no solo a las propiedades personales que posee sino también a la sustracción de los beneficios financieros recibidos).

La realidad ante la desprotección, el maltrato y el abandono, unido al envejecimiento poblacional y la vulnerabilidad que se incrementa, se une el

reto de cuidarlos y protegerlos, para ello no solo debemos transformar los servicios asistenciales nos corresponde enfrentar el contexto con una mirada intencional e integradora y aunar fuerzas para frenar en lo posible que “el coronavirus cause más pobres, que muertos” (Ramonet, 2020, p. 45) en cualquier sociedad afectada.

ELEMENTOS CONFIGURATIVOS DE LA FIGURA DEL CUIDADOR DEL ADULTO MAYOR

Para adentrarnos al estudio del cuidador resulta vital analizar elementos que estructuran su representación, es por ello que desarrollaremos cada uno de ellos.

Fundamentos de la labor del cuidador

En este caso hacemos referencia a los cimientos, al sostén sobre el que recae esta tarea tan sacrificada, pero al igual tan digna de reconocimiento y de ejemplo. Consideramos que los pilares en que se sustenta el cuidado humano en la actualidad se sustenta en los motivos por el cual una persona decide asumir el cuidado de su semejante, siendo imprescindibles en los cuidados que se ofrecen, así como necesidades y derechos que surgen de los propios cuidados.

Pero debemos valorar

[...] la satisfacción del cuidador, donde a pesar de las dificultades y la dureza de la situación, los cuidadores manifiestan que cuidar a un familiar puede ser una de las experiencias más gratas y conmovedoras, porque a pesar de las numerosas tareas que ello implica, se puede descubrir condiciones o aptitudes que probablemente de otra forma hubieran pasado desapercibidas. (Díaz, 2016, p. 21).

Motivación del cuidador

El brindar cuidado es una labor que cualquiera no pudiera realizar, el cuidado trae consigo responsabilidades y cargas, pero no siempre esta labor es una decisión propia, en ocasiones no nos damos cuenta cuando estamos ofreciendo cuidados, pero poco a poco brindamos ayuda a otros para que puedan desarrollarse según las exigencias del entorno, hasta que un día reconocemos que sin nuestra ayuda no pueden convivir con el medio y es cuando tomamos la condición de cuidadores.

Somos del criterio que para ofrecer cuidados, tiene que existir un consentimiento propio, pues esta labor tiene que ir aparejada de sentimientos afectivos hacia la persona que se cuida, pero no siempre dichas emociones están presentes, “son diversas las razones por las que un sujeto decide cuidar de una persona que se encuentra en una situación de dependencia, entre ellos se encuentran: motivación altruista, reciprocidad, motivos económicos, sentimientos de culpa, evitar la censura del entorno y por obligación, abocada a ello por presiones familiares”. (Montorio, 1999, p. 8).

La mayoría de las razones por la que se cuida a una persona mayor de edad llevan enraizados fuertemente los valores morales y de obligación. También se ha constatado que algunos de los cuidadores cuidan del adulto mayor para impedir la crítica de familiares o amigos que lo rechazarán por no cuidar de quien lo hizo con él.

Otras de las motivaciones son por necesidades económicas, mediante este empleo reciben una remuneración que no encuentran en otra alternativa laboral, o en otros casos viven agregados con familiares y el cuidar de otra persona en su domicilio le brinda techo y comida, aparte de un salario. En otras ocasiones el hilo que determina a una persona a cuidar a otra es un sentimiento de culpa, a partir de la existencia de dificultades o hechos en el pasado y se someten a cuidar al afectado en la actualidad buscando una compensación.

Como otra incitación podemos valorar los móviles altruistas o por reciprocidad, no en todos los casos los cuidadores tienen que tener un fin marcado, algunos conservan sentimientos de cariño, afecto, amor por la persona destinataria de los cuidados.

Contenido elemental del cuidador

Son múltiples las tareas que la persona en condición de cuidadora ofrece a otra que necesita de su ayuda para poder convivir con el entorno y poder satisfacer las necesidades cotidianas que la vida les exige, (Valderrama, 2020, párrafo 13), entre las labores más frecuentes que realizan los cuidadores se encuentran: ayuda en las actividades domésticas, control de sus medicinas, auxilio para el transporte fuera del domicilio, colaboración en tareas de enfermería, asistencia para la higiene personal,

la alimentación establecida y los ejercicios que pueden desarrollar.

El género y la feminización del cuidador

Independientemente de la evolución y transformación en la familia patriarcal los hombres mantienen sus tradiciones y las mujeres a pesar del progreso alcanzado continúan asumiendo la responsabilidad del cuidado con una doble carga de trabajo.

“Los avances no han conseguido erradicar la discriminación ni han logrado evitar la pervivencia de un modelo androcéntrico, donde la transmisión de los roles de género es uno de los elementos que más contribuyen a perpetuar las desigualdades por medio de la socialización formal y no formal”. (Mayobre y Vázquez, 2015, p. 84). En este sentido, llama la atención como perduran las figuras maternas en la ética del cuidado, mostrando la superioridad de las mujeres mediante una fundamentación biológica, justificando de esa forma la feminización del cuidado.

El esquema de cuidados avala la importancia del rol de hija cuidadora evidenciando

[...] tres variables que resultan fundamentales a la hora de determinar quién se tiene que ocupar de cuidar a la persona dependiente en el hogar: el sexo, el grado de parentesco y el estado civil. Así, ser mujer, hija o cónyuge, y, además, no tener pareja en ese momento, aúna mayores posibilidades de cuidar a la persona dependiente. (Mayobre y Vázquez, 2015, p. 92).

Hasta ahora las familias, y en ellas especialmente las mujeres, han sido las primeras actrices en el ejercicio de las tareas de bienestar (...). Por eso, en nuestros días, preguntarse por el futuro de los miembros más vulnerables de la sociedad requiere, no sólo analizar la crisis del Estado benefactor, sino, sobre todo, estudiar las consecuencias de tres cambios estructurales de envergadura: la incorporación de la mujer al mercado laboral, la transformación de la estructura familiar y la extinción de la mujer cuidadora (...). Y, por su parte, el Estado, carece de los recursos suficientes como para pagar unos trabajos de 24 horas, sin vacaciones, sin días de fiesta, que hasta ahora han hecho gratis las mujeres. (Cortina, 1999, p. 5).

En resumen,

[...] los rasgos más sobresalientes de esta realidad son la familiarización del cuidado y

la feminización de las tareas. En conjunto el cuidado se mantiene con unos perfiles de género muy diferenciados marcados por la edad, las tareas a realizar, las implicaciones en la inserción profesional y las dimensiones afectivas. (...) La responsabilidad de los cuidadores es muy amplia, atendiendo necesidades que requieren una fuerte implicación, y que la intensidad del tiempo y del esfuerzo del cuidado es muy elevada. También se confirma la relevancia de la desigualdad de status (tanto por cuestión de género, clase u origen), ya que es precisamente en los niveles socioeconómicos inferiores en los que las mujeres se hacen cargo y se responsabilizan más de los dependientes, y es sobre ellas donde recae el mayor coste de tiempo y el mayor coste psicológico del cuidado. (Fernández, Artiaga y Dávila, 2013, p. 70).

Necesidades de los cuidadores

La variedad de tareas que deben asumir los cuidadores, la responsabilidad y compromiso que sobre ellos recae, trae como consecuencias que se vean alterados sus comportamientos habituales, como resultado de la dedicación que conlleva el cuidado de las personas que lo precisan, dejando al lado su propia vida para dar paso a la vida de la persona de quien se cuida.

Las necesidades de los cuidadores

[...] poseen un carácter multidimensional que transcurren desde una dimensión material en tanto es necesaria la comida, la vivienda, el abrigo y el agua, así como una inmaterial que refiere a afectos, relaciones sociales, libertad y autonomía. Estas dimensiones interactúan siempre, no existe separación, y adquieren el mismo valor. (...) Las necesidades implican recursos y derechos. En lo referente a cuidados, deben atenderse esas dos vertientes, en tanto ellos se pueden llevar a cabo, principalmente desde el trabajo no remunerado y forman parte de un proceso de feminización que se manifiesta en la incertidumbre de recursos económicos, escasas posibilidades laborales, exclusión de derechos sociales y prácticamente la dificultad de acceder a la autodeterminación de las mujeres. (Del Río, 2003, pp. 49-50).

Dentro de las necesidades que con más frecuencia presentan los cuidadores podemos encontrar el disponer de tiempo libre, lo cual se convierte en casi una utopía por lo que no hay espacio para el ocio, la recreación y el contacto con la sociedad, convirtiéndose esto en una insuficiencia vital, es por ello que se olvidan de sí mismos, dando paso al cuidado de otros.

Otra insuficiencia que manifiestan los cuidadores, es el apoyo en el desarrollo de diferentes labores en el hogar, principalmente en las mujeres cuidadoras, porque sobre ella recaen las labores del hogar, lo que hace que se produzca una sobrecarga. También se encuentra el beneplácito que se reconozca la labor que desempeñan y no se le imponga, la familia debe ayudar a brindar cuidados y convertirse también en gestora de ellos. La falta de recursos económicos resulta ser otra demanda importante he insatisfecha ya que en oportunidades el cuidador deja su trabajo o actividades generadoras de ingresos para poder cuidar de su familia y a su vez los gastos aumentan por las necesidades propias de la persona dependiente.

La dependencia afectiva y la variabilidad de necesidades del destinatario implica que las tareas que incluye el trabajo son en general difusas e imprecisas, y siempre deben concretarse en la relación interpersonal. Asimismo, la reivindicación de un trabajo digno y el cuestionamiento de la predisposición de las mujeres para los cuidados y su reparto entre hombres y mujeres, deben de ir acompañados, por un replanteamiento de los paradigmas normativos en torno a las necesidades sociales y quiénes deben hacerse cargo. (Fernández, Artiaga y Dávila, 2013, p. 58).

Resulta de gran importancia que los cuidadores puedan satisfacer sus necesidades y se vean apoyados por la familia, siendo esta la principal red de apoyo, es la encargada directa de brindar cuidados y de satisfacer demandas básicas, es muy fácil delegar labores ante la sensación de impotencia y desconcierto que se vive respecto al envejecimiento familiar, pero estas deberían ser tareas conjuntas, evitándose en el cuidador, el síndrome de *burnout*. (Buitrago, 2015, p. 39).

Con el apoyo e integración familiar no solo se beneficia el geronte, sino que disminuye la carga de responsabilidades del cuidador.

Derechos de los cuidadores

El brindar cuidado es una labor que exhibe mucho esmero y dedicación, lo que conduce a una difícil situación para aquellos individuos que lo ofrecen, llegando afectar su propia integridad, evaluemos entonces un conjunto de derechos a los que estos tienen acceso:

[...] dedicar tiempo y actividades sin sentimientos de culpa, experimentar sentimientos negativos

por ver al enfermo o estar perdiendo a un ser querido, resolver aquello que seamos capaces y el derecho a preguntar sobre aquello que no se comprenda, buscar soluciones que se ajusten a sus necesidades y a de seres queridos, ser tratados con respeto por aquellos a quien se le solicita consejo y ayuda, y a seguir la propia vida. (Astudillo y Mendinueta, 2018, párrafos 6-7).

Teniendo en consideración el escenario en que se desarrollan los cuidadores, su espacio social y psicológico, resulta de gran apoyo los derechos anteriormente aludidos, constituyendo vías que posibilitan que se sientan aliviados con la carga emocional y laboral que llevan.

PROTECCIÓN JURÍDICA EN CUBA AL CUIDADOR DEL ADULTO MAYOR

A la par del envejecimiento de la población camina la figura del cuidador de los adultos mayores, de ahí la necesidad de evaluar jurídicamente la protección de sus derechos; con ese fin efectuamos un análisis en el ámbito del Derecho en Cuba. Abarcando la Constitución de la República, el Código de Trabajo y la Ley de Seguridad Social.

La protección al cuidador en la Constitución de la República de Cuba

Con el objetivo de realizar un análisis de la protección jurídica de los cuidadores, comenzamos por la Constitución de la República que precisa los principios generales de salvaguardia para la población, incluido el grupo etáreo que estamos evaluando. En el artículo 68 de la Constitución de la República de Cuba, “se aprecia que el Estado protege a los abuelos u otros familiares, en función del cuidado y atención”. (Asamblea Nacional del Poder Popular en Cuba, 2019, p. 5).

Por su parte el artículo 84 de la Ley de leyes “aborda la obligación por parte de los hijos de respetar, atender y proteger sus madres, padres y otros parientes, lo que ayudará en su calidad y esperanza de vida”. Mientras que el artículo 88 señala que,

[...] el Estado, la sociedad y las familias, en lo que a cada uno corresponde, tienen la obligación de proteger, asistir y facilitar las condiciones para satisfacer las necesidades y elevar la calidad de vida de las personas adultas mayores. De igual forma, respetar su autodeterminación,

garantizar el ejercicio pleno de sus derechos y promover su integración y participación social. (ANPP, 2019, pp. 6-9).

Dado al nivel de envejeciendo de la población y por ende su proclividad a situaciones de riesgos resulta necesaria la inclusión del cuidador en el texto legal, apreciamos que aún no se identifica explícitamente como la figura que puede atender, cuidar y proteger a este grupo etéreo. Desde nuestra Carta Magna se otorga la responsabilidad de atender a los adultos mayores en dos aristas de análisis la familia y el Estado, sin incluir la realidad familiar de muchos contextos.

La protección al cuidador en el Código de Trabajo

El enfoque jurídico que establece el Código de Trabajo a los cuidadores para la protección de los adultos mayores, constituye un enorme reto ante el envejecimiento poblacional.

Solamente existe presencia de un artículo que aborda la atención a este grupo etéreo y lo hace “mediante las licencias no retribuidas a trabajadores con responsabilidades familiares, señalando el artículo 108 que, en el sector estatal a solicitud del trabajador, el jefe de la entidad puede conceder licencias no retribuidas a trabajadores con responsabilidades familiares para su atención y cuidado. (ANPP, 2013, p. 19).

Evidente resulta el insuficiente respaldo legislativo en la Ley laboral que establece las normativas que garantizan el amparo de los derechos y el respeto de los deberes, ante una necesidad creciente y real, lo cual entorpece el crecimiento de esta figura ocupacional.

La protección al cuidador en la Ley de Seguridad Social

En nuestro país se encuentran vigente la Ley No. 105/08 de Seguridad Social y su Reglamento, el Decreto Ley 203/08, (ANPP, 2008) ambos cuerpos legales mantienen el reconocimiento de la asistencia social a domicilio, servicio que persigue brindar apoyos complementarios, de carácter personal y social, en el domicilio de personas que vivan solas y poseen impedimentos para el desarrollo cotidiano. De esta manera, se logra que los gerontes imposibilitados de realizar las diligencias diarias de forma autónoma; reciban protección en su propio medio, satisfagan

sus principales necesidades biológicas, psicológicas, comunicativas y sociales.

El asistente social a domicilio, también llamado cuidador, desempeña diversas funciones, las cuales no han sido normadas, pero si definidas en una metodología del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social que indica los procedimientos para el otorgamiento, ejecución y revisión de las prestaciones de la asistencia social.

Son incuestionables los resultados logrados en el área de seguridad y asistencia social, en consecuencia, los beneficios que por estos conceptos reconoce el ordenamiento jurídico se han ido modificando, valorando en cada caso, el servicio de asistencia social a domicilio no ha estado exento de ello, pese a las dificultades existentes en su concepción, como las cuestiones sobre las funciones del cuidador y el control de su cumplimiento.

En principio, resulta comprensible que el Estado no debe cargar al presupuesto de la asistencia social el cuidado de aquellas personas que, por razón de la edad, dado el grado de dependencia que poseen, se encuentran requeridos de un asistente social a domicilio teniendo un familiar que le corresponde asumir dicha responsabilidad.

De lo anterior se deduce la imperante realidad de un gran número de cuidadores informales o no oficiales, que ofrecen cuidados a personas adultas dependientes y no poseen un respaldo legal por lo que es conveniente formalizar la situación de los cuidadores no designados por el servicio de asistencia social y dotarlos de beneficios, atenciones y garantías como consecuencia de su carga, pues tanto los formales como los informales desarrollan la misma actividad.

Tomando como base la idea anteriormente abordada surge la necesidad de la inclusión de los cuidadores informales en nuestras normas jurídicas con el objetivo de formalizar y recoger legalmente su estatus social, situación que le concede un conjunto de garantías actualmente no previstas en ningún ordenamiento jurídico.

Bajo el prisma de las Ciencias Jurídicas se abre un abanico de interrogantes relacionadas con la necesaria corresponsabilidad del Estado y la familia en el cuidado de este grupo etéreo, máxime de aquellos que presentan un alto grado de vulnerabilidad, ya sea porque viven

solos, padecen de enfermedades que aceleran el deterioro físico-mental, han adquirido con la edad alguna discapacidad, reciben poco o ningún apoyo familiar o se encuentran en estado de abandono. (León, 2020, p. 65).

La atención y cuidados ante el envejecimiento poblacional es un hecho que sin duda se ha convertido en una problemática tanto social como jurídica, situación que nos obliga de forma inmediata a buscar vías y estrategias integrales para su solución.

CONCLUSIONES

El estudio doctrinal de la figura del cuidador evidencia la existencia de diversas definiciones conceptuales y teóricas. La definición que se propone se ajusta a considerarlo desde dos ópticas diferentes, el cuidado informal fundado en una correlación social basada en afecto y cariño que se realiza mediante una relación de parentesco, vecindad o amistad; y el cuidado formal ejecutado por asistentes, personal de enfermería, entre otras.

La pandemia COVID-19 ha demostrado la vulnerabilidad de los adultos mayores de agravarse al contraer la enfermedad; la mayoría de los Estados como parte del propio proceso de enfrentamiento no implementaron oportunas políticas de prevención de riesgos ni acciones integrales de sus estructuras para afrontar y reducir este flagelo; en el caso específico de Cuba se aprobó un plan de acciones que tiene su basamento en la contención del virus, la disminución de las secuelas perjudiciales para la salud, con énfasis en este grupo de riesgo y su impacto en la esfera económica-social, demostrando cada día la coherencia de su estrategia de enfrentamiento.

En la estructuración de las clasificaciones de los cuidadores del adulto mayor de acuerdo al ambiente o contexto de ocurrencia, se reconoce la presencia de cuatro juicios organizativos de análisis: cuidadores para adultos mayores que viven en el seno de la familia; cuidadores para adultos mayores a cargo del Estado; cuidadores para adultos mayores que viven solos, pero poseen su asistencia o seguridad social; y adultos mayores totalmente desprotegidos.

El cuidador del geronte necesita ser potenciado desde un enfoque interdisciplinario que contenga, tanto la regulación informal como

la regulación formal. El análisis informal se sostiene en un enfoque victimocriminológico, aspecto que conlleva la mirada de otras ciencias como la sociología, la medicina, la psicología social, entre otras; mientras la regulación formal se conforma en las disímiles perspectivas jurídicas de amparo de esta figura. En Cuba la variante formal evidenciada en la protección jurídica nos muestra que no existe un reconocimiento legislativo al cuidador, ni mecanismos institucionales implementados.

BIBLIOGRAFÍA

Adhanom Ghebreyesus, T. (2020). Alocución de apertura del Director General de la OMS ¶. Recuperado de <https://www.who.int/es/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-edia-briefing-on-covid-19>.

Álvarez Palacio, D. (23 de abril de 2020). Ante la COVID-19: Atención al adulto mayor en una zona en cuarentena. En Periódico Granma, Recuperado de <http://www.granma.cu/fotorreportajes/2020-04-23/ante-la-covid-19-solidaridad-y-humanismo-23-04-2020-18-04-18>.

Alvero Francés, F. (3ª ed). (1978). Diccionario Cervantes Manual de la Lengua Española, Cuba, Editorial Pueblo y Educación.

Anaya Cruz, B. (2020). Coronavirus, sistema de salud y economía en Cuba. Recuperado de <https://www.cubainformacion.tv/cuba/20200403/85371/85371-coronavirus-sistema-de-salud-y-economia-en-cuba>.

Astudillo, W. y Mendinueta, C. (2018). Derechos de los enfermos y cuidadores. Recuperado de <http://www.indesol.gob.mx/web/Index.php?1=12>.

Barrios, M. et al. (22 de marzo 2020). Mi Hogar, mi refugio. En Periódico digital Juventud Rebelde, Recuperado de <http://www.juventudrebelde.cu/cuba/2020-03-22/mi-hogar-mi-refugio>.

Buitrago Echeverri, M. T. (2015). Necesidades de cuidados que tienen los cuidadores de personas en situación de discapacidad por parte de su familia en la localidad de Fontibón. (Tesis para optar por el título de Enfermería), Pontificia Universidad Javeriana, Colombia.

- Campillo Motiva, R. (2002). Violencia con el anciano. En: Revista Cubana de Medicina General Integral, No. 18 (4), pp., 2-10, Cuba.
- Cortina, A. (22 de noviembre de 1999). La extinción de la mujer cuidadora. Periódico El País, España, p. 5.
- Cruz Rivas Herrera, J. y Ostiguin Meléndez, R. M. (2016). Cuidador: ¿concepto operativo o preludio teórico? Revista Enfermería Universitaria, 8 (1), México, pp. 49-54.
- De La Cuesta Benjumeda, C. (2013). (3ª ed). El cuidado del otro: Desafíos y posibilidades, España, Editorial Alianza.
- De Los Reyes, MC. (2008). Construyendo el concepto del cuidador de ancianos, Foro de Investigación, Envejecimiento de la población en MERCOSUR, Curitiba, Brasil.
- Del Río, S. (2003). La crisis de los cuidados: precariedad a flor de piel. Rescoldos. Revista de Diálogo Social, No. 9, España, pp. 47-57.
- Devandas, C. (2020). Es inaceptable segregar a una persona por ser mayor y tener una discapacidad. Red latinoamericana de Gerontología. Recuperado de <https://www.gerontologia.org/portal/information/showInformation.php?idinfo=4405>.
- Díaz Echemendía, L. (2016). El tratamiento jurídico a la figura del cuidador del adulto mayor en Cuba. (Trabajo de diploma en opción al título de Licenciado en Derecho), Universidad de Ciego de Ávila Máximo Gómez Báez, Cuba.
- Fernández Moreno, S. A. (2 de abril 2020). Prevenimos Problemas o ayudamos a solucionarlos. *Sitio Social Laboral Legal Today*. Recuperado de http://www.legaltoday.com/practica-juridica/social-laboral/prevenicion_riesgos_laborales/referencias-al-covid-19.
- Fernández Villanueva, C., Artiaga Leiras, A. y Dávila de León, M. C. (2013). Cuidados, género y transformaciones de identidades. En: *Cuadernos de Relaciones Laborales*. Volumen 31(1), España, pp. 57-89.
- Gallardo, P. y Rojas, M. (2016). *El rol del cuidador en el adulto mayor*. (Investigación de la Escuela de Enfermería), Facultad de Ciencias Médicas, Universidad Nacional de Cuyo, Argentina.
- Guimaráes, M. (2015). *Aspectos psicológicos en cuidadores formales*, (Tesis en opción al grado científico de Doctor en Ciencias de la Salud), Universidad de Madrid, España.
- Hadar, Y. (20 marzo 2020). El número de pobres en la América Latina puede crecer en 35 millones por el coronavirus COVID-19. *Noticias ONU*, Asuntos Económicos, Recuperado de <https://news.un.org/es/story/2020/03/1471522>.
- Huerta Mendoza, I. (30 de marzo 2020). Consecuencias de aislar a los ancianos durante la pandemia de COVID-19, *Gaceta UNAM*, Recuperado de <https://www.gaceta.unam.mx/aislar-a-los-ancianos-durante-la-pandemia-reduciria-la-transmision-de-covid-19/>.
- Kornfeld-Matte, R. (2020). Es inaceptable el abandono de personas mayores en los asilos durante la pandemia. Recuperado de <http://www.radiobayamo.icrt.cu/2020/03/28/es-inaceptable-el-abandono-de-personas-mayores-en-los-asilos-durante-la-pandemia-del-coronavirus/>.
- Lara Pérez, E. (2020). COVID-19: Cómo ayudar a las personas mayores que viven solas. Recuperado de <https://theconversation.com/covid-19-como-ayudar-a-las-personas-mayores-que-viven-solas-133663>.
- León García, L. (2010). *La pluralidad del régimen tuitivo de los adultos mayores ante el deterioro de la capacidad física y mental*. (Tesis presentada en opción al título de especialista en Derecho Civil y Patrimonial de Familia), Universidad Central Marta Abreu de las Villas, Cuba.
- Martínez Zelada, L. M. (25 marzo 2020). Prioriza comercio atención a adultos mayores solos, ante pandemia, *Agencia cubana de noticias*, Recuperado de <http://www.acn.cu/cuba/62490-prioriza-comercio-atencion-a-adultos-mayores-solos-ante-pandemia>.
- Mayobre, P. y Vázquez, I. (2015) Cuidar cuesta: un análisis del cuidado desde la perspectiva de género. *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, N° 151, España, pp. 83-100.

Ministerio de Salud Pública de la República de Cuba. (2020). Para prevenir y enfrentar el nuevo coronavirus, participación popular es esencial. Recuperado de <https://salud.msp.gob.cu/?p=4023>.

Ministerio de Salud Pública de la República de Cuba. (5 de mayo 2020). Parte de Cierre del 4 de mayo 2020. Recuperado de <https://salud.msp.gob.cu/>.

Montorio Cerrata, I, Fernández de Trocóniz, M.I. y Díaz Veiga, P. (1999). Cuando las personas mayores necesitan ayuda, *Revista Guía para cuidadores y familiares*, 3 (1), Ministerio de Asuntos Sociales, España, pp. 229-248.

Navarrete Calderón, C. (2004). *Criminología: Alcances, Ciencia, Disciplina y Práctica Social*, Colectivo de Autores, Texto Criminología, Capítulo I, Cuba, Editorial Félix Varela.

Oficina Nacional de Estadísticas e Información. (2018). *Anuario Estadístico, Población*. Cuba.

Organización Mundial de la Salud. (5 de mayo 2020). *En Coronavirus disease 2019 (COVID-19) Situation Report–101*. World Health Organization. Infection prevention and control during health care when COVID-19 is suspected.

Organización Mundial de la salud. (2017). La salud mental y los adultos mayores. Recuperado de <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/la-salud-mental-y-los-adultos-mayores>. Organización Mundial de la Salud. (2018). *Informe Mundial sobre la violencia y la salud*.

Orosa Fraíz, T. (28 marzo 2020). Las personas mayores ante la COVID-19. *En Cubadebate*, Recuperado de <http://www.cubadebate.cu/especiales/2020/03/28/las-personas-mayores-ante-la-covid-19/#.Xq4oxHJuncc>.

Pérez del Molino Martín, I. y Moya López, M. (3ª ed). (2000). *Cuidadores de ancianos profesionales*, Manual para el Cuidado de ancianos, Argentina.

Pérez Cabrera, F. (2ª ed). (2016). *Cuidadores de Ancianos Profesionales*, Cuba, Editorial Pueblo y Educación.

Pérez Nájera, C. (2012). *Violencia sobre el adulto mayor. Estrategia para reducir la victimización en el municipio de Ciego de Ávila*. (Tesis en opción al Grado de Doctor en Ciencias Jurídicas). Universidad de la Habana, Cuba.

Portal Miranda., J. A. (2020). Reorganiza Cuba su sistema de salud para hacer más efectiva la lucha contra el coronavirus. Recuperado de <http://www.radiohc.cu/noticias/salud/217731-reorganiza-cuba-su-sistema-de-salud-para-hacer-mas-efectiva-la-lucha-contra-el-coronavirus>.

Ramonet, I. (2020). *Ante lo desconocido. La Pandemia y el sistema-mundo*. En Cubadebate, Recuperado de <http://www.cubadebate.cu/especiales/2020/04/25/especial-de-ignacio-ramonet-ante-lo-desconocido-la-pandemia-y-el-sistema-mundo/>.

Stefanoni, S., (2013). Los mejores (y los peores) países para ser viejo. Recuperado de https://www.bbc.com/mundo/noticias/2013/10/130726_salud_indice_paises_vejez_men.

Valderrama, H. (2019). Cuidadores de ancianos profesionales. En: *Cursos de Formación Multimedial*, Recuperado de <https://www.cuidadoresdeancianos.com/cuidadores/cuidadores-profesionales/>.

LEGISLACIONES

Asamblea Nacional del Poder Popular, (2019). Constitución de la República de Cuba, Dirección de Legislación y Asesoría del Ministerio de Justicia, Cuba.

Asamblea Nacional del Poder Popular, (2013). Ley No. 116 del 20 de diciembre, Gaceta Oficial No. 29 Extraordinaria de 17 de junio de 2014, Cuba.

Asamblea Nacional del Poder Popular, (2008). Ley No. 105, Ley de Seguridad Social y su Reglamento, 27 de diciembre, Cuba.

DOS AÑOS (2018-2020) DE COMISIÓN DE ÉTICA JUDICIAL EN ESPAÑA

TWO YEARS (2018-2020) OF JUDICIAL ETHICS COMMISSION IN SPAIN

Luis Bueno Ochoa

Prof. Dr. del Área de Filosofía del Derecho

Facultad de Derecho

Instituto Católico de Administración y Dirección de Empresas

Universidad Pontificia Comillas de Madrid

<https://orcid.org/0000-0001-5076-5835>

lbueno@icade.comillas.edu

España

Recibido: 14 de mayo de 2020

Aceptado: 12 de junio de 2020

SUMARIO

- Prefacio
- Antecedentes
- Los Principios de Ética Judicial (PPEJ)
- La Comisión de Ética Judicial (CEJ)
- Epílogo
- Post-Scriptum
- Fuentes de información.

RESUMEN

El Consejo del Poder Judicial, como órgano de autogobierno judicial en España, aprobó los Principios de Ética Judicial en 2016. Este Código de Ética de la judicatura en España creó una Comisión de Ética Judicial. El presente trabajo estudia la actividad desarrollada por dicha Comisión durante sus dos primeros años de funcionamiento: desde mayo de 2018 hasta mayo de 2020.

PALABRAS CLAVE

Consejo General del Poder Judicial, Principios de Ética Judicial, Comisión de Ética Judicial

ABSTRACT

General Council of the Judiciary, as the judicial self-government body in Spain, approved the Principles of Judicial Ethics in 2016. This Code of Ethics for the judiciary in Spain created a

Judicial Ethics Commission. This work studies the activity carried out by this Commission during its first two years of operation: from May 2018 to May 2020.

KEYWORDS

General Council of the Judiciary, Principles of Judicial Ethics, Judicial Ethics Commission

PREFACIO

Va a ser objeto de estudio la actividad desarrollada por la Comisión de Ética Judicial (CEJ) desde su constitución (mayo de 2018) hasta dos años después (mayo de 2020) al hilo de la aprobación de los Principios de Ética Judicial –PPEJ– (2016) como Código Ético de la judicatura española. Con carácter previo, en sede de antecedentes, pasarán a exponerse las fuentes de ética judicial distinguiendo cuatro niveles: Naciones Unidas, Consejo de Europa, Unión Europea e Iberoamérica. Y, posteriormente, a modo de epílogo, se relacionará un conjunto de consideraciones: unas, particulares, en relación con los dos años de vida de la CEJ; y otras, de alcance general acerca de la ética judicial. En el *post-scriptum* figurará aquello que, como colofón, se propone resituar el debate en torno a la ética judicial.

ANTECEDENTES

Ya en el Preámbulo de los PPEJ (Pleno del Consejo General del Poder Judicial –CGPJ– de 16-12-2016) se alude a los instrumentos internacionales que hacen las veces de antecedentes del que pasa por ser el Código

Ético Judicial Español. Se distinguen, a estos efectos, cuatro niveles: a) Naciones Unidas; b) Consejo de Europa; c) Unión Europea y d) Iberoamérica.

A nivel de Naciones Unidas

A nivel de Naciones Unidas; se citan los Principios de Bangalore (2001) a los que precedieron, corresponde añadir, los Principios Básicos relativos a la independencia de la Judicatura (1985).

Las Resoluciones 40/32, de 29 de noviembre de 1985, y 40/146, de 13 de diciembre de 1985, de la Asamblea General de Naciones Unidas, hicieron suyos los Principios básicos relativos a la independencia de la Judicatura que habían sido aprobados en el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985. Los Principios Básicos enunciados fueron los siguientes: independencia; libertad de expresión y asociación; competencia profesional, selección y formación; condiciones de servicio e inamovilidad; secreto profesional e inmunidad y, por último, medidas disciplinarias, suspensión y separación del cargo.

Posteriormente, en julio de 2006, el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas aprobó una Resolución –ECOSOC 2006/23– en la que se hizo ver que los Principios de Bangalore constituían un nuevo desarrollo, por su carácter complementario, de los Principios Básicos relativos a la independencia de la judicatura aprobados por las Naciones Unidas en 1985. Los seis principios establecidos, en los que se distinguían en diferentes apartados el enunciado y la aplicación de cada uno de ellos, fueron los siguientes: 1) independencia; 2) imparcialidad; 3) integridad; 4) corrección; 5) igualdad y 6) competencia y diligencia.

A nivel del Consejo de Europa

A nivel del Consejo de Europa; se alude al Dictamen del Consejo Consultivo de los Jueces Europeos del Consejo de Europa sobre la ética y la responsabilidad de los jueces (2002) así como a la Recomendación (2010) 12, de 17 de noviembre, del Comité de Ministros del Consejo de Europa que exhorta a los Estados miembros a aprobar un Código de Ética

Judicial. Destaca en el marco del Consejo de Europa la denominada Carta Magna de los Jueces (Principios Fundamentales) proclamada el 17 de noviembre de 2010 en el *Palais de l'Europe*, sede del Consejo de Europa en Estrasburgo, durante la ceremonia de la conmemoración del X Aniversario del Consejo Consultivo de Jueces Europeos del Consejo de Europa con ocasión de la celebración de su undécima reunión plenaria.

La mencionada Carta Magna de los Jueces reúne un conjunto de veintitrés puntos que se dividen en siete apartados de los que el penúltimo se dedica a la materia que nos ocupa: Estado de Derecho y Justicia; independencia de los jueces; garantías de la independencia; órgano encargado de garantizar la independencia; acceso a la justicia y transparencia; ética y responsabilidad y tribunales internacionales.

A nivel de la Unión Europea

A nivel de la Unión Europea; se hace referencia a la Declaración de Londres sobre la deontología de los jueces (2010) promovida por la Red Europea de Consejos de Justicia. Llama la atención la confusión en que se incurre entre el ámbito ético y deontológico. Dicha declaración comienza invocando la tríada principios-valores-cualidades y prosigue dedicando la Parte I a los valores (independencia, integridad, imparcialidad, reserva y discreción, diligencia, respeto y escucha, igualdad de trato, competencia y transparencia) y la Parte II a las cualidades o virtudes del juez (sabiduría, lealtad, humanidad, coraje, seriedad y prudencia, trabajo, escucha y comunicación).

A nivel iberoamericano

A nivel iberoamericano; es traído a colación el Código Modelo Iberoamericano de Ética Judicial (2006), reformado en la XVII Reunión Plenaria de la Cumbre Judicial Iberoamericana de Santiago, Chile, el 2 de abril de 2014. El CGPJ se adhirió al mismo por acuerdo del Pleno de 25-02-2016 «en tanto en cuanto no se apruebe un código ético propio para la carrera judicial española»; extremo este que tuvo lugar, efectivamente, unos pocos meses después, el 16-12-2016, como queda dicho, con los PPEJ.

El Código Iberoamericano de Ética Judicial expone, primeramente, un conjunto de

atorce declaraciones: I. La actualidad de la Ética Judicial en Iberoamérica; II. El Código Modelo como fruto del desarrollo regional de la ética judicial; III. El Código Modelo como compromiso institucional con la excelencia y como instrumento para fortalecer la legitimación del Poder Judicial; IV. La ética judicial y la necesidad de armonizar los valores presentes en la función judicial; V. La ética judicial como apelación al compromiso íntimo del juez con la excelencia y con el rechazo a la mediocridad; VI. El Código Modelo como explicitación de la idoneidad judicial y complemento de las exigencias en el servicio de justicia; VII. El Código Modelo como instrumento esclarecedor de las conductas éticas judiciales; VIII. El Código Modelo como respaldo de la capacitación permanente del juez y como título para reclamar los medios para su cumplimiento; IX. El Código Modelo como estímulo para fortalecer la voluntad del juzgador y como pauta objetiva de calidad ética en el servicio de justicia; X. Del Código Modelo de Ética Judicial a la ética de las otras profesiones jurídicas; XI. Un Código Modelo como fruto de un diálogo racional y pluralista; XII. Los principios éticos como núcleos concentrados de ética judicial; XIII. Las proyecciones de los principios en Normas o Reglas éticas y XIV. La experiencia iberoamericana en materia de faltas éticas y asesoramiento ético judicial; y, a continuación, divide su articulado en dos bloques: la Parte I dedica trece capítulos a los Principios de Ética Judicial Iberoamericana: I. Independencia (arts. 1-8); II. Imparcialidad (arts. 9-17); III. Motivación (arts. 18-27); IV. Conocimiento y Capacitación (arts. 28-34); V. Justicia y Equidad (arts. 35-40); VI. Responsabilidad institucional (arts. 41-47); VII. Cortesía (arts. 48-52); VIII. Integridad (arts. 53-55); IX. Transparencia (arts. 56-60); X. Secreto profesional (arts. 61-67); XI. Prudencia (arts. 68-72); XII. Diligencia (arts. 73-78); XIII. Honestidad (arts. 79-82); y la Parte II se ocupa, exclusivamente, de la Comisión Iberoamericana de Ética Judicial (arts. 83-95).

LOS PRINCIPIOS DE ÉTICA JUDICIAL (PPEJ)

El código ético judicial español acoge esta denominación, abreviadamente PPEJ, que responde a una estructura similar a la del Código Iberoamericano de Ética Judicial. Es

oportuno recalcar que, durante unos pocos meses, del 25 de febrero al 26 de diciembre de 2016, se produjo la adhesión al mencionado Código Iberoamericano que resultó, pues, momentánea y de la que nada se dice, constatémoslo, en el texto del que pasamos a ocuparnos a continuación; a excepción de la previsión comprendida en el art. 1.c) a propósito de «la coordinación y la colaboración con las comisiones judiciales de ética, en particular con la Comisión Iberoamericana de Ética Judicial».

Los PPEJ se dividen en dos partes: la Parte I expone una serie de Principios que se desarrollan a base de apartados que suman un total de treinta y cinco numerales; y la Parte II se refiere a la CEJ que se desarrolla a través de un total de siete artículos y será tratada más adelante dado que la actividad de la misma en sus dos primeros años de vida constituye la parte central de este trabajo.

Los PPEJ se exponen en cuatro capítulos; a saber: I. Independencia (§§ 1-9); II. Imparcialidad (§§ 10-21); III. Integridad (§§ 22-31) y IV. Cortesía, diligencia, transparencia (§§ 32-35).

Ni que decir tiene que los cuatro capítulos precitados contrastan con los trece que el Código Iberoamericano de Ética Judicial dedicó a los Principios. El órgano de gobierno del Poder Judicial español ha optado, en consecuencia, por un régimen mucho menos prolijo que, en comparación con la formulación iberoamericana, no ha enunciado ni ha dedicado capítulos específicos a principios tales como: motivación, justicia y equidad, responsabilidad institucional, secreto profesional, prudencia y honestidad.

En el Preámbulo de los PPEJ se aclara que «nada tiene que ver el régimen disciplinario con la ética judicial». Queda así delimitado el campo de la ética y el de la deontología, sin incurrir en una suerte de confusión, nada infrecuente, por cierto, tal como se puede comprobar si reparamos en la propia denominación a que atiende la precitada Declaración de Londres sobre la deontología de los jueces (2010). Los PPEJ, prosigue el Preámbulo, conciben la ética «en términos de estricta voluntariedad y ausencia de responsabilidad legal, al contrario de disciplina» dado que mientras «la ética judicial opera como estímulo positivo en

cuanto dirigida a la excelencia [...] la disciplina funciona con base en el estímulo negativo, cual es la sanción». Con todo, pese a los esfuerzos de delimitación entre la ética y la deontología y el régimen disciplinario la eventual confusión no queda del todo descartada habida cuenta el tenor literal de la Disposición Final de los PPEJ: «Los presentes “Principios de Ética Judicial” no podrán utilizarse en ningún caso, ni directa ni indirectamente, con finalidad disciplinaria, salvo que redunde en beneficio del sujeto del procedimiento»; declaración que no hace sino ratificar el art. 1.2 de los expresados PPEJ:

La actuación de la Comisión no puede interferir en el ejercicio de la potestad disciplinaria ni inmiscuirse en la determinación de la responsabilidad civil o penal de los jueces y juezas. Tampoco la actividad de la Comisión servirá de referencia o complemento en las actuaciones tendentes a dirimir responsabilidades civiles, penales o disciplinarias, salvo que redunde en beneficio del interesado.

Complementariamente, se ha de incidir en el carácter diverso que el Preámbulo dedica a los PPEJ. Así, por un lado, se refiere a los:

Principios generales con los que la judicatura está familiarizada: la independencia, que delimita un espacio para la decisión judicial exento de influencias debidas; la imparcialidad, que resalta el papel del juez o jueza como tercero ajeno a los intereses en juego; y la integridad, que exige a quienes ejercen la jurisdicción coherencia con los anteriores principios y con el de respeto a la dignidad humana.

Y, por otro, se alude a los:

Modelos de comportamiento relativos a la justicia como prestación de un servicio, tales como la cortesía, la diligencia y la transparencia. Su grado de cumplimiento se percibe directamente por quienes acuden a los tribunales, contribuyendo así decisivamente a la formación de la opinión pública sobre la justicia y, por eso mismo, no pueden descuidarse como “menores”.

LA COMISIÓN DE ÉTICA JUDICIAL (CEJ)

La parte central de este trabajo va a consistir, según lo anunciado, en exponer cuál ha sido la actividad desarrollada por la CEJ en sus dos años de singladura: desde mayo de 2018, fecha de su constitución, hasta mayo de 2020, fecha en la que se pone fin a este estudio.

Antes de concentrarnos en dicha exposición, es conveniente reparar en el tratamiento que los PPEJ dedican a la parte orgánica y parte funcional de la expresada CEJ.

Parte orgánica

Corresponde hacer referencia a los artículos 2 (Composición), 3 (Elección) y 4 (Mandato).

Composición

Son siete integrantes de los cuales seis han de ser miembros de la carrera judicial en activo (uno, con la categoría de juez; tres, con la de magistrado y dos, con la de magistrado del Tribunal Supremo). El séptimo integrante restante «será una persona de reconocido prestigio y acreditada trayectoria en el mundo académico de la Ética, la Filosofía del Derecho o la Filosofía Moral». La excelencia ética judicial que se pretende transita, pues, por derroteros eminentemente endogámicos al quedar inscrita bajo la rúbrica “de jueces para jueces”.

Elección

La de los seis primeros integrantes tendrá lugar por todos los miembros de la Carrera Judicial en activo. La elección se llevará a cabo mediante voto personal, igual, directo y secreto. El séptimo integrante, no judicial, será designado por los otros seis miembros judiciales de la CEJ.

Mandato

La designación de los integrantes será por un periodo de cuatro años. Los miembros judiciales se renovarán por mitad cada dos años. El ejercicio de la función «será honorífico sin más compensación económica que el reembolso de los gastos ocasionados».

Parte funcional

Corresponde hacer referencia a los artículos 1 (Funciones), 5 (Funcionamiento), 6 (Efectos) y 7 (Publicidad).

Funciones

Se distinguen cuatro si bien la fundamental es la aludida en primer lugar: 1) «emitir dictamen por escrito sobre las consultas relativas a casos concretos que le hagan las Salas de Gobierno

de los Tribunales, las Juntas de Jueces, las Asociaciones o cualquier juez o jueza en servicio activo»; 2) promover la difusión y conocimiento de los PPEJ; 3) contribuir al desarrollo de las funciones del CGPJ en la coordinación y colaboración con otras comisiones ético-judiciales, con cita específica de la Comisión Iberoamericana de Ética Judicial y 4) excepcionalmente elaborarán informes de interés general sobre la materia a instancia de las Salas de Gobierno de los Tribunales, las Juntas de Jueces o las Asociaciones Judiciales.

Funcionamiento

La presidencia será elegida por mayoría y la secretaría la ocupará el miembro judicial más moderno. La constitución válida de la CEJ requerirá como mínimo cinco miembros, no obstante, cuando así lo acuerden será necesaria la presencia de la CEJ al completo. Los informes adoptarán la regla de la mayoría y, en caso de empate, el Presidente tendrá voto de calidad. Los informes se aprobarán dentro de los tres meses siguientes a la fecha en que se hubiese acordado su formulación y elaboración. Los dictámenes se emitirán, en cambio, dentro de los dos meses siguientes a la realización de la consulta. En la fecha de constitución de la CEJ se aprobarán, por mayoría, las reglas de organización y funcionamiento que podrán ser modificadas, igualmente, por mayoría.

Efectos

Los actos de la CEJ carecen de fuerza jurídica obligatoria y de efectos vinculantes. No podrán ser objeto de consulta cuestiones o asuntos sometidos a investigación, enjuiciamiento o expediente disciplinario.

Publicidad

La CEJ elaborará un informe anual sobre sus actividades. Sus actos serán públicos. El CGPJ les dará la máxima difusión preservando los datos de carácter personal con pleno respeto al derecho al honor, a la intimidad y a la protección de datos.

Actividad de la CEJ

Llega el momento de exponer cuál ha sido la actividad de la CEJ desde su constitución en

el mes de mayo de 2018 hasta la fecha, mayo de 2020. Son, pues, dos años, los dos primeros años de actividad de la CEJ, coincidentes con la primera renovación parcial de la CEJ, los que constituyen el objeto de la exposición.

El desarrollo de la actividad de la CEJ exige remitirse, con carácter previo, a sus dos primeras reuniones de 9 de mayo y 28 de mayo de 2018. En la primera, se constituyó la misma con los seis miembros judiciales (Ignacio Sancho Gargallo, Magistrado de la Sala Primera del Tribunal Supremo; Celsa Pico Lorenzo, Magistrada de la Sala Tercera del Tribunal Supremo; Eduardo López Causapé, Magistrado del Juzgado de Instrucción núm. 9 de Zaragoza; Gonzalo Sánchez Cerdá, Magistrado del Juzgado de 1ª Instancia núm. 1 de Torrent; Ramón Badiola Díez, Magistrado del Juzgado de 1ª Instancia núm. 99 de Madrid y Teresa García Villanueva, Secretaria, Juez del Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción núm. 7 de Rubí), decidiéndose, por insaculación, que fueran sustituidos a los dos años, como Magistrado del Tribunal Supremo, Ignacio Sancho Gargallo, como Magistrado, Gonzalo Sancho Cerdá y como Juez, Teresa García Villanueva. En la segunda reunión se designó a Luis Prieto Sanchís, catedrático de Filosofía del Derecho, como miembro no judicial, y como Presidente a Ignacio Sancho Gargallo.

Para una adecuada exposición de la actividad desarrollada por la CEJ se han confeccionado una serie de tablas, en total cuatro, en las que se podrán apreciar el conjunto de actividades desplegado en estos dos años de vida institucional. Aparte de la información comprendida en las cuatro tablas que se dirán no puede ser omitida la actividad de los miembros de la CEJ relativa a la promoción y difusión de los PPEJ (consistente en presentaciones de Cursos o en participaciones en Encuentros, Seminarios o Mesas redondas) de la que se da cuenta, por ejemplo, en la Memoria de actividades del primer año de funcionamiento (2018-2019).

En la tabla 1 se exponen, por orden cronológico, las tres clases (Acuerdos, Dictámenes y notas informativas) y el número de actos de la CEJ.

Tabla 1. Actos de la Comisión Ética Judicial

Año	Acuerdos	Dictámenes	Notas informativas	Total
2020	1	3	0	4
2019	3	18	6	27
2018	4	5	0	9

En la tabla 2 se relacionan, por orden cronológico, distinguiendo referencia a la consulta, cuestión y conclusión, los Acuerdos adoptados consistentes en inadmitir la consulta de que se trata, declinando, por consiguiente, emitir el dictamen solicitado.

Tabla 2. Acuerdos de la Comisión Ética Judicial

Fecha	Consulta	Cuestión	Conclusión
16-03-20	19/19	Comunicados de asociaciones judiciales sobre concretas resoluciones judiciales.	Inadmisión porque la consulta no plantea un dilema ético propio. Fundamento: art. 1.a) PPEJ.
12-06-19	11/19	Quejas sobre el comportamiento ético de otros jueces.	Inadmisión porque la consulta no plantea un dilema ético propio. Fundamento: art. 1.a) PPEJ.
05-06-19	8/19	Deber legal de denuncia ante hechos conocidos al margen del proceso de forma casual o no.	Inadmisión por tratarse de materias ajenas a los PPEJ. Fundamento: el deber de denunciar (arts. 259 y 262 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal –LECr–) no es una obligación ética y excede la competencia de la CEJ.
12-02-19	4/19	Tratamiento y honores a magistrados suplentes y jueces sustitutos.	Inadmisión porque la consulta no plantea un dilema ético propio. Fundamento: art. 1.a) PPEJ.
03-12-18	9/18	Sobre el deber ético de renunciar a candidatura de vocal del CGPJ.	Inadmisión por el carácter personal –responder a dilemas morales– de las consultas.

Tabla 2 (cont.)

Fecha	Consulta	Cuestión	Conclusión
23-10-18	5/18	Sobre el comportamiento de los jueces ante opiniones o comentarios expresados en medios de comunicación que pudieran invadir la esfera de su honor o privacidad.	Inadmisión por el carácter genérico de la consulta. Fundamento: art. 1.a) de los PPEJ sobre “consultas relativas a casos concretos”.
23-10-18	4/18	Cómo conciliar los PPEJ 3, 4 y 5 frente a posibles acciones disciplinarias del art. 418.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial –LOPJ–.	Inadmisión por tratarse de una consulta de carácter prospectivo. Fundamento: las consultas han de referirse necesariamente a “casos concretos” (art. 1.a) PPEJ) que presenten un dilema práctico a la luz de los Principios de Ética Judicial.
23-10-18	2/18	En un curso de formación organizado por el CGPJ el director del curso incluye como ponente a su esposa.	Inadmisión porque las consultas han de ser personales por responder a dilemas morales que se plantea juez y no pueden servir para denunciar comportamientos ajenos carácter personal de las consultas (art. 1.a) PPEJ).

En la tabla 3, se relacionan, igualmente, por orden cronológico, distinguiendo referencia a la consulta, cuestión y conclusión, los Dictámenes emitidos. Indudablemente, la emisión de dictámenes es la función principal de la CJE según se desprende de lo previsto en

el art. 1.a) de los PPEJ en cuyo párrafo segundo se hace constar que «los dictámenes reflejarán la posición de los miembros de la Comisión en relación con el asunto o cuestión objeto de consulta».

Tabla 3. Dictámenes de la Comisión Ética Judicial

Fecha	Consulta	Cuestión	Conclusión
16-03-20	02/20	Si la imagen de imparcialidad puede verse afectada cuando antes del proceso se ha intervenido en un curso organizado por una de las partes procesales.	La Comisión no puede dictaminar si concurre o no causa de abstención (art. 219 LOPJ). Se remite a los dictámenes 3/19 y 3/18 acerca del Principio 11. La participación en actividades de formación no compromete a priori para conocer de futuros procesos en los que sea parte la entidad organizadora del curso.

Tabla 3 (cont.)

Fecha	Consulta	Cuestión	Conclusión
16-03-20	20/19	Trascendencia ética de intervenir y dictar sentencia en relación con la parte demandada, declarada en rebeldía, con quien se mantuvo una relación de amistad hace quince años; y si ello puede considerarse causa de abstención o recusación.	Se invocan los PPEJ 10, 11, 12, 16 y 18 en sede de Imparcialidad. El juez debe hacer un esfuerzo especial para advertir si puede verse afectado por un prejuicio positivo o negativo con miras a juzgar el caso con la máxima objetividad, como si de un tercero ajeno se tratara. La Comisión, con cita del art. 219 LOPJ, carece de competencia para pronunciarse acerca de si se trata de un supuesto de abstención o recusación.
10-02-20	01/20	Si el mantenimiento de una comisión de servicios en la Sección Penal de una Audiencia Provincial al obtener plaza en la Sección Penal de un Tribunal Superior de Justicia contraviene los PPEJ.	No lo contraviene (a salvo, en otro orden de cosas, la obligación de incompatibilidad y el deber de abstención). No obstante, sería aconsejable dejar de desempeñar tal comisión de servicio en caso de que la relación personal fraguada con los colegas de la Audiencia Provincial fuera de tal intensidad que pudiera afectar a su disposición de ánimo en la resolución de los asuntos en el TSJ.
23-10-19	18/19	Si un juez que acude a terapia psicológica tiene obligación de ponerlo en conocimiento del CGPJ.	No en tanto en cuanto el tratamiento psicológico no afecte negativamente al normal ejercicio de la función judicial. Si afectara, sería prudente ponerlo en conocimiento de los servicios de prevención de riesgos laborales del CGPJ.
23-10-19	17/19	Si hay que atender a la petición de periodistas para ser recibidos y obtener declaraciones en “casos mediáticos”.	Ninguno de los PPEJ impone el deber ético de conceder entrevistas o suministrar información a los medios de comunicación. No obstante, se valora, como tarea pedagógica, la actitud positiva hacia la transparencia y la interlocución con los medios de comunicación a condición de guardar la debida reserva (Principio 19). Véase nota informativa de 08-11-19.

Tabla 3 (cont.)

Fecha	Consulta	Cuestión	Conclusión
23-10-19	16/19	Si existe algún impedimento para que un juez que tiene que dictar nueva sentencia en asunto penal (que ya había absuelto antes a un Alcalde) pueda impartir un curso a la Policía Local del mismo Ayuntamiento.	Sí: contraviene la apariencia de imparcialidad y afecta a la percepción y la confianza de los ciudadanos en la administración de justicia. Se citan los PPEJ 10, 11, 12, 16 y 18 (en sede de Imparcialidad) y 23 (en sede de Integridad).
23-10-19	15/19	Si es conveniente que el instructor de un asunto sobre asesinatos en serie con relevancia mediática, del que ya ha recaído sentencia firme, cobre participación en un documental de TV.	La participación en el documental televisivo está amparada por la libertad de expresión (Principio 31). Ahora bien, dicha facultad debe ejercerse con “prudencia y moderación”.
30-09-19	14/19	Sobre la actividad de profesor asociado, compatible con la función judicial, y la relación con los catedráticos y abogados como directores del Dpto., en caso de que dirigieran asuntos que se plantearan ante su jurisdicción. Sobre la designación del juez de Administradores en los Concursos.	El juez debe comprobar si puede verse afectado por un prejuicio o predisposición. Remisión a la consulta 2/19. La designación discrecional de profesionales, con los que se mantiene vínculo distinto del propio foro, puede poner en riesgo la apariencia de imparcialidad e integridad. Remisión a la consulta 5/19. Véase nota informativa de 11-10-19.
30-09-19	13/19	Sobre reconocimientos, las distinciones o las condecoraciones que sean otorgadas por instituciones públicas a los miembros de la Carrera Judicial.	La aceptación no tiene por qué afectar a la apariencia de independencia o imparcialidad (sobre todo aquellas que no excedan las lógicas convenciones sociales y constituyan una práctica habitual ampliamente aceptada) siempre que la motivación para su concesión esté fundada. Corresponde a cada juez valorar los riesgos inherentes a los mencionados PPEJ. Véase nota informativa 11-10-19.

Tabla 3 (cont.)

Fecha	Consulta	Cuestión	Conclusión
30-09-19	12/19	Sobre la procedencia de la “práctica” de visitar a los Vocales del CGPJ por parte de quienes se proponen concurrir a una convocatoria de puestos con forma de designación discrecional.	No resulta aconsejable seguir dicha “práctica” de la visita o llamada telefónica a los Vocales del CGPJ al quedar comprometidos los PPEJ: el 29 (Integridad) e, indirectamente, el 8 (Imparcialidad). Véase nota informativa de 11-10-19.

12-06-19	10/19	Sobre la interpretación del Principio 28 sobre la posible aceptación por parte del juez de regalos –o cortesías– ofrecidas en atención al cargo desempeñado.	La aceptación de regalos ha de observar doble cautela: no poner en riesgo la apariencia de imparcialidad y que el obsequio no exceda las lógicas convenciones sociales. Hay que estar al examen del caso concreto. El valor o precio del obsequio ha de entenderse, en todo caso, como modesto. También hay que tener en consideración la naturaleza pública o privada del oferente (en este último caso, la eventual aceptación requiere un muy estricto escrutinio). También la frecuencia y la generalidad son elementos a considerar. Véase nota informativa de 12-07-19.
12-06-19	9/19	Sobre la posibilidad de que un juez que ha conocido de un asunto laboral en el que la demanda se dirige a dos empresas, pueda tener en cuenta lo resuelto en dicho procedimiento para dictar sentencia en otra causa en la que solo se demanda a una de las dos empresas; y/o si se puede acordar de oficio que se amplíe la demanda.	Se invoca el Principio 13 en sede de Imparcialidad. Con carácter general, en su labor de enjuiciamiento el juez debe guiarse por la información obtenida en el propio proceso, prescindiendo, en consecuencia, de los datos obtenidos fuera del mismo. El juez no puede introducir hechos distintos de los alegados por las partes ni suplir las funciones de los profesionales intervinientes. El juez debe atenerse objetivamente al resultado de la prueba practicada.
05-06-19	7/19	Sobre la práctica, desarrollada por el juez en el enjuiciamiento de recursos contencioso-administrativos, de buscar en internet información relativa al caso.	Se invocan los Principios 2 y 14 sobre Independencia e Imparcialidad. Se cita la consulta 1/19. La pertinencia de la búsqueda de oficio concierne al régimen legal procesal competente. En las averiguaciones de oficio el juez ha de asegurarse de que no se conculque la igualdad de oportunidades de las partes en materia de información y prueba.

Tabla 3 (cont.)

Fecha	Consulta	Cuestión	Conclusión
08-04-19	6/19	Si los conocimientos sobre cuestiones de interés general con ocasión del ejercicio de la función jurisdiccional permite publicar, con retribución, en revistas jurídicas.	Se invocan los Principios 19 y 20 (sobre Imparcialidad) y 28 (sobre Integridad). Dicha publicación en revistas jurídicas no contraviene los PPEJ. Ahora bien, debe evitarse hacer referencia a datos o detalles no sometidos a contradicción de las partes o a hechos no declarados probados en sentencia. Se ha de ponderar si los conocimientos difundidos pueden perjudicar a las partes o a terceros. La publicación en revistas ha de hacerse en condiciones de absoluta transparencia y en cuantía equiparable al resto de colaboradores.
08-04-19	5/19	Si un juez que ha escrito una obra de ficción acepta que la publique un editor a quien conoce por ser Administrador Concursal; y sobre quien ha aparecido en prensa información polémica, además de haber sido profesor suyo en un Centro.	Se hace una remisión genérica a consultas precedentes. El medio editorial no puede comprometer ni la integridad ni la apariencia de imparcialidad. Puede generarse la apariencia de que la publicación de la obra de ficción obedece a una atención, regalo o cortesía. Incumbe al juez discernir si su integridad y apariencia de imparcialidad quedan afectadas. Deben tenerse en cuenta otras alternativas de cara a la publicación.

08-04-19	1/19	Sobre la incidencia que tiene para el enjuiciamiento de un asunto laboral el conocimiento que pueda haber llegado a tener el juez fuera del proceso, ya sea de forma gratuita, ya sea porque se haya buscado información en internet.	Se invocan los PPEJ 11, 13 y 14 en sede Imparcialidad. En su labor de enjuiciamiento el juez debe guiarse por la información obtenida en el propio proceso, prescindiendo, en consecuencia, de los datos obtenidos fuera del mismo. El juez no puede introducir hechos distintos de los alegados por las partes. El juez debe atenerse objetivamente al resultado de la prueba practicada. Véase nota informativa de 25-04-19.
----------	------	---	---

Tabla 3 (cont.)

Fecha	Consulta	Cuestión	Conclusión
25-02-19	10/18	Sobre las implicaciones de los PPEJ en el uso de las redes sociales.	Se invocan los PPEJ siguientes: de incidencia directa (9, 16, 17, 22, 24, 29 y 31) e indirecta (3, 4, 19 y 20). La participación de los jueces en redes sociales no es contraria a los PPEJ. Los jueces deben presentarse públicamente como tales en redes sociales. Deben ser conscientes del riesgo que resulta en la percepción ajena sobre independencia judicial, apariencia de imparcialidad e integridad. En el ejercicio de su libertad de expresión pueden expresar sus opiniones particulares, sean o no de naturaleza jurídica. En todo caso, la intervención en redes sociales tiene que estar presidida por la prudencia. La expresión de opiniones, comentarios y reacciones puede afectar gravemente a la apariencia de independencia e imparcialidad generándose el correlativo deber ético de ser extremadamente cuidadosos. Debe evitarse cualquier referencia a cuestiones relacionadas, directa o indirectamente, con los asuntos de los que se esté conociendo. El uso de fórmulas de contacto con terceras personas puede generar una apariencia de favoritismo. No existe obligación ética de limitar contactos que los jueces mantengan en redes sociales debiendo atenerse a su elemental prudencia. La Comisión no puede suplantar al juez en la valoración de su propia conducta si bien la participación de los jueces en las redes sociales ha de estar presidida, con carácter general, por la prudencia y la mesura. El principio de cortesía, y también la prudencia, deben informar las actuaciones que se tengan en los debates con el resto de usuarios de las redes sociales.

Tabla 3 (cont.).

Fecha	Consulta	Cuestión	Conclusión
12-02-19	3/19	Sobre la participación retribuida del juez como coordinador, o como colaborador, en un curso de formación organizado por un Colegio de Abogados, del que es colegiado no ejerciente, situado fuera de su demarcación territorial.	Se invocan los PPEJ siguientes: 16 y 17 (en sede de Imparcialidad) y 34 (en sede de Diligencia). Dicha participación no plantea objeciones si se ejerce en condiciones que no afecten a la imparcialidad o a la apariencia de imparcialidad. Corresponde al juez valorar el alcance de los riesgos que puedan empañar la apariencia de imparcialidad. Factores a tener en cuenta: naturaleza de la entidad organizadora, sede de realización del curso, publicidad, número e identidad de los ponentes, auditorio y cuantía y homogeneidad de las retribuciones.
12-02-19	2/19	Sobre los riesgos que tiene un Juez de Familia, que ejerce en una ciudad pequeña, de ver afectada su imparcialidad en los procesos de divorcio seguidos entre los padres de los amigos de sus hijos a los que podría tener que explorar.	La Comisión se remite a la eventual aplicación de las causas de abstención previstas en el art. 219 LOPJ y demás preceptos concordantes. El juez habrá de comprobar, llegado el caso, si considera comprometida su imparcialidad. No se le puede imponer la obligación de mantener distancias con los amigos de sus hijos, o los padres de estos, por si en el futuro pudiera conocer de algún procedimiento de divorcio que les afecte.
10-02-19	21/19	Hacer comentarios (en conferencias, revistas o libros jurídicos) sobre pronunciamientos del Tribunal Constitucional en ámbitos en los que el consultante tiene una formación académica especializada.	Se invocan los PPEJ siguientes: 3 y 9 (sobre Independencia), 19 (sobre Imparcialidad) y 20 y 31 (sobre Integridad). Tales comentarios, conformes o disconformes con las tesis de aquel Tribunal, no solo no contravienen los PPEJ sino que son compatibles con la función pedagógica de explicación de la ley.

Tabla 3 (cont.).

Fecha	Consulta	Cuestión	Conclusión
23-01-19	11/18	Problemas que se suscitan con ocasión de la mediación intrajudicial o la “función negociadora” que se atribuyen al juez en algunos preceptos de nuestro ordenamiento jurídico.	Se invocan los PPEJ en materia de Imparcialidad. La función del juez consiste en exhortar a las partes para que alcancen un acuerdo. No puede ser una imposición directa ni indirecta ni tampoco anticiparse el sentido de la futura resolución. La participación del juez en la negociación compromete su imparcialidad, por lo que no es conveniente que esté presente en la misma. El juez debe limitarse a poner de manifiesto las ventajas de las soluciones consensuadas pero sin tomar posición sobre la controversia. Si el acuerdo no resulta posible el juez resolverá sin tener en cuenta los hechos o argumentos que las partes hayan hecho valer en la negociación. El juez puede dar a conocer la doctrina seguida en ese mismo órgano judicial o en los que conocen en grado de recurso. El juez no debe, en aras de incentivar el acuerdo, calificar a alguna de las posiciones de las partes como temeraria de cara a la consiguiente condena en costas. Forzar un acuerdo es contrario al principio de imparcialidad.

03-12-18	8/18	Sobre la procedencia de abstenerse al asistir a la vista un abogado que había formulado una queja ante el CGPJ, ya archivada, debida a la inactividad apreciada en otro procedimiento. El juez manifiesta no tener enemistad con dicho abogado.	Se invocan los PPEF 10, 11 y 15 en sede de Imparcialidad. La Comisión carece de competencia para pronunciarse sobre la causa de abstención (art. 219 LOPJ y demás preceptos concordantes). El juez debe hacer un esfuerzo especial para advertir si puede verse afectado por un prejuicio negativo frente a las pretensiones defendidas por el abogado que planteó la queja. En los actos orales debe evitar mostrar desconfianza hacia dicho abogado y velar por que haya un clima adecuado que permita a los letrados expresarse con libertad y serenidad.
----------	------	---	--

Tabla 3 (cont.)

Fecha	Consulta	Cuestión	Conclusión
03-12-18	7/18	Posible participación en una actividad docente organizada de manera conjunta por una universidad privada y el centro de estudios de un importante despacho de abogados de ámbito internacional que puede poner en entredicho la imparcialidad. Dicho despacho no tiene oficina en la actual demarcación del juez consultante.	Se invocan los PPEJ siguientes: 16 y 17 (en sede Imparcialidad) y 34 (en sede de Diligencia). Remisión al dictamen 3/18. La actividad docente propuesta no tiene por qué afectar, en principio, a la imparcialidad objetiva o a la apariencia de imparcialidad. Esta última solo puede verse comprometida en caso de coincidencia con el despacho de abogados en un asunto forense, circunstancia que, hoy por hoy, es improbable, pero posible en el futuro. De producirse en el futuro, el juez habrá de valorar la procedencia de las causas de abstención a tenor de lo establecido en el art. 219 LOPJ y demás preceptos concordantes.
03-12-18	6/18	Procedencia de que un magistrado que dirige un curso pueda llevar como ponente a un familiar, ya sea por consanguinidad, ya sea por afinidad.	Se invoca el Principio 30. Lo planteado no afecta, en sentido estricto, al principio de integridad. No obstante, dicha designación ha de ajustarse a ciertas condiciones: que la ponencia tenga relación con el curso y la disciplina en la que el ponente desempeñe su profesión, debiendo acreditar cierta cualificación, así como reunir los requisitos de mérito y capacidad exigibles a cualquier otro ponente.
23-10-18	3/18	Posible asistencia y participación retribuida de un juez a una actividad de carácter formativo y divulgativo organizada por un despacho de abogados.	Se invocan los PPEJ siguientes: 16 y 17 (en sede de Imparcialidad) y 34 (en sede de Diligencia). Dicha participación, solo en determinadas circunstancias y ocasiones, puede afectar a la apariencia de imparcialidad. El juez debe efectuar una previa valoración ética sobre dicha participación. Elementos relevantes para la valoración: vinculación con el despacho organizador, objeto de la actividad, volumen de asuntos judiciales en que interviene el despacho organizador, identidad y número de intervinientes. El lugar de celebración, si es la sede del despacho, aumenta que se vea afectada la apariencia de imparcialidad. La remuneración ha de reunir las condiciones de absoluta transparencia y cuantía equiparable.

Tabla 3 (cont.)

Fecha	Consulta	Cuestión	Conclusión
23-10-18	1/18	Procedencia de que un magistrado ponente acceda a recibir la visita del abogado de una de las partes mientras está pendiente de resolución el recurso.	Se invoca el Principio 14 en sede de Imparcialidad. Se debe conocer antes la razón y el contenido de la entrevista solicitada para valorar si compensa asumir el riesgo de verse influido por alguna de las partes. Puede resultar conveniente, en tal caso, ponerlo en conocimiento del otro letrado para que también pueda estar presente.

Finalmente, en la tabla 4 se exponen, igualmente, por orden cronológico, distinguiendo referencia a la consulta y titular-resumen, las notas informativas difundidas.

Tabla 4. Notas informativas de la Comisión de Ética Judicial

Fecha	Consulta de ref ^a	Titular-resumen
08-11-19	17/19	<p>La Comisión señala que la prudencia debe guiar la relación entre jueces y medios para preservar la imparcialidad y los derechos de las partes.</p> <p>Cuando la información versa sobre asuntos de los que el juez esté conociendo, es aconsejable que la relación con los periodistas se haga a través de las Oficinas de Comunicación.</p> <p>La misma moderación deben tener los jueces a la hora de participar en documentales sobre asuntos de los que fueron instructores, aunque ya se haya dictado sentencia firme.</p>
11-10-19	14/19	<p>La Comisión señala que las relaciones académicas surgidas durante el ejercicio de la docencia pueden afectar a la imparcialidad e integridad de los jueces.</p> <p>Responde a una consulta que plantea un supuesto en el que el director del departamento universitario sea abogado de una de las partes o perito en un procedimiento judicial.</p>
11-10-19	13/19	<p>Los jueces deben valorar en cada caso si aceptar una condecoración concedida por el Poder Ejecutivo pone en riesgo su apariencia de independencia.</p> <p>La Comisión de Ética Judicial entiende que recibir la Cruz San Raimundo de Peñafort o la Cruz al mérito policial es una práctica “ampliamente aceptada” que no excede las convenciones sociales</p>

Tabla 4 (cont.)

Fecha	Consulta de ref ^a	Titular-resumen
11-10-19	12/19	<p>La Comisión no considera procedentes las visitas de cortesía a los vocales por parte de los candidatos a cargos discrecionales al prever la ley una comparecencia pública ante el CGPJ.</p> <p>Señala que la extendida práctica de realizar una visita o llamada de cortesía a los miembros del órgano de gobierno de los jueces no es aconsejable desde el punto de vista de la dignidad de la función jurisdiccional.</p>

12-07-19	10/19	<p>La Comisión de Ética Judicial señala que los jueces deben analizar “con prudencia” los regalos y atenciones que les ofrecen antes de aceptarlos.</p> <p>En ningún caso sería admisible un presente que ponga en riesgo o en tela de juicio la imparcialidad o la apariencia de imparcialidad del juez.</p> <p>Los miembros de la Carrera Judicial deben ser especialmente cuidadosos con las ofrendas de particulares, sean personas físicas o jurídicas.</p>
25-04-19	01/19	<p>La Comisión de Ética Judicial considera que los jueces deben evitar búsquedas en internet sobre los hechos y partes del proceso para preservar su imparcialidad.</p> <p>En un dictamen, señala que el juez debe eludir cualquier clase de prejuicio que pudiera tener su origen en información obtenida fuera de los cauces procesales oportunos.</p> <p>La Comisión resuelve la consulta de un juez que, de forma casual, dos horas después de un juicio sobre invalidez comprobó que no eran ciertos algunos de los hechos alegados por una de las partes.</p>

EPÍLOGO

Son varios los grupos de consideraciones que se desprenden a partir de la actividad desarrollada por la CEJ. Antes, sin embargo, será oportuno hacer alusión a tres aspectos que pueden servir para enmarcar en el contexto español dicha actividad: el estatuto funcional de los jueces, la naturaleza jurídica de los códigos éticos y, asimismo, la posición discrepante que mantienen algunas asociaciones judiciales acerca los PPEJ.

Sobre el estatuto funcional de los jueces

Según el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, los jueces están dentro del personal con legislación específica propia y, por consiguiente, las disposiciones de dicho Estatuto «sólo se aplicarán directamente cuando así lo disponga su legislación específica». La condición de funcionario o autoridad, el clásico desdoblamiento entre potestas –poder socialmente reconocido– y auctoritas –saber socialmente reconocido–, es en el que se ve inscrita la mencionada distinción; otra forma de apreciar, en suma, las correlativas funciones de jurisdicción –“ejecutar lo juzgado”– y de judicación –“juzgar”– (Domingo, 1999, 3, p. 120) que designa, explícitamente, el artículo 117.3 de la Constitución Española.

Sobre la naturaleza jurídica de los códigos éticos

Ya la sentencia 218/1989 del Tribunal Constitucional distinguía entre los códigos deontológicos (que facultan para imponer sanciones sobre la base de infracciones) y los códigos éticos (que, decididamente, no permiten imponer sanciones). Así pues, mientras los primeros sí tienen naturaleza jurídica, los segundos son de índole moral. A la eventual confusión entre deontología y ética le va al acecho esa otra confusión entre ética y moral. Sobre esta última y, sin perjuicio de admitir la común equiparación que se suele hacer, más allá de la diversidad en cuanto al origen etimológico (del griego, en el caso de la ética, y del latín, en el de la moral), sí conviene dejar constancia de que mientras el término ética queda circunscrito a los sujetos humanos individuales (y a los valores y contravalores que envuelven esa conducta) el término moral (así como los valores y contravalores morales) se reserva para los grupos humanos, y no ya considerados en abstracto, sino en la medida en la cual estos grupos están enfrentados con otros (Bueno, 2009).

Sobre la posición discrepante mantenida por algunas asociaciones judiciales en relación con los PPEJ

Siguiendo a Lucas (2017), la Asociación de Jueces y Magistrados Francisco de Vitoria

ha sido crítica al señalar que la mayor parte de los jueces españoles vienen observando tales principios y, sobre todo, porque el fortalecimiento de la independencia y la imparcialidad exige la adopción de otras medidas como las relativas a las remuneraciones y las condiciones de trabajo. El Foro Judicial Independiente, por su parte, ha considerado que no es urgente y carece de interés para la mayor parte de la carrera judicial la promulgación de dicho código ético. Aun cuando participó en la elaboración del texto, dicha asociación votó en contra del texto finalmente aprobado. El autor seguido sintoniza, siquiera sea en parte, con el espíritu crítico expuesto y señala, más en concreto, que el amplio catálogo de infracciones muy graves, graves y leves establecido en los artículos 417, 418 y 419 LOPJ conforma un auténtico código disciplinario que, al trazar en negativo los PPEJ, puede revelar innecesaria la proclamación en positivo a que se contraen estos.

Una vez expuestos los tres aspectos precedentes, se añaden dos grupos de consideraciones más. El primero, sobre la actividad específica desarrollada por la CEJ. Y, el segundo, de alcance mucho más general, sobre ética judicial.

En cuanto al primer grupo de consideraciones; tanto los Acuerdos (tabla 2) como las notas informativas (tabla 4) constituyen actos de la CEJ que no están expresamente contemplados en el art. 1 PPEJ. La fórmula de los Acuerdos ha sido la empleada, aunque se constata una tendencia decreciente, para inadmitir las consultas (casi siempre por no tratarse de una cuestión personal ex art. 1.a) PPEJ) y así eludir tener que emitir dictamen escrito. Las notas informativas han servido para consolidar criterios orientadores en materias particularmente polémicas (relaciones con los medios de comunicación, ejercicio de la docencia, aceptación de regalos...). Cabría plantear un cambio de denominación y referirse a lo que realmente son, es decir, a criterios orientadores y no meras notas informativas, de manera análoga a cómo hacen los Colegios de Abogados, por ejemplo, a la hora de dar a conocer sus criterios orientadores en materia de honorarios.

La actividad desarrollada por la CEJ, singularmente, a través de la función principal de dictamen (véase la tabla 3), ha abarcado un considerable número de asuntos y ha hecho del

carácter orientador su propia razón de ser. Es de esperar que el tipo de asuntos sobre los que pronuncie se vea ampliado en la medida en que se haga uso de este mecanismo por parte de los consultantes que están legitimados para ello (puede ser de interés, en este sentido, conocer el criterio de la CEJ en los casos en los que los miembros de la carrera judicial compatibilizan el ejercicio de la función jurisdiccional con el de preparadores de opositores). Con todo, el peligro de solapamiento entre el plano ético y el deontológico y/o disciplinario no ha quedado descartado del todo en los PPEJ (así se ve confirmado a partir del art. 1.2 in fine y en la propia Disposición Final) y tampoco, desde luego, el carácter endogámico de la CEJ, tal como se desprende de su composición (seis miembros judiciales de un total de siete que, además, son quienes eligen al séptimo, único miembro no judicial) pudiendo reafirmar, por consiguiente, que la CEJ es concebida como un mecanismo “de jueces para jueces” que ha desaprovechado la oportunidad de reforzar a la judicatura extramuros de la judicatura.

En cuanto al segundo grupo de consideraciones; la realidad no se encuentra en las normas ni en el cielo de los juristas (Ihering, trad. de 2015, p. 277) y en el imaginario colectivo, al menos, a nadie le extraña eso de que «menos mal hacen los delincuentes que un mal juez» (Quevedo, ed. de 1947, I, IX, p. 45). La ética judicial queda concretada en un juicio sobre la apariencia porque, como de la mujer del César, que «ni siquiera se tenga sospecha» (Plutarco, trad. de 1821, Cayo Julio César, X, p. 100). La ética remite, pues, como propusiera Nietzsche, a la estética –*nulla ethica sine aesthetica*– (Claramonte, 2008) y viceversa –*nulla aesthetica sine ethica*–, si es que vale afirmar que “la belleza es verdad, y la verdad belleza”/ –no hace falta saber más que esto en la tierra” (Keats, trad. de 1997, p. 165). No se sabe bien si *advocati nascuntur, iudices fiunt* (Calamandrei, trad. de 2009, III, p. 51), sin embargo, pesa como una losa aquello de no juzguéis y no seréis juzgados; no condenéis y no seréis condenados. Perdonad y seréis perdonados (Evangelio según san Lucas, 6:37). La desconfianza en la mesiánica facultad de juzgar (Montaigne, trad. de 2007, III, I, p. 1.181; Bacon, trad. de 1870, LIV, pp. 353-362) que en algún caso ha fantaseado con la condición de buen juez que para ser imparcial decidía el pleito con los dados (Rabelais, trad. de 2011, III, XXXIX, pp. 813-816) nos

reconcilia con aquello de que «la vida del Derecho no ha sido lógica, sino experiencia» (Holmes, ed. de 2011, Prefacio, p. 5) sin que, bien mirado, pueda dejar de imponerse el denominado “escepticismo constructivo” (Frank, ed. de 1949, Prefacio, p. VII). Si la filosofía consiste en ver el mundo al revés, la poesía, como reverso de la filosofía, nos lleva, al fin, a ver el mundo del derecho; o sea, que «para ver del derecho hay que haber visto antes del revés» (Machado, 1936, IV). Los ejercicios de sofística de Juan de Mairena, alter ego machadiano, compatibles con la admonición del “vuelva usted mañana” (Larra, 1833), no sólo no están lejos de la “política deliberativa” (Habermas, trad. de 1998, VII, pp. 363-406) sino que propician reconocer que siempre queda el tránsito “de las virtudes a la virtud y tras la virtud” (MacIntyre, trad. de 2004, 16, pp. 336-362).

POST-SCRIPTUM

El capítulo XLII comprendido en la segunda parte del Quijote acoge un certero decálogo ético que podrán valorar los encargados de juzgar en caso de proponerse resituar el debate en torno a la ética judicial.

- I. Nunca te guíes por la ley del encaje, que suele tener mucha cabida con los ignorantes que presumen de agudos.
- II. Hallen en ti más compasión las lágrimas del pobre, pero no más justicia que las informaciones del rico.
- III. Procura descubrir la verdad por entre las promesas y las dádivas del rico, como por los sollozos y las importunidades del pobre.
- IV. ICuando pudiere y debiere tener lugar la equidad, no cargues todo el rigor de la ley al delincuente; que no es mejor la fama de juez riguroso a la de compasivo.
- V. Si acaso doblares la vara de la justicia, no sea con el peso de la dádiva, sino con el de la misericordia.
- VI. Cuando te sucediere juzgar algún pleito de algún enemigo, aparta las mientes de tu injuria y ponlas en la verdad del caso.
- VII. No te ciegue la pasión propia de la causa ajena que en los yerros que en

ella hicieres las más de las veces serán sin remedio y si le tuvieren será a costa de tu crédito y aun de tu hacienda.

- VIII. Si alguna mujer hermosa viniere a pedirte justicia, quita los ojos de sus lágrimas y tus oídos de sus gemidos, y considera despacio la sustancia de lo que pide, si no quieres que se anegue tu razón en su llanto y tu bondad en sus suspiros.
- IX. Al que has de castigar con obras, no trates mal con palabras, pues le basta al desdichado la pena del suplicio sin la añadidura de las malas razones.
- X. Al culpado que cayera debajo de tu jurisdicción considérale hombre miserable, sujeto a las condiciones de la depravada naturaleza nuestra y en todo cuanto fuere de tu parte, sin hacer agravio a la contraria, muéstratele piadoso y clemente: porque aunque los atributos de Dios todos son iguales, más resplandece y campea a nuestro ver el de la misericordia que el de la justicia.

FUENTES DE INFORMACIÓN

Fuentes bibliográficas

Bacon, F. (1870). *Ensayos de Moral y de Política*. (Trad. de A. Roda Rivas). Madrid: Imprenta de M. Minuesa. (Obra original publicada en 1597).

Bueno, G. (2009). «Ética, Moral, Bioética, Derecho». *El Catoblepas. Revista crítica del presente*. núm. 93, noviembre.

Calamandrei, P. (2009). *Elogio de los jueces escrito por un abogado*. Madrid: Reus. (Obra original publicada en 1935).

Cervantes, M. de (ed. de 1994). *Don Quijote de la Mancha*. (Edición, introducción y notas de Martín de Riquer). Barcelona: RBA. (Obra original publicada en 1605 y 1615).

Claramonte, J. (2008). «Nulla ethica sine aethetica». Recuperado el 11 de mayo de 2020 de <http://jordiclaramonte.blogspot.com/2008/11/>.

Domingo, R. (1999). *Auctoritas*. Barcelona: Ariel.

Frank, J. (1949). *Law and the Modern Mind*. (6ª reimpresión). London: Stevens & Sons Limited. (Obra original publicada en 1930).

Habermas, J. (1998). *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. (Trad. de M. Jiménez). Madrid: Trotta. (Obra original publicada en 1992 y 1994).

Holmes Jr, O. W. (2011) *The Common Law*. (Ed. de P.J.S. Pereira y D.M. Beltrán). Toronto: University Of Toronto Law School. (Obra original publicada en 1882).

Ihering, R. v. (2015). *Jurisprudencia en broma y en serio*. (Trad. de la 3ª ed. alemana por R. Riaza; presentación de Mª J. Ripollés). Madrid: Reus. (Obra original publicada en 1884).

Keats, J. (1997). «Oda sobre una urna griega». En *Odas y Sonetos* (Trad., introd. y notas de A. Valero). Barcelona: Ed. Orbis. (Obra original publicada en 1820).

Larra, M. J. de (1833). «Vuelva usted mañana». En *El Pobrecito Hablador. Revista Satírica de Costumbres*, por el Bachiller don Juan Pérez de Munguía (seud. de Mariano José de Larra), enero, 11, 1-24. Recuperado el 10 de mayo de 2020 de http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/38816839739892223825480/p0000001.htm#fol_1_1.

Lucas Murillo de la Cueva, P. (2017). *La independencia y el gobierno de los jueces. Un debate constitucional*. (Discurso de recepción como Académico de Número de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas en la Sesión del 23 de mayo de 2017). Madrid: Real Academia de Ciencias Morales y Políticas.

Machado, A. (1936). *Juan de Mairena: sentencias, donaires, apuntes y recuerdos de un profesor apócrifo*. Recuperado el 20 de mayo de 2020 de <http://www.cervantesvirtual.com/obra/juan-de-mairena-sentencias-donaires-apuntes-y-recuerdos-de-un-profesor-apocrifo-984410/>.

MacIntyre, A. (2004). *Tras la virtud*. (Trad. de A. Valcárcel). Barcelona: Ed. Crítica. (Obra original publicada en 1981).

Montaigne, M. de (2007). *Los ensayos (según la edición de 1595 de Marie de Gournay)*. (Trad. de J. Bayod Brau). Barcelona: Acentilado. (Obra original publicada en 1580).

Plutarco (1821). «Cayo Julio César». En *Vidas paralelas*. (Trad. del griego de A. Ranz Romanillos). Madrid: Imprenta Central a cargo de Víctor Saiz, 1879. Tomo IV. (Obra original escrita entre 96-117 d. C.). Recuperado el 11 de mayo de 2020 de <https://archive.org/details/lasvidasparalel02plutgoog/page/n92/mode/2up>.

Quevedo, F. de (1947). *Política de Dios y gobierno de Cristo*. Bueno Aires: Espasa-Calpe Argentina. (Obra original publicada en 1626 y 1655).

Rabelais, F. (2011). *Gargantúa y Pantagruel* (Los cinco libros). (Trad. de G. Hormaechea). Barcelona: Acentilado. (Obra original publicada entre 1532 y 1564).

Fuentes electrónicas

Todos los textos sobre ética judicial citados que se relacionan seguidamente, por orden cronológico, están disponibles en el sitio web del Consejo de Poder Judicial dedicado a Transparencia y Buen Gobierno, Código Ético y Comisión de Ética Judicial: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Transparencia/Buen-Gobierno-Codigo-etico-y-Comision-de-Etica-Judicial/>; a saber:

Principios Básicos relativos a la independencia de la Judicatura (1985).

Principios de Bangalore (2001).

Dictamen del Consejo Consultivo de los Jueces Europeos del Consejo de Europa sobre la ética y la responsabilidad de los jueces (2002).

Recomendación (2010) 12, de 17 de noviembre, del Comité de Ministros del Consejo de Europa.

Carta Magna de los Jueces (Principios Fundamentales) proclamada en el seno del Consejo de Europa (2010).

Declaración de Londres sobre la deontología de los jueces (2010) promovida por la Red Europea de Consejos de Justicia.

Código Iberoamericano de Ética Judicial (reformado en 2014).

Principios de Ética Judicial (2016).

IMPACTO DEL DISEÑO DE UNA PLATAFORMA VIRTUAL EN LA ENSEÑANZA DEL DERECHO

IMPACT OF THE DESIGN OF A PLATFORM ON A VIRTUAL EDUCATIONAL COMMUNITY

Franklin Steve Salazar Visurraga

Maestro en Ingeniería de Computación y Sistemas con mención en Gestión de TI

Universidad de San Martín de Porres

<https://orcid.org/0000-0002-5701-0467>

fsalazarv@usmp.pe

Perú

Recibido: 5 de julio de 2020

Aceptado: 10 de agosto de 2020

SUMARIO

- Introducción.
- El desarrollo de las TIC en la enseñanza.
- Los entornos virtuales como una oportunidad en la formación.
- La interactividad como factor clave en la enseñanza virtual del derecho.
- Importancia de una percepción colaborativa en la enseñanza virtual del derecho.
- Metodología de la investigación.
- Resultados.
- Discusión.
- Conclusiones.
- Recomendaciones.
- Fuentes de Información.

RESUMEN

La investigación se centra en determinar la influencia del nivel de calidad del diseño de una plataforma en el nivel colaborativo dentro de una comunidad educativa virtual en la enseñanza del derecho. Se tomó como referencia la investigación “*Diseño de una Comunidad Colaborativa en los Sistemas Educativos Virtuales Tradicionales*”, en la cual se midió el componente colaboración con dos tipos de sistemas educativos virtuales, teniendo como resultado que el nivel de

colaboración era más alto en un tipo de sistema más flexible. La población seleccionada fue la Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres de Perú, la cual brindó unos diplomados de carácter virtual-presencial para gente profesional. La presente investigación evaluó la posibilidad de aproximarse más a las razones de tener un ambiente colaborativo considerando otros elementos que pudieran influir en un trabajo asociativo dentro de una comunidad educativa virtual en la enseñanza del derecho. Por tal motivo se rescataron otras dimensiones para analizar, considerando la dimensión “diseño de plataforma” como prioridad, la cual fue medida desde la percepción de los participantes también y con ello ver la relación del nivel de calidad de la dimensión Diseño de Plataforma y la dimensión Comunidad Colaborativa definida en la investigación citada como referencia.

ABSTRACT

The research focuses on determining the influence of the quality level of the design of a platform on the collaborative level within a virtual educational community in the teaching of law. The research “*Design of a Collaborative Community in Traditional Virtual Educational Systems* was taken as a reference”, in which the collaboration component with two types of virtual educational systems was measured, with the result that the level of collaboration was higher in a more flexible type of system. The selected population was the Faculty of Law of the University of San Martín de Porres in Peru, which offered virtual-face-to-face diplomas for professional people. The present investigation

evaluated the possibility of getting closer to the reasons for having a collaborative environment considering other elements that could influence an associative work within a virtual educational community in the teaching of law. For this reason, other dimensions were analyzed to analyze, considering the dimension “platform design” as a priority, which was measured from the perception of the participants as well, and with it, see the relationship between the quality level of the Platform Design dimension and the Collaborative Community dimension defined in the research cited as a reference.

PALABRAS CLAVES

Comunidad, colaboración, plataforma, escenario virtual, alumno, docente, enseñanza, aprendizaje y derecho.

KEYWORDS

Community, collaboration, platform, virtual stage, student, teacher, teaching, learning and law.

INTRODUCCIÓN

El concepto de sociedad de la información está cobrando fuerza cada vez más en estos tiempos; y más aún, con las necesidades que el mundo vive por la pandemia que se ha suscitado. El ser humano necesita de la información y de su entorno para poder desarrollar conocimiento en las distintas áreas; y las TIC se consolidan como el camino emergente de reinención en esta crisis. Desde tiempos remotos el ser humano necesitó de un entorno colaborativo para fortalecer sus propuestas y, por ende, los medios para llegar a más personas fueron evolucionando progresivamente.

Las tecnologías de la información y la comunicación significan, hoy en día, un gran soporte para todos nosotros. Nos permite gestionar procesos que por la coyuntura actual hubiera sido difícil tratarlos de forma presencial. Muchos de ellos tratados de manera presencial contaban con un soporte virtual, el cual no fue puesto a prueba sino hasta hoy, un momento en el cual la sociedad está siendo afectada en diversos sectores. Con lo acontecido en la actualidad, algunas empresas tuvieron que adaptarse abruptamente a cambios en su organización, lo cual supuso una reingeniería

en sus procesos más críticos para conservar un buen funcionamiento o alcanzar soluciones más efectivas ante la demanda constante de clientes o usuarios.

Los antecedentes de las TIC nos muestran una interacción evolutiva y constante con el ser humano, el cual de forma creciente hizo parte de su vida cotidiana el uso de soluciones tecnológicas para mejorar resultados. Como un ejemplo latente en estos tiempos tenemos a los dispositivos móviles, los cuales llegaron a convertirse en una alternativa más para tratar la información y comunicarnos de distintas formas.

Podríamos explicar el nacimiento de las TIC desde dos dimensiones. Una de ellas puede reflejarse desde la aparición de las primeras representaciones de sistemas computacionales en la década de los cincuenta del siglo pasado. Desde esa época se avizoró un camino en el cual las innovaciones tecnológicas iban a trascender en nuestras actividades de toda índole.

Si bien es cierto que las primeras computadoras estaban destinadas para ciertas ramas como la investigación o trabajos específicos con personas especializadas, siempre se contemplaba la posibilidad de una interacción superior con ellas. Los sistemas computacionales en sus distintas formas significaron toda una revolución en la gestión de información debido a que gradualmente fue introduciéndose en nuestras labores cotidianas un creciente interés por descubrir más de ellas; pero a su vez se percibía cierta resistencia por un sector reacio a involucrarse en nuevas formas de tratar la información, debido a diversos factores como la falta de conocimiento o el miedo a ser reemplazados.

Estas representaciones tecnológicas, que aparecieron como soluciones para agilizar el trabajo de las empresas y usuarios, fueron encajadas en el concepto de tecnologías de la información debido a que significaron una nueva manera de gestionarlas para tomar mejores decisiones en menor tiempo.

Las tecnologías de la información fueron potenciadas con la aparición de Internet. Esta tecnología se originó aproximadamente en inicios de los años sesenta del s. XX, debido a que fue contemplada como una estrategia militar para acceder a información confidencial.

La inserción de las TIC en los procesos de nuestra sociedad fue una respuesta a las necesidades nuevas en distintos campos. El campo educativo fue uno de ellos, que necesitó poco a poco albergar una comunidad más interactiva y encontró en las TIC el puente ideal para unir sociedades mediante la aparición de las plataformas virtuales.

Son muchas las ramas de la educación que se han visto beneficiadas con el aporte de las TIC, específicamente con el surgimiento de plataformas que brindan un escenario donde el usuario puede encontrar información y compartirla. La información, como elemento primordial para tomar decisiones en corporaciones o empresas, no resulta ajena en las instituciones educativas desde el punto de vista de la construcción del conocimiento.

Parte de la construcción de conocimiento involucra la interacción, la cual actúa como factor clave para transmitir experiencias en distintos escenarios y de tal forma debería aplicarse en los entornos virtuales destinados a soportar la educación en distintas modalidades. Estas modalidades han sido insertadas en las instituciones educativas progresivamente en el tiempo pese a la desconfianza que envuelve a este sistema.

Los entornos virtuales orientados a soportar la educación en sus distintos niveles tienen el deber de prestar el mejor escenario enfocado en el estudiante, quien es el elemento en todo el sistema más importante. A pesar de tener claro esta idea y de que la crisis que estamos viviendo a raíz del Covid-19 demanda apostar por las TIC en la educación mediante el uso de las plataformas virtuales, los entornos virtuales enfrentan cierto rechazo para ser considerados como parte de los caminos de enseñanza.

Algunos factores para desestimar el uso de entornos virtuales en el campo educativo pueden estar relacionado a la falta de conocimiento de uso de recursos de la plataforma por parte de los docentes, a la poca participación de los alumnos debido a una percepción de nivel de colaboración muy bajo, etc.

Más allá de los inconvenientes que el uso de las plataformas virtuales en la educación puede presentar, la UNESCO (1998) rescató la innovación en la enseñanza y definió a los entornos virtuales de aprendizaje como

un programa informático interactivo de carácter pedagógico que posee una capacidad de comunicación integrada, es decir, que su estructura esta en base a las tecnologías emergentes que estaban desarrollándose para potenciar la enseñanza. En ello se destaca la interacción como la manera más genuina de aprender y la base para construir conocimientos en entornos virtuales de aprendizaje.

EL ROL DE LAS TIC EN LA ENSEÑANZA

Actualmente, las TIC no solo significan una alternativa para mejorar los procesos de las empresas o agilizar diversas labores cotidianas, también implican una necesidad latente para poder sobrevivir. Las dificultades presentadas por la pandemia pueden suponer que el mundo o parte de él no estaba preparado para enfrentar un golpe tan fuerte; no obstante, las organizaciones tomaron un respiro para refundar sus ideas y reinventarse teniendo como respaldo a las TIC, las cuales nacieron para evolucionar y sostener los procesos que forman parte de nuestra sociedad independientemente del nivel de recursos que se tenga en distintas realidades.

Tras diversos intentos por salir del quiebre socioeconómico, se puede rescatar aspectos positivos los cuales están relacionados con el impulso a la digitalización. Si bien es cierto que antes de la pandemia estábamos inmersos en un mundo digital que prosperaba, hoy en día el uso de las TIC deja de ser una opción para convertirse en elemento vital para sostener la economía mundial. El aislamiento social obligatorio que se impuso como una medida de protección a las personas generó que se diera una mayor relevancia a tecnologías que se venían usando, así como también se dio espacio a otras nuevas por la necesidad de cambio.

El concepto de las TIC se compone de la evolución de las tecnologías de información y tecnologías de comunicación. Las tecnologías de la información fueron potenciadas con la aparición de Internet, lo cual propició que se fuera definiendo un camino distinto para establecer interacciones que fortalecieran los procesos de las organizaciones.

la información y la comunicación; y esto se debe a que no solo existían innovaciones que permitían de manera específica gestionar la

información para tomar mejores decisiones, sino que también podían apreciarse herramientas que nos permitían transmitir la información hacia otros puntos mejorando la comunicación. Este nuevo modelo otorgó a las empresas el camino para extender sus negocios a lugares impensados anteriormente.

El campo educativo no fue ajeno a esta revolución, debido a que paulatinamente aprovechó las herramientas tecnológicas para consolidar sociedades más grandes de conocimiento. Poco a poco, los entornos educativos presenciales se sostenían en las TIC para presentar nuevas alternativas de trabajo en la enseñanza, proporcionando un nuevo espacio para acceder a la información. Con respecto a ello, Jesús Salinas Ibáñez (2004) afirma que:

Las perspectivas de las Tecnologías de la Información y Comunicación (TIC) para la formación, vienen motivadas tanto por los avances de las telecomunicaciones y las tecnologías de la información, como por las transformaciones que en el campo de la enseñanza se van dando por efecto de integración y/o adaptación de dichas tecnologías en el marco educativo. La utilización de las TIC ofrece un amplio abanico de posibilidades constituyendo un reto para la enseñanza. (Pág. 1)

Al proponer un entorno virtual se debe tener en cuenta las distintas situaciones que pueden presentarse a los participantes y considerar el mejor camino para que la adaptación al uso de los recursos de la plataforma no genere vacíos en el logro de objetivos académicos.

En los últimos años los proyectos de las instituciones educativas fueron incorporando propuestas de nuevos escenarios cuyo soporte se basaba en tecnologías más fuertes, las cuales podrían denominarse plataformas virtuales.

Más allá de que las plataformas virtuales no siempre presentaron un escenario colaborativo para el proceso de enseñanza-aprendizaje, se puede decir que la evolución del ambiente que proponían fue generando adeptos a la modalidad que representan. La modalidad virtual fue cautivando a las personas por las ventajas que ofrecían de acceder a nuevos conocimientos desde cualquier punto. Si bien es cierto, las plataformas virtuales representan a las TIC en el campo educativo como una

innovación en constante desarrollo, siempre hubo algún sector reacio a su incorporación en las estrategias educativas de cualquier rama.

Al originarse la pandemia del Covid-19 en nuestro país dejó muy sensible el área de educación en distintos sectores, lo cual ha provocado que las instituciones educativas reformulen su manera de abordar el proceso de enseñanza apoyándose en las TIC. Por tal motivo el uso de las plataformas virtuales se consolidó para poder continuar con los programas educativos. No obstante, varias universidades están presentando problemas técnicos al momento de respaldar un gran número de interacciones; a pesar de ello, la modalidad virtual apunta a ser considerada con mayor fuerza en los futuros programas educativos.

Los avances tecnológicos asociados al campo educativo tienen la misión de conectar a las personas y con ello formar una comunidad basada en la interacción constante. Las relaciones entre las personas siempre han consolidado nuevos modelos conceptuales; y con las tecnologías se fue extendiendo más las sociedades de conocimiento mediante escenarios virtuales.

LOS ENTORNOS VIRTUALES COMO UNA OPORTUNIDAD EN LA FORMACIÓN

Los entornos virtuales nacen como una alternativa en la enseñanza de modalidad presencial. Con el tiempo fueron consolidándose como el camino para llegar a más información de interés para desarrollar un nuevo conocimiento. Los entornos virtuales suponen un escenario en el cual se percibe una comunicación dinámica entre los participantes, pero el proceso para llegar a ese punto implica considerar más de un factor.

La evolución de los entornos virtuales significó una respuesta a la necesidad de acceder a nuevos modelos conceptuales no solo a nivel de contenido, sino también a nivel de interacción. Por ello se desarrollaron plataformas más robustas para soportar una mayor comunicación entre los usuarios involucrados, independientemente del tamaño de la comunidad que alberga.

Con la consolidación de Internet en nuestra sociedad se pudo entender el concepto de tecnologías de Antes de esta crisis propiciada por el Covid-19, los entornos virtuales no fueron puestos a prueba en toda su magnitud por las instituciones educativas. Como se mencionó anteriormente, dichos escenarios eran considerados parcialmente, solo como un apoyo a la educación presencial. A raíz de la pandemia que se está viviendo en esta época, las instituciones educativas han tenido que apostar por las plataformas virtuales para mantener la continuidad de la enseñanza.

Dentro de todo el proyecto de resurgimiento en el campo educativo, son quizás las universidades o instituciones educativas de nivel superior quienes afrontan un mayor reto ante la ola de críticas debido al relativo soporte que brindan a toda una comunidad o por el hecho de la poca confianza de un sector con respecto a la modalidad virtual.

Más allá de la complejidad que implica introducir la modalidad virtual en los procesos de enseñanza, esta coyuntura debe significar una oportunidad para consolidar el salto a la digitalización. Las TIC nacieron para brindar soluciones y mejorar los procesos en nuestro entorno; y las plataformas virtuales son fieles representantes de estas soluciones. Tienen que ser bien gestionados para proyectar sostenibilidad en el futuro.

Los entornos virtuales educativos también implican una adaptación a cambios en la manera de transmitir conocimiento. Mason y Kaye (1990) señalaban que:

La aplicación de la comunicación mediada por ordenador estaba haciendo cambiar la naturaleza y estructura de las instituciones coetáneas de educación a distancia de diferentes formas, e indicaban tres implicaciones de dicho uso:

- La desaparición de las distinciones conceptuales entre la educación a distancia y la educación presencial.
- El cambio de los roles tradicionales del profesorado, tutores adjuntos y staff administrativo y de apoyo.
- Proporcionar una oportunidad, que nunca existió antes, de crear una red de estudiantes, un “espacio” para el pensamiento colectivo y acceso a los pares para la socialización y el intercambio ocasional. (Pág. 15 - 38)

Definitivamente existe un cambio con relación a los roles tradicionales en los entornos virtuales educativos. El docente tiene que tener el conocimiento básico para poder aprovechar los recursos de las plataformas virtuales y con ello ser un guía que propicie la interacción entre los estudiantes que participan en el escenario virtual.

El ser humano necesita de su entorno para formar nuevos modelos de conocimiento. En un escenario presencial el ser humano se relaciona con los demás participantes para esclarecer sus dudas y desarrollar nuevas ideas. Los entornos virtuales no pueden ser ajeno el hecho de mantener la conectividad, pero involucra la consideración de una serie de elementos que invitan a ser investigados de forma independiente como el rol del docente, su nivel de conocimiento, la flexibilidad de la plataforma virtual, etc.

Collis y Moneen (2001) por su parte rescatan la flexibilidad del aprendizaje en la educación superior considerando cuatro componentes:

- Tecnología que se refiere tanto a los ordenadores y redes, como a las herramientas y aplicaciones de software. Es decir, “aplicaciones tecnológicas” cuyo uso educativo puede ser publicación y disseminación de la información, comunicación, colaboración, tratamiento de la información y los recursos, así como propósitos específicos de enseñanza y aprendizaje o integración de cursos.
- Pedagogía, que se ocupa del enfoque o de los modelos pedagógicos, la orientación de las actividades, marco de flexibilidad de estas, etc.
- Estrategia de implementación relacionada con los factores que caracterizan la innovación.
- Marco institucional. (Pág. 9 - 10)

La búsqueda de calidad en los entornos virtuales ha sido una constante y los enfoques para priorizar el elemento determinante a potenciar para darle un mejor escenario al estudiante dependieron de las políticas de cada institución educativa. Lo que no se puede perder de vista es que en todo el proceso de enseñanza el estudiante debe ser el más beneficiado.

La crisis que se está viviendo en nuestro país de alguna manera nos da la oportunidad de aprovechar las TIC en la educación de cualquier rama mediante el uso de las plataformas virtuales y con ello potenciar el salto a una era en la cual se demanda una conectividad constante con la información y capacitación progresiva en el uso de nuevas herramientas tecnológicas para desarrollar nuevos caminos de búsqueda de conocimiento.

LA INTERACTIVIDAD COMO FACTOR CLAVE EN LA ENSEÑANZA VIRTUAL DEL DERECHO

Debido a la coyuntura que estamos atravesando, las instituciones educativas de nivel superior han tenido que recurrir al uso de las tecnologías para mantener su labor de enseñanza. Ello ha generado que previamente se reestructuren los planes y se desarrollen capacitaciones para fortalecer el conocimiento sobre el uso de los recursos que puede tener una plataforma virtual para soportar las interacciones durante un periodo académico.

Las interacciones que pueden desarrollarse en un ámbito laboral son importantes para la solución de problemas, de igual forma para alcanzar niveles más altos de conocimientos. Esto se refleja en el campo educativo también, en el cual los estudiantes mediante la participación, intercambio de ideas o dinámicas de clase llegan a comprender mejor un tema de discusión. Los escenarios virtuales deben conservar el mismo sentido de comunidad, en el cual el estudiante puede tener a su entorno como aliado para poder aprender constructivamente.

En un principio los entornos virtuales eran concebidos como repositorios, que, si bien permitía al estudiante acceder a información, no albergaba la posibilidad de soportar ninguna comunicación entre los participantes. Esto fue mejorando con los años porque se desarrollaron entornos más amigables y flexibles para establecer dinámicas de trabajo colaborativo.

La pandemia que el mundo está viviendo nos está recordando el cambio de los escenarios en la educación, debido a que las instituciones educativas han tenido que apresurar su adaptación a entornos digitales que en un

principio parecían muy lejos de ser un elemento vital para sostener el proceso de enseñanza-aprendizaje como lo señala Coll. (2012).

El nivel de flexibilidad en los escenarios virtuales es importante en todas las ramas educativas porque permite mantener una conexión con la información actualizada, la cual puede venir de contenidos digitales o de las mismas relaciones con otros participantes en las diversas actividades que pueden establecerse.

El presente artículo rescata la enseñanza del derecho como un claro ejemplo donde las interacciones son esenciales para la formación del estudiante. Es una rama donde se discute constantemente las ideas para desarrollar las competencias del futuro profesional

Tal como lo recalcan Muirhead y Juwah, (citados por Peñalosa y Castañeda, 2010 p.1182) “En los entornos virtuales de aprendizaje, la interactividad es un aspecto fundamental, para potenciar los procesos de aprendizaje autónomo, tanto en la apertura del diálogo académico entre los estudiantes, como en el acompañamiento que hace el tutor al proceso formativo de sus alumnos”.

Esto es importante cuando se desarrolle la enseñanza del derecho en un escenario virtual y debe verse potenciado por el conocimiento de recursos por parte del docente para guiar a los estudiantes para no perder la esencia que caracteriza a esta rama. Adicional a ello, debe conservarse la interactividad en las actividades programadas o propuestas.

Es esencial mantener la interactividad para fortalecer el sentido de comunidad colaborativa en la formación y conservar el nivel participativo que suele percibirse en un entorno presencial. Se puede sustentar la importancia de fomentar la interactividad en los siguientes puntos:

- Dos Santos (2012) considera que la utilización de los medios visuales en un entorno educativo virtual permite al estudiante organizar mejor su aprendizaje, profundizando la idea central del tema abordado. La influencia de la flexibilidad de la plataforma y de los medios audiovisuales con los cuales interactúa el estudiante favorece al aprendizaje que pueda desarrollar.

- La experiencia y las relaciones que se tienen con el entorno fortalecen el aprendizaje de los estudiantes, como lo señaló Collins y Halverson (2009).
- Los contenidos interactivos le dan calidad a la modalidad virtual en la educación como lo sostuvo Karahoca (2010).
- Según Albuquerque (2010), la interactividad de los estudiantes en un escenario virtual proporciona un sentido de acompañamiento al estudiante para poder interiorizar mejor los temas que se establecen en un programa educativo virtual.

Esta nueva era digital que está consolidándose poco a poco en tiempos de crisis, invita a las instituciones educativas de nivel superior a adaptarse a los cambios y considerar recursos que quizás en un momento no contemplaban explotar por antiguos paradigmas que la misma sociedad impuso por un sector. Investigaciones relacionadas a la enseñanza del derecho advertían nuevas necesidades de cambio para continuar con la formación de estudiantes.

Juan José González Rus (2003) sostiene con relación a la enseñanza del derecho mediante el uso de las TIC que:

Al margen de cuál sea el futuro de la enseñanza del derecho y de que se haga o no algo al respecto, lo que parece inaplazable es asumir que el futuro va a plantear nuevas necesidades a la enseñanza del derecho que no ser ignoradas. Se considera muchas, pero de entre todas ellas solo hay dos que parecen más urgentes y principales:

- Incorporación progresiva de las nuevas tecnologías, Internet y las redes de transmisión de datos a la gestión y organización de la docencia y al propio desarrollo de las actividades docentes, tanto propias de la licenciatura como posteriores a la misma.
- Diseño estratégico de las actividades docentes por las Facultades de Derecho de forma diversificada, orientadas a dos cometidos básicos: los estudios correspondientes a las licenciaturas que imparten y la oferta formativa posterior a las mismas.

Parte del cambio que se estimaba hace un tiempo en la enseñanza del derecho tiene que ver no solo con la incorporación de nuevas tecnologías, sino con las acciones respectivas para promover la interactividad en los

entornos virtuales para poder desarrollar las competencias de los estudiantes.

La interactividad es inherente al concepto de trabajo colaborativo y debe ser considerado como elemento base en un entorno virtual.

Lukman y Krajnc (2012), consideraron que el trabajo colaborativo permitía a los estudiantes generar nuevas ideas, producto del debate y apoyo constante de los participantes, quienes mediante las actividades en los entornos virtuales reforzaban sus dudas y desarrollaban nuevos conocimientos.

Por lo tanto, puede definirse el trabajo colaborativo como una estrategia conveniente para la enseñanza del derecho en los entornos virtuales, debido a que permite optimizar la gestión del tiempo por el apoyo de los demás participantes o estudiantes pertenecientes al programa educativo virtual, adquiriendo habilidades cognitivas y metacognitivas, tal cual lo afirmaba Mariac Moreno-Salamanca (2013).

IMPORTANCIA DE UNA PERCEPCIÓN COLABORATIVA EN LA ENSEÑANZA VIRTUAL DEL DERECHO

Los entornos virtuales muestran una serie de variantes de acuerdo al diseño que tienen las plataformas que actúan como soporte de toda la interacción. A lo largo del tiempo, la evolución de los entornos virtuales fue marcándose por el nivel de comunicación que sus herramientas permitían generar.

En un principio se podían apreciar como repositorios donde se guardaba el contenido para el acceso de los participantes de una materia, pero posteriormente fueron reforzándose las tecnologías de información y comunicación para permitir una interacción más sólida e insertar la sensación de acompañamiento.

Como se mencionó anteriormente, mantener la interactividad es una misión clave en los entornos educativos virtuales para consolidar el sentido de colaboración entre los estudiantes teniendo al docente como guía. La presente investigación considera el diseño de una plataforma virtual como un elemento importante que acondiciona el trabajo colaborativo en la enseñanza virtual del derecho.

A pesar de que los modelos de enseñanza en un inicio se caracterizaban por solo la exposición del docente, poco a poco fue incorporándose medios para incentivar la participación de los estudiantes y poder con ello desarrollar competencias para poder enfrentar el mundo laboral. En base a ello, la evolución de los entornos virtuales fue señalando la importancia de mantener conectados a los alumnos mediante los recursos que integraban las plataformas.

Como lo anticipaban Harasim, Hiltz, Teles y Turoff (1995), las redes de aprendizaje son el modelo de educación del siglo XXI, en el cual los estudiantes cooperan entre sí dentro de un escenario virtual para desarrollar nuevos conocimientos a pesar de estar en lugares distintos. A esto se suma lo enunciado por Garrison y Anderson (2005), quienes consideran la interactividad como la base de la red de aprendizaje, la cual en el mundo contemporáneo se puede conocer como comunidad virtual de aprendizaje basada en la colaboración.

Merinhos & Osório (2009) sostienen que:

El aprendizaje colaborativo en ambientes virtuales establece una nueva relación entre los participantes del proceso de aprendizaje, una vez que el aprendizaje colaborativo es más exigente que el aprendizaje individual. En el ambiente virtual, la colaboración, requiere una mediación tecnológica y el alargamiento en el espacio y en el tiempo del relacionamiento y, por otro lado, requiere un proceso interactivo intenso y regular de involucramiento cognitivo (Pág. 45 - 60).

La concepción de lo que hoy significa las comunidades virtuales de aprendizaje como el camino para construir conocimiento tiene su base en las teorías socioeducativas basadas en el aprendizaje social como lo señalaban Edith Inés Ruíz Aguirre, Nadia Livier Martínez de la Cruz y Rosa María Galindo González (2015).

Edith Inés Ruíz Aguirre, Nadia Livier Martínez de la Cruz y Rosa María Galindo González (2015) resumen ciertos elementos que una plataforma que soporta una comunidad virtual de aprendizaje debe permitir desarrollar:

a) **Accesibilidad:** se entiende como la posibilidad de que los integrantes puedan establecer los canales de comunicación correspondientes para que se lleve a cabo el flujo de la información a través de la computadora.

b) **Participación:** es un elemento necesario para el flujo de la información ya que involucra la colaboración e intercambio de ideas de los integrantes, aceptación de las ideas, la diversidad social y la disposición de compartir el conocimiento o las experiencias, así como asumir el compromiso y responsabilidad social dentro del grupo.

c) **Habilidades sociales y de gestión:** estas habilidades abren la posibilidad de que los miembros de la comunidad puedan gestionar, aportar y generar el intercambio de ideas, mismas que contribuyen al procesamiento de la información y, por ende, a la construcción del conocimiento.

d) **Un contenido de discusión o construcción:** dichos contenidos integran las reglas e información de calidad, concretas y claras a fin de conducir a conclusiones planeadas, intencionadas y generadoras de conocimiento (Pág. 83).

A raíz de conocer los elementos básicos que una plataforma debe permitir desarrollar para un aprendizaje colaborativo, el presente artículo tiene como objetivo medir el impacto del nivel de calidad del diseño de una plataforma virtual en el nivel de colaboración percibido por los estudiantes en la enseñanza del derecho.

METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

La investigación realizó un análisis cuantitativo para medir la media de las puntuaciones y la media con el fin de ver dispersión en los resultados.

También realizó un análisis cualitativo para describir las puntuaciones obtenidas. Estas puntuaciones fueron categorizadas en satisfecho e insatisfecho, con lo cual se utilizó la proporción como medida para interpretar los resultados.

Método de la investigación

Para el nivel de comunidad colaborativa se tomó en cuenta los resultados obtenidos de la encuesta realizada para la tesis “Diseño de una Comunidad Colaborativa en los Sistemas Educativos Virtuales Tradicionales”. Esta tesis fue realizada por el propio autor y específicamente para la presente investigación

se tomó la muestra relacionada al grupo de estudiantes de un diplomado de derecho.

Por lo tanto, para investigar el impacto del diseño de una plataforma virtual en la enseñanza del derecho teniendo como referencia a la tesis mencionada se desprendió dos aspectos muy importantes para el desarrollo del trabajo:

- Para medir el nivel de comunidad colaborativa se consideró el desarrollo planteado en la tesis mencionada.
- Para medir el nivel de calidad de diseño de plataforma, se realizó un análisis factorial para determinar que ítems de la encuesta definen la dimensión diseño.

Diseño de la investigación

El diseño de investigación fue transversal porque se realizó en un momento del tiempo, teniendo como instrumentos de recolección de datos el cuestionario y como técnica a la encuesta.

Tipo de investigación

El tipo de investigación es de naturaleza descriptiva debido a que se selecciona y describe una serie de aspectos relacionados con la influencia de la dimensión Diseño de Plataforma en la dimensión Comunidad Colaborativa en un tipo de sistema virtual considerado por la tesis de referencia como sistema tradicional.

Los resultados nos servirán para validar la relación de las dimensiones Comunidad Colaborativa y Diseño de Plataforma. Esta relación se menciona en la hipótesis más adelante con los resultados.

Población y muestra

Como se toma de referencia la tesis mencionada anteriormente para la presente investigación, se tiene en cuenta para el análisis la población relacionada al grupo de estudiantes que estudian un diplomado en la rama de derecho.

Tabla 1: Cuadro comparativo de perfiles de la población tomada en cuenta para el análisis.

PERFIL DE LA POBLACIÓN
Abogados, docentes universitarios, fiscales, jueces, universitarios, profesionales, estudiantes de postgrado y público en general.
EDAD PROMEDIO: 34 años

Fuente: Tesis "Diseño de una Comunidad Colaborativa en los Sistemas Educativos Virtuales Tradicionales", disponible en el repositorio USMP (<http://repositorio.usmp.edu.pe/handle/usmp/2747>)

Elaboración; Propia

Las características del perfil de la población hacen referencia al siguiente grupo bajo un tipo de diseño de plataforma:

- Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres
- Diplomados Virtual - Presencial 2014 (Agosto - Noviembre)
- Plataforma Moodle para soportar el aprendizaje virtual

Después de identificar la población, se determina la muestra en base a los resultados obtenidos de la encuesta relacionada a la tesis de referencia. Se determina 58 participantes como tamaño de muestra para realizar el análisis respectivo del impacto del nivel de calidad del diseño de plataforma sobre el nivel de comunidad colaborativa percibido por los estudiantes de derecho del diplomado mencionado.

Técnicas de recolección de datos

Con respecto a las técnicas de recolección de datos utilizadas se puede mencionar las que se utilizaron en el trabajo de la tesis mencionada, puesto que en ese periodo de tiempo se hizo la toma de datos para posteriormente trabajarlas en función de los objetivos trazados. Actualmente estos datos recogidos nos sirven teniendo en cuenta que la presente investigación pretende acercarse más a las razones que generaron un tipo de percepción con respecto al trabajo colaborativo en las muestras determinadas en aquel año.

La investigación pretende establecer si existe relación entre el nivel de calidad del diseño de una plataforma virtual y el nivel de trabajo colaborativo en una comunidad educativa virtual. Para ello se utilizó las percepciones de los estudiantes.

Descripción de los instrumentos

Con relación a los instrumentos seleccionados, tenemos que mencionar los descritos en la investigación citada como referencia:

- Reportes digitales, proporcionados por la Unidad Virtual de la Universidad de San Martín de Porres.
- Plataforma SurveyMonkey, la cual dio la posibilidad de elaborar las encuestas web respectivas para dirigirlas a los alumnos, ya sea vía correo electrónico o por medio de algún administrador de medio social.
- Encuestas físicas, que para algunas circunstancias se solicitó de esta forma, de acuerdo a los permisos y restricciones.
- Los medios sociales, en algunos casos se contactó con el administrador de Facebook de una de las universidades en estudio, para poder difundir las encuestas web.

Técnicas para el procesamiento de la información

Para el procesamiento se utilizará el software estadístico SPSS v23, con el que se obtendrá un análisis exploratorio de los datos (Frecuencias estadísticas y gráficos), para luego realizar el análisis con la variable (preguntas de interés – Dimensiones de Colaboración y Diseño).

Para un mejor análisis se van a recodificar las puntuaciones de las variables para luego llevarlas a la dimensión, con la puntuación final ponderada entre las variables se clasificará en dos categorías (Satisfecho o Insatisfecho), para luego evaluarlo en cada grupo.

RESULTADOS

Características de la muestra

Como se mencionó anteriormente, la

investigación se basa en la información de la tesis “Diseño de una Comunidad Colaborativa en los Sistemas Educativos Virtuales Tradicionales”, se toma una de las muestras para realizar el análisis respectivo. La muestra seleccionada corresponde al perfil de estudiantes de la rama de derecho, quienes llevaron un diplomado eligiendo una especialidad.

Los resultados muestran que 33 (56.9%) de los encuestados son mujeres, y el 25 (43.1%) son varones en el sistema educativo virtual considerado para el análisis de la presente investigación.

El perfil por rango etario en el escenario virtual que se considera como referencia concentra entre las edades de 24 -30 años con 26 (44.9%) alumnos y de 31-37 con 14 (24.1%) alumnos,

Tabla N° 2: Características generales de la muestra seleccionada

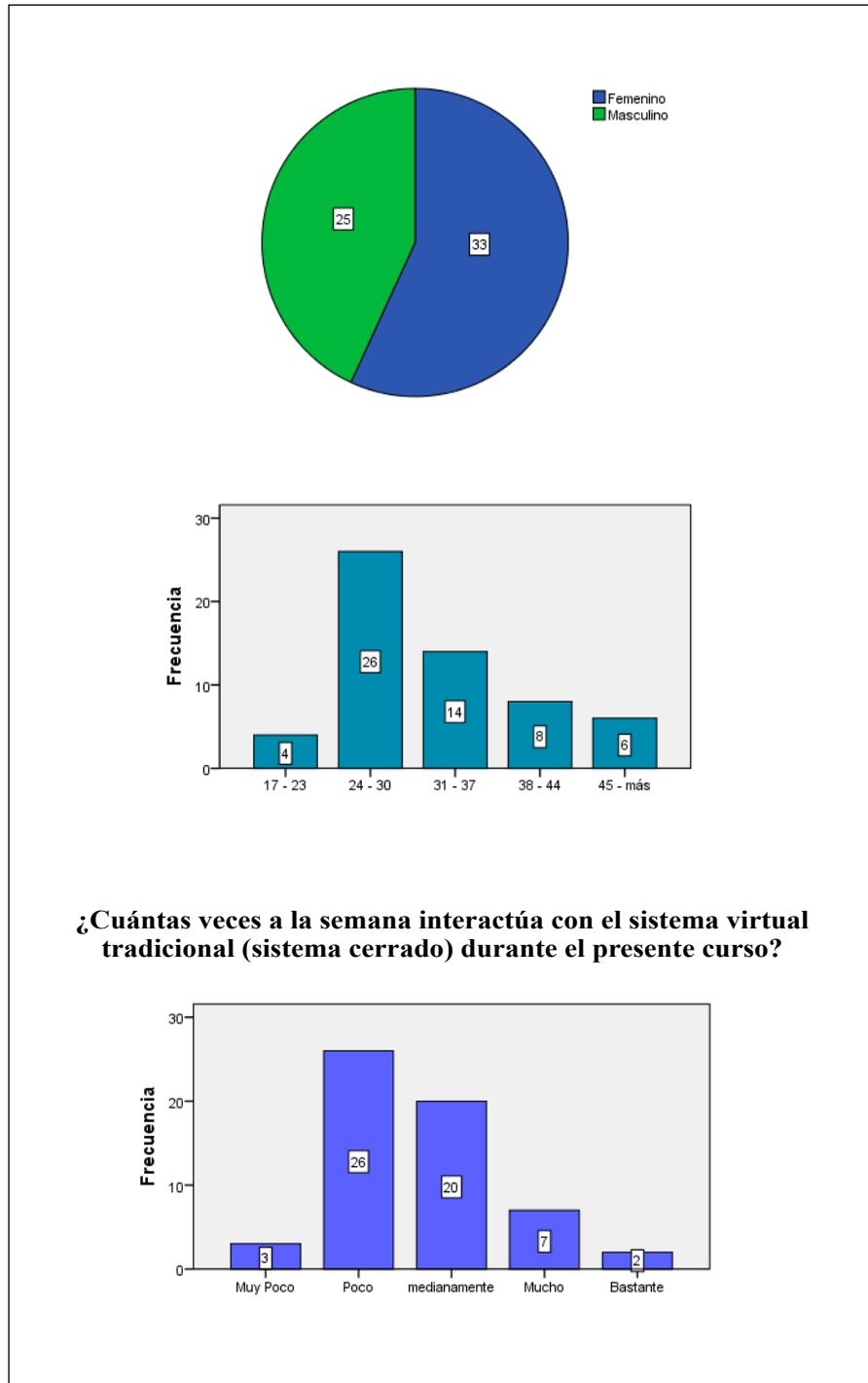
MUESTRA	ESCENARIO VIRTUAL
Femenino	33 (56.9%)
Masculino	25 (43.1%)
17 – 23	4 (6.9)
24 – 30	26 (44.8)
31 – 37	14 (24.1)
38 – 44	8 (13.8)
45 – más	6 (10.3)
Muy poco	3 (5.2)
Poco	26 (44.8)
Medianamente	20 (34.5)
Mucho	7 (12.1)
Bastante	2 (3.4)

Fuente: Tesis “Diseño de una Comunidad Colaborativa en los Sistemas Educativos Virtuales Tradicionales”, disponible en el repositorio USMP (<http://repositorio.usmp.edu.pe/handle/usmp/2747>)

Elaboración: Propia

Se desprende del escenario virtual tomado para el análisis que solo 9 (15.5%) de los encuestados ingresan mucho o bastante.

Figura N°1: Detalle de las características generales de la muestra tomada.



Fuente: Elaborado por autor.

Análisis factorial del diseño de la plataforma

Para determinar la dimensión de Diseño de Plataforma, aplicamos el análisis factorial con la finalidad de probar que las 5 variables seleccionadas formen un mismo constructo que nombraremos “Diseño de Plataforma”.

Como resultado del análisis factorial mostramos la matriz de varianzas explicadas, que muestra

que estas 5 variables se están asociando a un solo constructo y que este explica el 73% de la variabilidad de esta variable subyacente “Diseño de la plataforma”.

La matriz de componentes muestra los coeficientes (aporte de las variables al constructo). Las variables 1 y 3 presentan mayores índices porque aportan más en la variabilidad de la dimensión “Diseño de la Plataforma”.

Tabla N° 3: Varianza total explicada

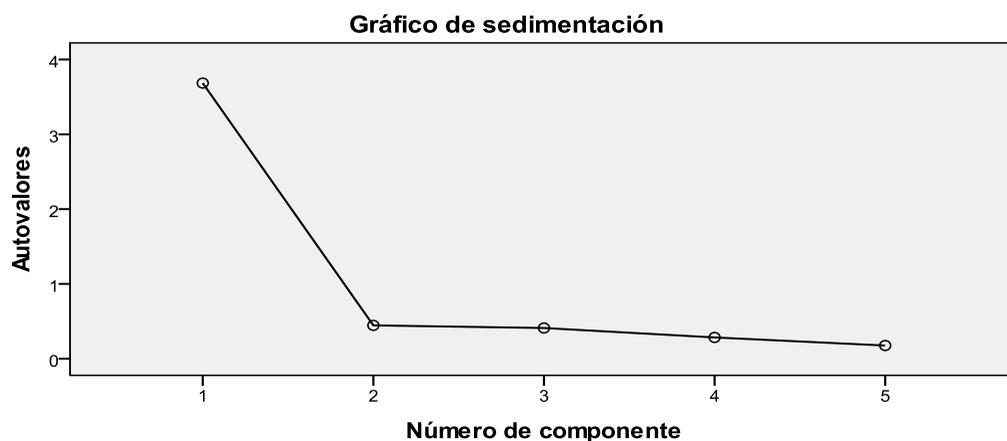
Varianza total explicada

Componente	Autovalores iniciales			Sumas de las saturaciones al cuadrado de la extracción		
	Total	% de la varianza	% acumulado	Total	% de la varianza	% acumulado
1	3,684	73,688	73,688	3,684	73,688	73,688
2	,445	8,907	82,594			
3	,410	8,204	90,798			
4	,284	5,681	96,479			
5	,176	3,521	100,000			

Método de extracción: Análisis de Componentes principales.

Fuente: Desarrollado con el software SPSS por autor.

Figura N°2: Gráfico de sedimentación



Fuente: Desarrollado con el software SPSS por autor.

Tabla N° 4: Matriz de componente.

	Componente
	1
¿Considera que la plataforma del curso que lleva le permite responder sin ninguna dificultad las tareas asignadas?	,864
¿Considera que la plataforma le permite acceder sin problemas a descargas de contenidos?	,804
¿Considera que puede acceder sin problemas a la plataforma del curso?	,916
¿Considera que pudo acceder desde cualquier localidad a la plataforma del curso?	,861
¿Considera que la plataforma del curso le permite aportar o generar temas de discusión para el grupo de participantes?	,844

Método de extracción: Análisis de componentes principales.

a. 1 componentes extraídos

Fuente: Desarrollado con el software SPSS por autor.

Análisis exploratorio

Se realizará un análisis descriptivo de los ítems que componen cada una de las dimensiones (Comunidad Colaborativa y Diseño de

Plataforma) en el sistema educativo virtual que soporta la muestra tomada para el presente artículo

Dimensión Comunidad Colaborativa

Tabla N°5: Estadísticas descriptiva de la valoración percibida en dimensión - Comunidad Colaborativa

Dimensión Colaboración	Media	Mediana	Mínimo	Máximo
¿Considera se establecen foros de discusión en el sistema virtual (plataforma) durante el curso para su debate?	3.22	3.00	1.00	5.00
¿Considera se establece una comunicación fluida entre el docente/moderador y alumnos mediante el sistema virtual (plataforma)?	3.17	3.00	1.00	5.00
¿Considera que sus compañeros en el sistema virtual (plataforma) colaboran con usted para absolver sus dudas y consolidar sus conocimientos?	2.90	3.00	1.00	4.00

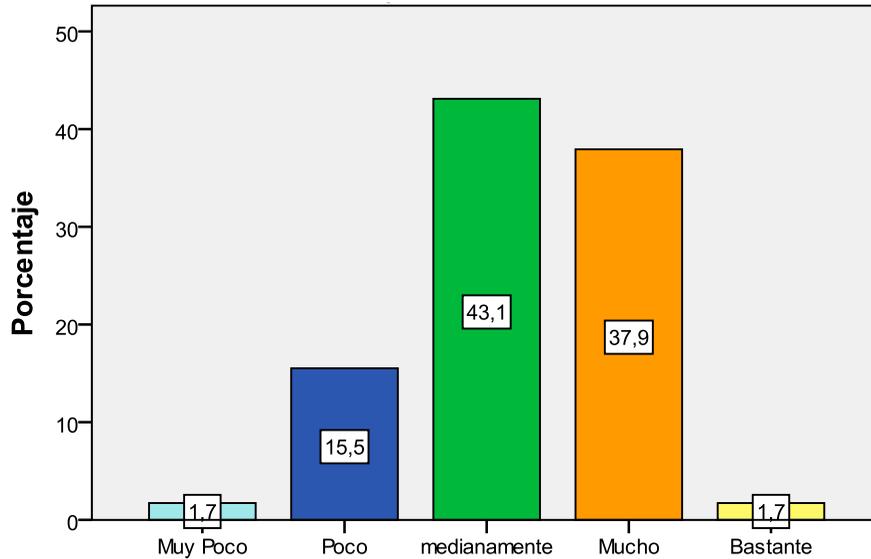
Fuente: Desarrollado con el software SPSS por mi persona.

Se observa que la puntuación media en cada pregunta no dista mucho de su mediana con lo que la percepción es casi homogénea, salvo

las dos primeras preguntas (establecen foros y comunicación fluida), cuyos valores mínimos y máximos son extremos.

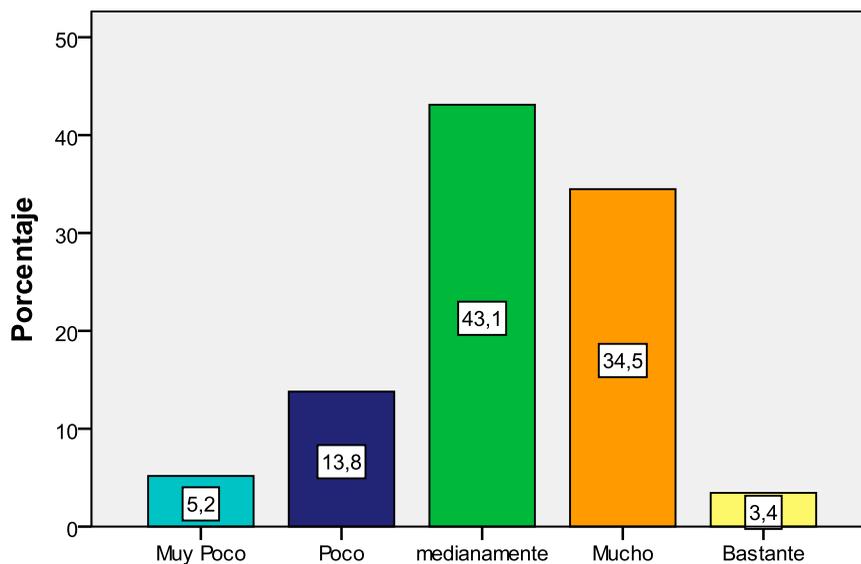
Figura N° 3: Comportamiento de las componentes de la dimensión - Comunidad Colaborativa

¿Considera se establecen foros de discusión en el sistema virtual (plataforma) durante el curso para su debate?

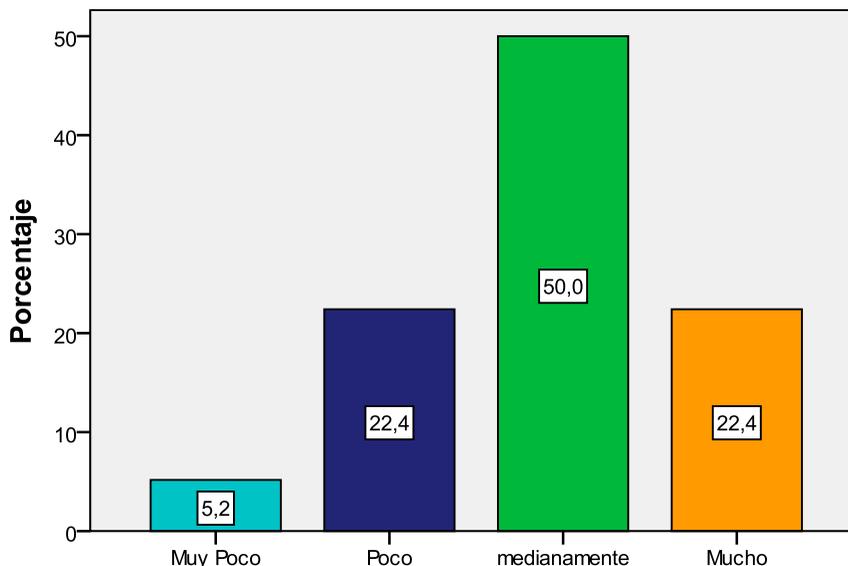


Fuente: Desarrollado con el software SPSS por mi persona.

¿Considera se establece una comunicación fluida entre el docente/moderador y alumnos mediante el sistema virtual (plataforma)?



¿Considera que los compañeros en el sistema virtual (plataforma) colaboran con usted para absolver sus dudas y consolidar sus conocimientos?



Fuente: Desarrollado con el software SPSS por autor.

Se aprecia que las puntuaciones se concentran en las categorías de (poco, medianamente y mucho), siendo la de mayor frecuencia

medianamente, lo que en este sistema es más rígido y no se tiene muy desarrollado la dimensión de colaboración.

Tabla N°6: Estadísticas descriptivas de la valoración percibida de la dimensión - Diseño de Plataforma

Dimensión Diseño de Plataforma

Dimensión Diseño de Plataforma	Media	Mediana	Mínimo	Máximo
¿Considera que el sistema virtual (plataforma) del curso que lleva le permite responder sin ninguna dificultad las tareas asignadas?	3.33	4.00	1.00	5.00
¿Considera que el sistema virtual (plataforma) le permite acceder sin problemas a descargas de contenidos?	3.61	4.00	1.00	5.00
¿Considera que puede acceder sin problemas al sistema virtual (plataforma) del curso?	3.55	4.00	1.00	5.00
¿Considera que pudo acceder desde cualquier localidad al sistema virtual (plataforma) del curso?	3.40	3.50	1.00	5.00
¿Considera que el sistema virtual (plataforma) del curso le permite aportar o generar temas de discusión para el grupo de participantes?	3.36	3.00	1.00	5.00

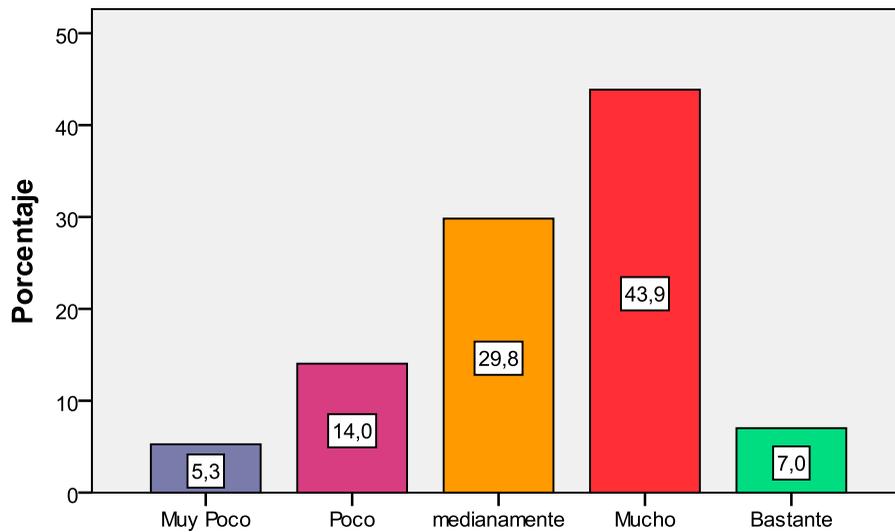
Fuente: Desarrollado con el software SPSS por mi persona.

Se observa que la puntuación media y mediana en cada pregunta no dista mucho, con lo que la percepción es casi homogénea, sin embargo,

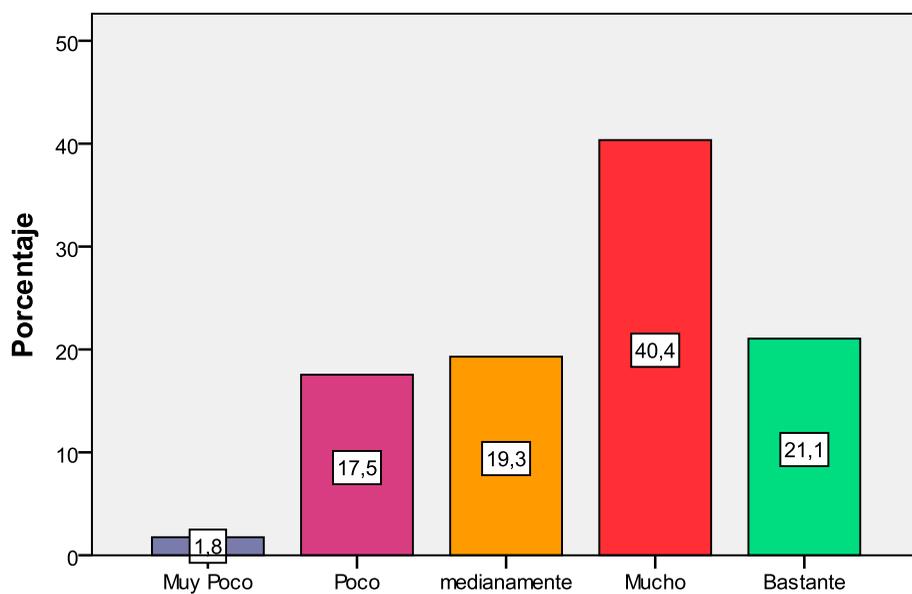
la pregunta dos y tres (Descarga y Acceso), presenta menor diferencia entre sus medias y medianas.

Figura N° 4: Comportamiento de los componentes de la dimensión - Diseño de Plataforma

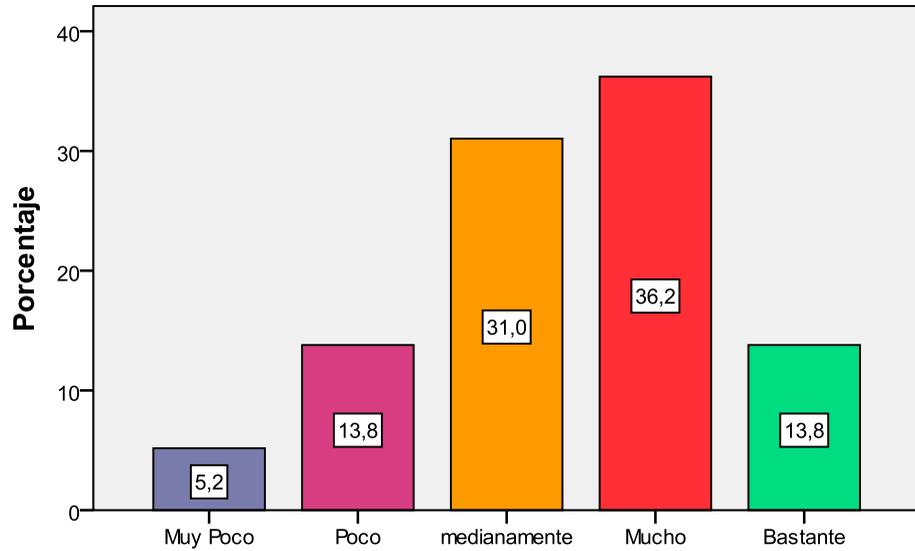
¿Considera que la plataforma del sistema virtual (plataforma) le permite acceder sin problemas a descargas de contenidos?



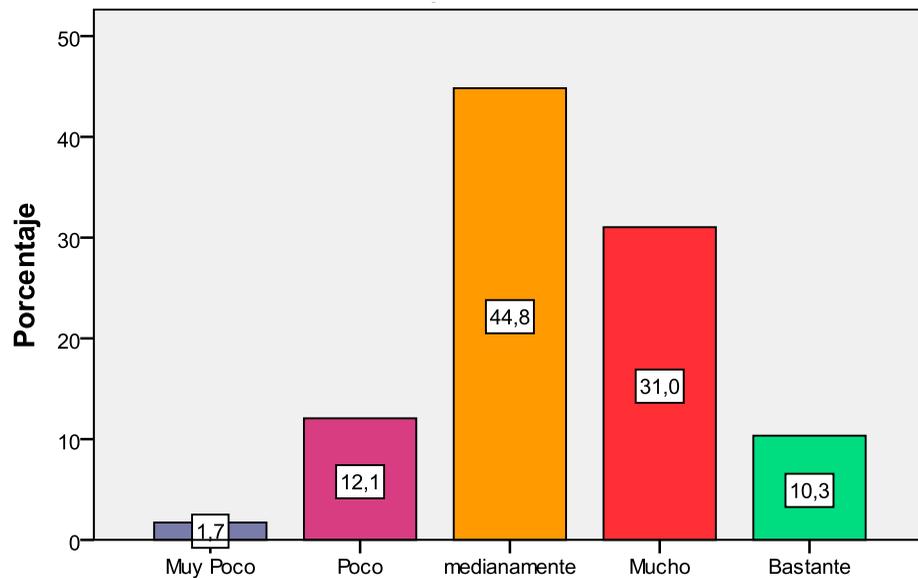
¿Considera que pudo acceder desde cualquier localidad al sistema virtual (plataforma) del curso?



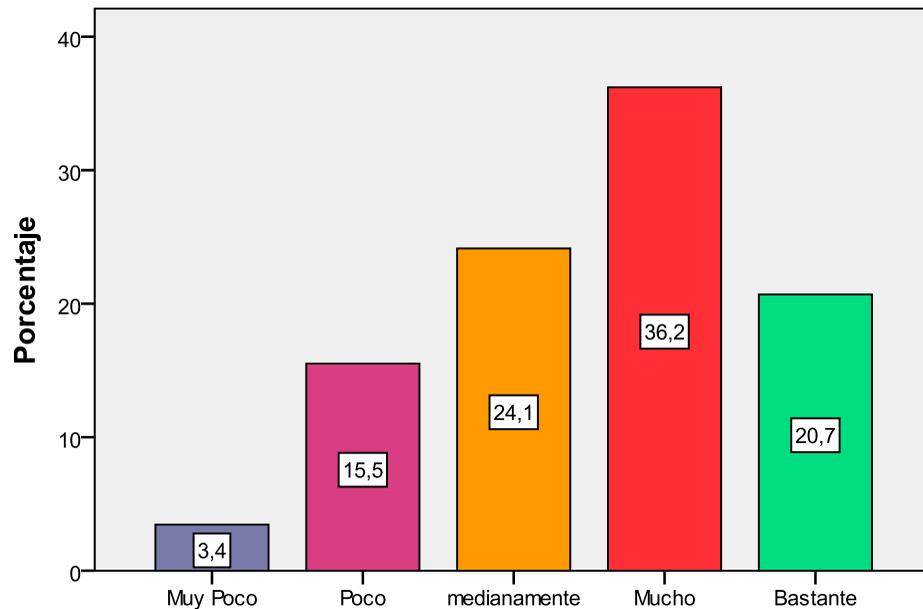
¿Considera que pudo acceder desde cualquier localidad al sistema virtual (plataforma) del curso?



¿Considera que el sistema virtual (plataforma) le permite aportar o generar temas de discusión para el grupo de participantes?



¿Considera que puede acceder sin problemas al sistema virtual (plataforma) del curso?



Fuente: Desarrollado con el software SPSS por autor.

En este caso aprecia que las puntuaciones se concentran en las categorías de (poco, medianamente y mucho), siendo creciente de poco a mucho, salvo la última pregunta donde se concentra la frecuencia en medianamente, lo que en este sistema el diseño de la plataforma no satisface a la mayoría de los usuarios.

Análisis relacional de los sistemas de educación virtual y el Diseño de la Plataforma

Con la finalidad de responder a la hipótesis propuesta y bajo la naturaleza de las variables, el método que se aplicará es la prueba de relación Chi-Cuadrada. El resultado de la prueba se expresa en razones de probabilidad

y por último se verá el grado de relación. Esto nos permite predecir comportamientos futuros, que den sentido a las razones de probabilidad encontrada.

Análisis Comparativo

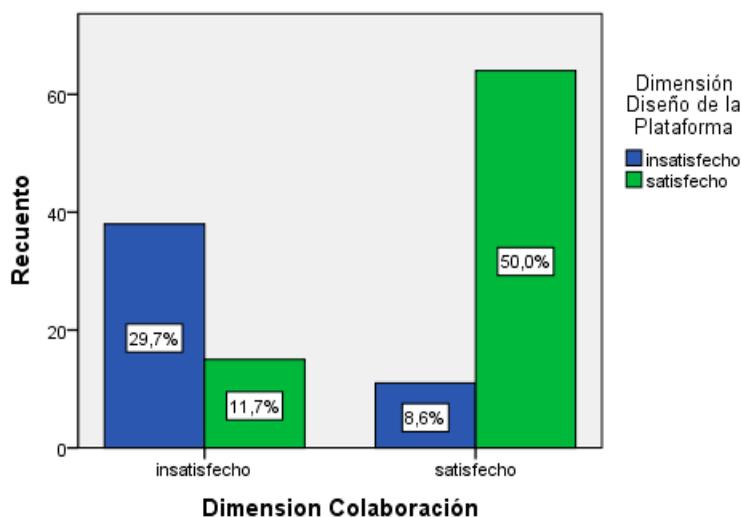
Como se toma los datos de la tesis de referencia para el análisis de la presente investigación, se detalla una tabla cruzada que involucra dos tipos de muestras tomadas en la tesis para hacer una comparación global de las satisfacciones percibidas por los estudiantes con respecto a las dimensiones Comunidad Colaborativa y Diseño de Plataforma para tener una visión del nivel de cada dimensión al observar el contraste entre un tipo de sistema y otro.

Tabla N° 7: Comparación de las dimensiones Comunidad Colaborativa y Diseño de la Plataforma de las muestras consideradas en la tesis de referencia

Dimensión Colaboración	Dimensión Diseño de la Plataforma		Total
	Insatisfecho	Satisfecho	
Insatisfecho	38	15	53
Satisfecho	11	64	75
Total	49	79	128

Fuente: Desarrollado con el software SPSS por mi persona.

Figura N° 5: Comparación de las dimensiones Comunidad Colaborativa y Diseño de Plataforma



Fuente: Desarrollado con el software SPSS por autor.

En la tabla N° 7, se observa que existe una relación entre las dimensiones Comunidad Colaborativa y Diseño de Plataforma, encontrando que el 72% de los usuarios que están insatisfechos con la dimensión Comunidad Colaborativa también se encuentran insatisfechos con la dimensión Diseño de Plataforma. Por otro lado, el 85% de los que se encuentran satisfechos con la dimensión Comunidad Colaborativa también se encuentran satisfechos con la dimensión Diseño de Plataforma.

Esto muestra que la dimensión Diseño de la plataforma se relaciona con la dimensión Comunidad Colaborativa, lo que está

supeditado a la interacción de los participantes y la flexibilidad de las plataformas o sistemas que sostienen todo el escenario virtual.

Prueba de Relación

Para probar de manera significativa que existe una relación entre las dimensiones Comunidad Colaborativa y Diseño de Plataforma, se plantea lo siguiente:

- Ho: No existe relación entre las dimensiones Comunidad Colaborativa y Diseño de Plataforma.
- Hr: Existe relación entre ambas variables.

Tabla N° 8: Prueba Chi Cuadrada

	Valor	gl	Sig. asintótica (bilateral)	Sig. exacta (bilateral)	Sig. exacta (unilateral)
Chi-cuadrado de Pearson	42,752 ^a	1	,000		
Corrección por continuidad ^b	40,372	1	,000		
Razón de verosimilitudes	44,663	1	,000		
Estadístico exacto de Fisher				,000	,000
Asociación lineal por lineal	42,418	1	,000		
N de casos válidos	128				

a. 0 casillas (.0%) tienen una frecuencia esperada inferior a 5. La frecuencia mínima esperada es 20,29.

b. Calculado sólo para una tabla de 2x2.

Fuente: Desarrollado con el software SPSS por autor.

Para evaluar el nivel de significación de la prueba, compararemos si el p-value es menor a 0.05 ($p\text{-value} < 0.05$) lo que indica que la hipótesis nula será rechazada.

Para nuestro caso el nivel de significación de la prueba Chi-Cuadrada resulta menor que 0.05 lo que indica que rechazamos la hipótesis nula (H_0) “No existe relación entre las dimensiones Comunidad Colaborativa y Diseño de Plataforma”, confirmando que existe relación entre ambas variables.

El método para saber si un escenario es mejor o más apropiado que el otro es la Chi-Cuadrada, el cual permite ver la relación que existe entre las dimensiones Comunidad Colaborativa y Diseño de Plataforma. Al ver mayor satisfacción con respecto a la dimensión Diseño de Plataforma cuando están satisfechos en la Dimensión Comunidad Colaborativa, se concluye que el nivel del diseño permite desarrollar más una comunidad colaborativa, lo cual favorece el aprendizaje. Esa es la relación que muestra la prueba finalmente.

Tabla N° 9: Tabla de clasificación

Observado			Pronosticado		
			Dimension Colaboración		Porcentaje correcto
			insatisfecho	satisfecho	
Paso 1	Dimension Colaboración	insatisfecho	38	15	71,7
		satisfecho	11	64	85,3
	Porcentaje global				79,7

a. El valor de corte es .500

Fuente: Desarrollado con el software SPSS por autor..

Previamente se mostró un panorama global del contraste de dos tipos de sistemas educativos virtuales estudiados en la tesis “Diseño de una Comunidad Colaborativa en los Sistemas Educativos Virtuales Tradicionales”, para ver las diferencias de relaciones entre las

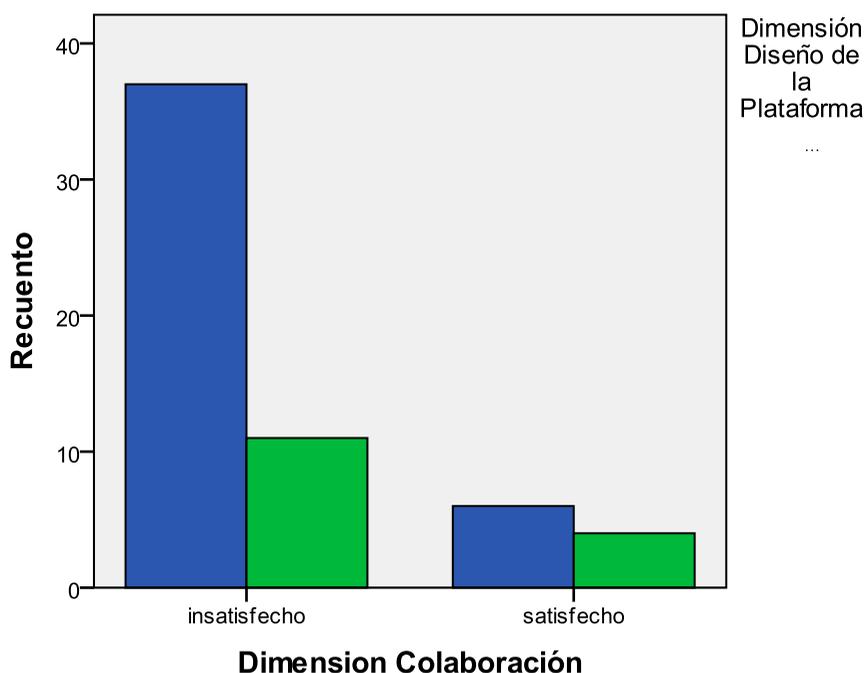
dimensiones mencionadas. A continuación, se muestra el detalle de la relación de las dimensiones Comunidad Colaborativa y Diseño de Plataforma de la muestra elegida para este estudio porque refleja el perfil de estudiantes de derecho en un diplomado.

Tabla N° 10: Comparación de la dimensión Comunidad Colaborativa y Diseño de la Plataforma de la muestra seleccionada

Dimensión Colaboración	Dimensión Diseño de la Plataforma		Total
	Insatisfecho	Satisfecho	
Insatisfecho	37	11	48
Satisfecho	6	4	10
Total	43	15	58

Fuente: Desarrollado con el software SPSS por autor.

Figura N° 6: Comparación de las dimensiones Comunidad Colaborativa y Diseño de Plataforma de la muestra seleccionada.



Fuente: Desarrollado con el software SPSS por autor.

En la tabla N° 10, se observa que existe una relación entre las dimensiones Comunidad Colaborativa y Diseño de Plataforma aplicado a la muestra seleccionada, encontrando que el 77% de los alumnos que están insatisfechos con la dimensión Comunidad Colaborativa, se encuentran insatisfechos con el Diseño de la Plataforma. Por otro lado, el 40% de los que se encuentran satisfechos con la dimensión Comunidad Colaborativa también

se encuentran satisfechos con la dimensión Diseño de Plataforma.

Esto muestra que el Diseño de Plataforma se relaciona con la Dimensión Comunidad Colaborativa de una manera poco positiva en el sistema de educación virtual correspondiente a la muestra seleccionada porque para la mayoría el diseño de la plataforma propicia una comunidad de colaboración.

DISCUSIÓN

La presente investigación como se mencionó anteriormente pretende mejorar lo realizado por el investigador en el trabajo “*Diseño de una Comunidad Colaborativa en los Sistemas Educativos Virtuales Tradicionales*” en el 2016. En aquel año se tomó dos muestras pertenecientes a dos poblaciones respectivamente que hacen referencia a dos tipos de sistemas educativos virtuales: tradicionales y contemporáneos. Se intentó medir el nivel de colaboración en las muestras de los dos tipos de sistemas mediante la percepción de los mismos participantes para corroborar si entornos más flexibles y con una comunidad más solidaria propician el desarrollo de un aprendizaje colaborativo en un entorno virtual. Se había definido la dimensión comunidad colaborativa para poder analizarla en las dos muestras

Efectivamente en los resultados se observó que entornos con una comunidad más solidaria obtuvieron mayor aceptación por parte de los participantes quienes expresaron una satisfacción mayor con respecto al entorno virtual que soportaba su programa académico, sin embargo, en la presente investigación se evaluó la posibilidad de determinar que elemento o dimensión podría tener relación o influencia en la dimensión comunidad colaborativa. De acuerdo a las investigaciones de referencia se decidió probar si el nivel del diseño de una plataforma tenía efecto o relación con el nivel de colaboración de una comunidad virtual. El nivel de colaboración fue definido en el trabajo “*Diseño de una Comunidad Colaborativa en los Sistemas Educativos Virtuales Tradicionales*” por el investigador.

La búsqueda de calidad es un acto constante en la educación y no puede ser dejado de lado en el campo virtual, por ende, los estándares evolucionan para cuidar al estudiante como el elemento que debe ser más beneficiado en todo el proceso de aprendizaje.

De tal forma, para la presente investigación es importante rescatar el nivel de calidad del diseño de la plataforma como un aspecto sustancial para poder facilitar el acceso flexible, la generación de actividades, e intercambio de conocimiento. Por tal motivo se define la dimensión diseño de plataforma como un valor agregado a lo trabajado en la

investigación “*Diseño de una Comunidad Colaborativa en los Sistemas Educativos Virtuales Tradicionales*”, la cual para la presente investigación es importante potenciar para encontrar una explicación más concreta con respecto a una posible relación con otro factor.

Se establecieron los objetivos específicos de determinar la dimensión Diseño de la Plataforma en los sistemas educativos virtuales y determinar la relación entre el nivel de calidad de Diseño de la Plataforma y el nivel de Comunidad Colaborativa en un entorno educativo virtual. Estos objetivos establecen el camino en la investigación para hacer la prueba de hipótesis y poder comprobar la posible relación entre las dimensiones comunidad colaborativa y diseño de plataforma. Para la dimensión comunidad colaborativa se midió su nivel mediante la percepción de los estudiantes mismos y quedaba para la presente investigación reformular la dimensión diseño de plataforma para medir su nivel de calidad.

En la investigación “*Diseño de una Comunidad Colaborativa en los Sistemas Educativos Virtuales Tradicionales*” realizada en el 2016 se tenía una dimensión diseño de plataforma propuesta por el autor, pero no fue trabajada ni considerada para poder concluir un aporte con relación a la importancia del aprendizaje colaborativo en entornos virtuales. Para la presente investigación se considera importante enfocar la relación entre ambas dimensiones para probar la hipótesis establecida y por ende se reestructura la dimensión diseño de plataforma para fortalecer los resultados y poder generar un mejor aporte a la comunidad.

Para darle una determinación a la dimensión propuesta se aplicó el análisis factorial con la finalidad de probar que las 5 variables seleccionadas formen un mismo constructo que nombró “Diseño de la Plataforma”. Este constructo dio la solidez a la dimensión sugerida para proseguir con las validaciones. El resultado del análisis factorial, que brinda la consistencia de la dimensión propuesta, muestra la matriz de varianzas explicadas, que corrobora que estas 5 variables se están asociando a un solo constructo y que este explica el 73% de la variabilidad de esta variable subyacente “Diseño de la Plataforma”. La matriz de componentes muestra los coeficientes (aporte de las variables al constructo), es decir expresa

como la variable 1 y la 3 presentan mayores índices debido a que estas variables aportan más en la variabilidad de la dimensión Diseño de la Plataforma.

Posteriormente cuando se vio la sostenibilidad del nuevo constructo como dimensión fuerte a medir (diseño de plataforma), se realizó un análisis descriptivo de los ítems que componen la dimensiones comunidad colaborativa y diseño de la plataforma, para ambos sistemas de educación virtual.

En la dimensión Comunidad Colaborativa del escenario virtual considerado se observó que la puntuación media en cada pregunta de dimensión no dista mucho de su mediana con lo que la percepción es casi homogénea, salvo las dos primeras preguntas (establecen foros y comunicación fluida), cuyos valores mínimos y máximos son extremos. Se aprecia que las puntuaciones se concentran en las categorías de (poco, medianamente y mucho), siendo la de mayor frecuencia “medianamente”, lo que implica que este sistema tiene una naturaleza más rígida y no se tiene muy desarrollado la dimensión de Comunidad Colaborativa.

En la dimensión Diseño de Plataforma del escenario virtual mencionado se observó que la puntuación media y mediana en cada pregunta no dista mucho, con lo que la percepción es casi homogénea, sin embargo, la pregunta dos y tres (Descarga y Acceso), presentan menor diferencia entre sus medias y medianas. Se aprecia que las puntuaciones se concentran en las categorías de (poco, medianamente y mucho), siendo creciente de poco a mucho, salvo la última pregunta donde se concentra la frecuencia en “medianamente”, lo que conduce a desprender que el diseño de la plataforma no satisface a la mayoría de los usuarios.

Posteriormente, con la finalidad de responder a la hipótesis propuesta y bajo la naturaleza de las variables, el método que se aplicó es la prueba de relación chi-cuadrado. El resultado de la prueba se expresó en razones de probabilidad y por último se vio el grado de relación. Esto permitió predecir comportamientos futuros, para dar sentido a las razones de probabilidad encontradas.

Para la prueba se elaboró una tabla cruzada (cuadro comparativo) para mostrar las relaciones entre sistema de educación virtual

y la dimensión diseño de la plataforma. En una tabla de la investigación se observó que existe una relación entre las dimensiones comunidad colaborativa y diseño de la plataforma, encontrando que el 72% de los usuarios que están insatisfechos con la dimensión colaboración también se encuentran insatisfechos con el diseño de la plataforma.

En una tabla expuesta en la presente investigación se observó que existe una relación entre las dimensiones Comunidad Colaborativa y Diseño de la Plataforma del escenario virtual tomado como estudio, encontrando que el 77% de los estudiantes que están insatisfechos con la dimensión colaboración, se encuentran insatisfechos con el diseño de la plataforma. Por otro lado, el 40% de los que se encuentran satisfechos con la dimensión comunidad colaborativa también se encuentran satisfechos con la dimensión diseño de la plataforma. Esto muestra que el Diseño de la Plataforma se relaciona con la dimensión colaborativa de una manera poco positiva en el sistema de educación virtual tomado porque para la mayoría el DISEÑO de la Plataforma no genera una comunidad de colaboración.

Las pruebas realizadas permitieron establecer una validez a la hipótesis mencionada y poder verificar que efectivamente existe una relación entre el nivel de calidad de Diseño de una Plataforma y el nivel de la dimensión de Comunidad Colaborativa. Se hace énfasis en la palabra “nivel” para poder establecer las mediciones respectivas de las dimensiones y posteriormente evaluar los resultados.

Las acciones deben ser llevadas para generar un ambiente colaborativo dentro de un entorno virtual, pero deben estar basadas en metodologías y estrategias para generar una motivación. La motivación es muy importante para el participante y algo que siempre mantiene activo al mismo es la competitividad. Es por ello que al margen de tener un diseño que motive al participante, es sumamente vital que el moderador o docente pueda propiciar un aprendizaje más colaborativo. Es por ello que el diseño de una plataforma también es importante para soportar las nuevas propuestas y dinámicas.

La presente investigación rescató el nivel de diseño de una plataforma como relevante

para soportar un aprendizaje colaborativo, si bien es cierto en la investigación citada al inicio se evaluó la percepción de Comunidad Colaborativa, se planteó ir más allá en su aproximación a explicar las razones de una apreciación más colaborativa en los escenarios virtuales. Por tal motivo se determinó una nueva dimensión llamada Diseño de Plataforma, para evaluarla desde su nivel de calidad mediante los mismos estudiantes y así establecer una probable relación que pudo corroborarse al final.

Mientras más actividades permita generar el diseño de una plataforma es más probable que el alumno esté motivado y pueda establecer interacciones con sus demás compañeros y con el docente. Si bien es cierto no se da en todas las instituciones educativas el hecho de que se potencie el nivel de calidad del diseño de una plataforma para soportar la educación virtual, sería conveniente cada cierto tiempo evaluar las políticas para una reestructuración del Diseño de Plataforma teniendo en cuenta de que el análisis de mejora debe ser continuo para el beneficio del estudiante.

CONCLUSIONES

Entre las conclusiones que se puede desprender en el presente trabajo de investigación tenemos:

- Un diseño flexible de plataforma virtual enfocado en el estudiante favorece a que pueda desarrollarse un aprendizaje colaborativo en la enseñanza del derecho debido a que posibilita una mejor interacción entre los participantes. Fomentar el intercambio de ideas mediante las actividades o dinámicas es vital para consolidar conocimientos porque desde tiempo atrás la construcción de soluciones y modelos nuevos se basó en los propios seres humanos. Es por ello que para soportar una definición de ideas y conceptos se necesita tener el escenario lo más idóneo posible.
- Un escenario óptimo implica una accesibilidad y la posibilidad de usar los recursos de la plataforma lo más fácil posible para poder interactuar. La claridad en el acceso y una interface amigable guía mejor al estudiante para poder corresponder a las actividades propuestas por el docente sin mucho rechazo. El docente a su vez

aprovecha la flexibilidad de una plataforma para generar actividades y motivar a su comunidad como moderador.

- Existe una relación entre la dimensión comunidad colaborativa y dimensión diseño de plataforma definida en la investigación. En la muestra del sistema educativo virtual elegido para el estudio se percibió una insatisfacción significativa con el diseño de la plataforma y de igual manera por la dimensión comunidad colaborativa. Un diseño poco flexible distancia al estudiante en su rol de ser un elemento participativo. Siguiendo con la investigación realizada, no solo se observó un rechazo en la dimensión comunidad colaborativa, sino que la dimensión propuesta de diseño de plataforma también recibió poca consideración en los puntajes, de tal forma que guardan cierta relación probada con la estadística respectiva.
- Ambas dimensiones, tanto diseño de plataforma como comunidad colaborativa, se relacionan y guardan congruencia porque si partimos de los antecedentes definidos en esta investigación que sostienen que un buen diseño de plataforma posibilita mejorar un aprendizaje colaborativo en una comunidad virtual, entonces mediante la prueba estadística chi-cuadrado se puede decir que se confirmó la relación entre ambas dimensiones.
- Necesariamente el trabajo colaborativo favorece al aprendizaje y más aún si es un entorno virtual, pero tiene que tener las mejores condiciones para permitir una comunicación aceptable. Las políticas institucionales van a determinar el camino en las mejoras para la modalidad virtual en cualquier rama educativa y siempre se espera que las propuestas tecnológicas potencien dichas pautas por el beneficio del estudiante.

RECOMENDACIONES

- Considerar al estudiante como el elemento principal al momento de establecer un proyecto virtual para soportar un programa educativo. El estudiante debe ser el más beneficiado en el escenario virtual y las instituciones educativas deben procurar supervisar que se estén estableciendo todos los recursos que permitan que el alumno

prosperar en el campo del conocimiento y así evitar la desestimación futura de las propuestas tecnológicas en el campo de la educación.

- Tener en cuenta modelos de dinámicas para apoyar aún más la construcción de conocimiento en la enseñanza del derecho. Es importante mantener la motivación entre los participantes a través de un ambiente más amigable para favorecer la discusión de temas de interés. La motivación resulta vital y parte desde la propuesta del docente y se sostiene con la tecnología que abre el camino de desarrollar nuevos caminos.
- Se recomienda considerar lo expuesto en el trabajo de investigación realizado por mi persona en el 2016, en la cual se propone considerar los factores de competencia, puntos y reconocimientos de la teoría de gamificación para implementar actividades que promuevan el trabajo en equipo bajo un entorno que conecte más al estudiante. El reconocimiento siempre motiva al estudiante y no debe perderse eso de vista si queremos que los participantes se mantengan conectados a un programa virtual. Normalmente estamos acostumbrados a una manera tradicional de llevar los escenarios virtuales, quizás como repositorio de información, pero debería evolucionar esa manera de plantear las propuestas virtuales y apostar por un rediseño tecnológico que soporte un escenario más interactivo donde pueda mantenerse la competitividad.
- Se recomienda explorar otros aspectos relacionados a la educación virtual y sus repercusiones en otras ramas educativas para poder dar un contraste significativo y esclarecer más los niveles de adaptación de cada campo educativo. El docente resulta otro aspecto que podría estudiarse desde su perspectiva para poder proponer mejoras y soluciones que permita que ellos también se sientan involucrados con las nuevas tendencias tecnológicas.

FUENTES DE INFORMACIÓN

A. Daelle & C. Brassard. (2003). *Communautés d'apprentissage dans l'enseignement supérieur: objectifs et conditions de développement*. Congreso Les communautés virtuelles d'apprentissage. 2e colloque de Guéret.

Aretio, L. G. (1999). *Fundamento y Componentes de la Educación a Distancia*. *Revista Iberoamericana de Educación a Distancia*.

Aretio, Lorenzo García. (1989). *La educación. Teorías y conceptos* - Madrid.

Barab, S. A. (2003). *An Introduction to the Special Issue: Designing for Virtual Communities in the Service of Learning*. *The Information Society*, 197-201.

Cabero, J. (2006). *Comunidades virtuales para el aprendizaje. Su utilización en la enseñanza*. *EduTec. Revista Electrónica de Tecnología Educativa* Núm. 20/ Enero 06. Obtenido de <http://www.uib.es/depart/gte/gte/edutec-c/revelec20/cabero20.htm>

Carbonell. (2011). *Abogados y Estudiantes de Derecho frente a las TIC*. Recuperado de <https://educacionyculturaaz.com/abogados-y-estudiantes-de-derecho-frente-a-las-tic/>

Cesteros, Ana y Fernández, Pampillón. (2009). *Las plataformas e-learning para la enseñanza y el aprendizaje universitario en Internet*. Madrid, España: Universidad Complutense de Madrid.

Coll, C. (2004). *Las comunidades de aprendizaje. Nuevos horizontes para la investigación y la intervención en psicología de la educación*. Obtenido de http://www.uib.es/grintie/GRINTIE/Library/public/CC_Almeria_04.pdf

Daele, A. (2004). *Développement professionnel des enseignants dans un contexte de participation à une communauté virtuelle: une étude exploratoire*.

Fabela. (2015). *Técnicas de Muestreo y Prueba de Hipótesis*. Recuperado de <https://es.slideshare.net/ErnestoFabela1196/u2-tecnicas-de-muestreo-y-pruebas-de-hipotesis>

F. Henri & J. Basque. (2003). *Conception d'activités d'apprentissage collaboratif en monde virtuel, en Collaborer pour apprendre et faire apprendre*. DEAUDELIN C. & NAULT, T. (Eds.). Saint-Foy: PUQ.

Florido Bacallao, R. y Florido Bacallao, M. (2003). *La Educación a distancia, sus retos y posibilidades*. Granada, España: Centro de Referencia para la Educación Avanzada (CREA)- Cuba.

- García, G. R. (2006). Antecedentes históricos de la Educación a Distancia. COORDINACIÓN DE UNIVERSIDAD ABIERTA Y EDUCACIÓN A DISTANCIA.
- Galindo González, Rosa María; Martínez de la Cruz, Nadia Livier & Ruíz Aguirre, Edith Inés. (2015). El aprendizaje colaborativo en ambientes virtuales
- García, G. R. (2006). Antecedentes históricos de la Educación a Distancia. COORDINACIÓN DE UNIVERSIDAD ABIERTA Y EDUCACIÓN A DISTANCIA.
- Gonzales Rus, Juan José. (2003). Reflexiones sobre el futuro de la enseñanza del derecho y sobre la enseñanza del derecho en el futuro.
- Guérin, F. (2004). Le concept de communauté: une illustration exemplaire de la production des concepts en sciences sociales? Paper presented at the 13^a Conférence de l'AMI, Normandie . Vallé de Seine.
- Lorenzo García Aretio & R. Medina Rubio. (1993). Guía didáctica de Teoría de la educación. Madrid: UNED p.56.
- M. Pazos, Pérez & J. Salinas. (2001). Comunidades Virtuales: De las listas de discusión a las comunidades de aprendizaje. Obtenido de <http://gte.uib.es/articulos/cvirtuales01.pdf>
- Manuel Meirinhos & António Osório. (2009). Las Comunidades Virtuales de Aprendizaje: El Papel Central de Colaboración. Pixel-Bit. Revista de Medios y Educación, 45-60.
- McConnel, D. (2006). E-learning Groups and Communities. New York. McGraw-Hill.
- Moreno Salamanca, Mariac (2013). La flexibilidad didáctica en entornos virtuales de aprendizaje.
- Ossiannilsson, E. (2012). Benchmarking E-Learning in Higher Education - Lessons learned from international projects. Acta Universitatis Ouluensis - C T e c h n i c a 4 3 6.
- P. Dillenbourg, C. Poirier, & L. Carles, . (2003). Communautés virtuelles d'apprentissage: e-jargon ou nouveau paradigme? L'essor des communautés virtuelles d'apprentissage.
- Ramboll, P. (2004). Studies in the Context of the E-learning Initiative: Virtual Models of European Universities (Lot). Draft Final Report to the EU Commission, DG Education y Culture". Obtenido de http://www.elearningeuropa.info/extras/pdf/virtual_models.pdf.
- Rena M. Palloff & Keith Pratt. (2005). Collaborating Online: Learning Together in Community.
- Rheingold, H. (1996). La comunidad virtual. Una sociedad sin fronteras.
- Romiszowski, A. J. (2004). "How's the E-learning Baby? Factors Leading to Success or Failure of an Educational Technology". Innovation Educational Technology 44(1), 5-27 consultado agosto 2008. Obtenido de <http://www.elearning-reviews.org/topics/resources-management/project-management/2004-romiszow>
- Salinas Ibáñez, J. (2004). Entornos virtuales y formación flexible.

ARTÍCULOS DE REVISIÓN

TÉCNICA PROCESAL PARA EL CUMPLIMIENTO PROVISIONAL DE DECISIONES JUDICIALES EN EL DERECHO PROCESAL CIVIL BRASILEÑO

PROCEDURAL TECHNIQUE FOR THE PROVISIONAL COMPLIANCE WITH JUDICIAL DECISIONS IN BRAZILIAN CIVIL PROCEDURAL LAW

Mtro. Daniel Roberto Hertel¹

Universidad de Vila Velha

<https://orcid.org/0000-0001-9096-2884>

danielhertel@terra.com.br

daniel@uvv.br

Brasil

Recibido: 15 de julio de 2020

Aceptado: 9 de agosto de 2020

SUMARIO

- Introducción
- Finalidad de la técnica del cumplimiento provisional de las decisiones judiciales
- Hipótesis de cumplimiento provisional y definitivo
- Procedimiento de la ejecución provisional de la decisión judicial
- Provisión de garantía en ejecución provisional
- La conversión de la ejecución provisional de decisión judicial en ejecución definitiva
- Ejecución de la decisión de tutela provisional y de la tutela provisional concedida en la sentencia
- Consideraciones finales
- Fuentes de información.

RESUMEN

El artículo trata de los diversos aspectos relacionados con el cumplimiento provisional (ejecución provisional) de las decisiones judiciales en el Código de Proceso Civil Brasileño de 2015 (CPC), centrándose en los precedentes del Superior Tribunal de Justicia (STJ) y en los precedentes del Supremo Tribunal Federal (STF). Aborda el propósito del cumplimiento provisional, y luego analiza las hipótesis de la idoneidad de esta modalidad de ejecución, contrastándolas con situaciones de cumplimiento definitivo. Se ocupa de las normas de tramitación del cumplimiento provisional, analizando la necesidad de proporcionar seguridad, aclarando sobre el momento procesal exacto para la práctica de ese acto. Las posibilidades de dispensar el depósito también están ventiladas. Menciona la posibilidad de convertir la ejecución provisional, en definitiva. Por último, también aborda el cumplimiento provisional de la tutela provisional y los efectos prácticos de la concesión de protección provisional en la sentencia.

1 Es licenciado en Administración y en Derecho por la Universidad Vila Velha, especialización en Derecho Público y Derecho Procesal Civil por Faculdade Cândido Mendes y Máster en Garantías Constitucionales por las Facultades Integradas de Vitória - FDV. Hizo el curso de profundización en derecho procesal en la Universidad Pompeu Fabra, España, promovido por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal (IIDP) y por la Fundación Serra Domínguez. Es Profesor Adjunto de Derecho Procesal Civil y Práctica Jurídica Civil en la Universidad de Vila Velha (UVV). Es profesor visitante de Derecho Procesal Civil en el Programa de Posgrado de la Academia Brasileña de Derecho Constitucional (ABDCONST) y profesor en la Escuela de la Magistratura del Estado de Espírito Santo (ESMAGES). Es autor de numerosos artículos publicados en periódicos, revistas especializadas y de los libros "Técnica procesal y protección judicial: la instrumentalidad sustancial de las formas"; "Curso de Ejecución Civil" y "Cumplimiento del juicio pecuniario". Fue abogado militante durante diez años y actualmente es asesor para asuntos jurídicos del Tribunal de Justicia del Estado de Espírito Santo.

ABSTRACT

The article deals with the various aspects related to the provisional execution with judicial decisions in the CPC, focusing on the precedents of the Superior Court of Justice. It addresses the purpose of provisional execution in order to subsequently analyze the hypotheses of suitability for this type of execution, contrasting them with situations of definitive execution. It deals with the rules for processing provisional execution, analyzing the need to provide security, clarifying the exact procedural moment for the practice of that act. The chances of waiving the deposit are also considered. It mentions the possibility of convoluting the provisional execution definitively. Finally, it also addresses the provisional fulfillment of provisional guardianship and the practical effects of granting provisional guardianship in the sentence.

PALABRAS CLAVE

Cumplimiento provisional; decisión judicial; procedimiento.

KEYWORDS

Provisional execution; judicial decision; procedure.

INTRODUCCIÓN

Con la llegada de la Enmienda Constitucional nº 45, se insertó en la Constitución Federal el artículo 5º, LXXVIII. Este precepto ha positivado en Brasil el principio de duración razonable de los procedimientos². Esta directriz guió entonces al legislador ordinario, que, por cierto, estableció en el artículo 4º del nuevo Código de Proceso Civil Brasileño que las partes tienen derecho a obtener en un plazo razonable la solución completa de los méritos, incluida la actividad satisfactoria.

La importancia de la actividad satisfactoria para la eficacia del proceso judicial ha sido reconocida durante mucho tiempo,

mencionando que dicha actividad se obtiene precisamente a través del proceso de ejecución o del módulo de cumplimiento de sentencias. De hecho, no tiene sentido reconocer los derechos si esos derechos no se aplican a nivel pragmático. No cabe esperar que el objetivo principal de la jurisdicción, al buscar el Poder Judicial, sea obtener la realización de sus derechos, de modo que cualquier estudio que valore la eficacia de la disposición judicial se armonice con la noción de instrumentalidad del proceso.

En esta oportunidad, se pretende prestar especial atención a las peculiaridades del cumplimiento provisional de las decisiones judiciales esbozadas en los artículos 520 a 522 del Código de Proceso Civil. El cumplimiento provisional de la decisión judicial constituye una técnica procesal capaz de acelerar el instrumento judicial en la realización de los derechos.

FINALIDAD DE LA TÉCNICA DE CUMPLIMIENTO PROVISIONAL DE LAS DECISIONES JUDICIALES

El cumplimiento provisional de la decisión judicial tiene por objeto acelerar el proceso judicial. De hecho, cuando la Legislatura permitió la ejecución de la decisión incluso antes de su finalización, tenía la intención de acelerar el instrumento judicial. Así, incluso antes de la sentencia definitiva de determinadas decisiones, en las situaciones previstas por la ley, el acreedor puede solicitar la ejecución de las mismas.

Cabe destacar que la técnica procesal de la ejecución provisional está en perfecta armonía con el principio de duración razonable de los procedimientos. Al permitir la ejecución de la decisión antes de su tránsito definitivo, en última instancia, lo que el legislador pretendía era acelerar el procedimiento procesal para satisfacer la ley. Por cierto, el Superior Tribunal de Justicia ya ha declarado que el objetivo de la ejecución provisional es acelerar el procedimiento y antes de la sentencia firme, el acreedor puede solicitarla, en las situaciones previstas por la ley³.

2 Cf. HERTEL, Daniel Roberto. Aspectos processuais da emenda constitucional 45. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 385, mai/jun, 2006, p. 76 e 77. Sobre as tendências do direito processual civil, cf. HERTEL, Daniel Roberto. Perspectivas do direito processual civil brasileiro. Revista dialética de direito processual - RDDP, São Paulo, n.42, p. 20-30, set., 2006.

3 STJ, REsp 1686751/DF, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 22-08-2017, DJe 31-08-2017.

HIPÓTESIS DE CUMPLIMIENTO PROVISIONALES Y DEFINITIVAS

Es muy importante entender en qué casos el cumplimiento de la decisión judicial será provisional y definitivo. El cumplimiento de la decisión judicial será definitivo cuando se base en una decisión judicial dotada de autoridad de cosa juzgada. La ejecución basada en un título extrajudicial también será definitiva. En ese orden de ideas, la ejecución de una sentencia que condenó al deudor a pagar una cantidad pecuniaria y que ya ha pasado a ser definitiva (con cosa juzgada), será definitiva, al igual que la ejecución de un cheque.

En el otro flanco, el cumplimiento será provisional cuando la decisión judicial sea impugnada por un recurso carente de efecto suspensivo. Imagínese el cumplimiento de una sentencia impugnada por un recurso de casación especial, que, por regla general, se recibe sin efecto suspensivo (artículo 995, CPC)⁴ o incluso de una sentencia condenando el pago de la manutención que ha sido impugnada por “*apelação*” recibida sin efecto suspensivo (artículo 1012, §1º, inc. II, CPC).

Por cierto, el artículo 520 del Código de Proceso Civil Brasileño establece que la ejecución provisional de la sentencia recurrida mediante recurso de casación carente de efecto suspensivo se llevará a cabo del mismo modo que el cumplimiento definitivo. Así pues, sin el efecto suspensivo del recurso de casación, es posible dar cumplimiento provisionalmente a la resolución judicial.

Por regla general, las apelaciones en los procedimientos civiles son carentes de efecto suspensivo (artículo 995, CPC). De dicha disposición puede extraer que las apelaciones no impiden la eficacia de la decisión, a menos que la disposición legal o la decisión judicial en un sentido diferente.

Sin embargo, parece posible que, debido a una disposición legal o incluso a una determinación judicial, el recurso de casación se reciba con efecto suspensivo. En el primer caso, hablamos del “propio efecto de suspensión”, resultante de la disposición legal, mientras que, en el segundo, el “efecto suspensivo impropio” se debe a una decisión judicial. En cualquier caso, el efecto suspensivo se atribuirá cuando la eficacia de la Decisión impugnada pueda suspenderse por decisión del ponente, si la producción inmediata de sus efectos existe un riesgo de daño grave, difícil o imposible de reparar, y se demuestra la probabilidad de la presentación del recurso de casación (artículo 995, CPC).

A este respecto, el Superior Tribunal de Justicia (STJ) ya ha declarado que la apelación especial no tiene efecto suspensivo y, por lo tanto, debe aceptarse la ejecución provisional de la sentencia recurrida; por lo tanto, el presente Tribunal ha admitido, en circunstancias excepcionales, la concesión de efectos suspensivos a los recursos de casación de su competencia, mediante tutela provisional, siempre que se cumplan los requisitos de la alta verosimilitud de la reclamación y del peligro de retraso⁵.

Tenga en cuenta que la “*apelação*” no sigue la regla general sobre la ausencia de efecto suspensivo. El efecto suspensivo sistemático de tal recurso de casación se anula, es decir, en regla general, el recurso de casación tiene efecto suspensivo, estando desprovisto de este efecto únicamente en las hipótesis previstas por la ley.

Por cierto, el artículo 1.012 del CPC establece que la “*apelação*” tendrá efecto suspensivo, mientras que el primer párrafo dispone que además de otras hipótesis previstas por la ley, comienza a surtir efecto inmediatamente después de su publicación la sentencia que: I - aprueba la división o demarcación de la tierra; II - condena a pagar por el mantenimiento; III - extingue sin resolución de los méritos o descarte los embargos de los ejecutados; IV - hasta el mismo tiempo que la solicitud de una institución de arbitraje está bien fundada; V - confirma, concede o revoca la tutela provisional; VI - decreta la prohibición.

4 El artículo 1.029, §5º del CPC establece que “O pedido de concessão de efeito suspensivo a recurso extraordinário ou a recurso especial poderá ser formulado por requerimento dirigido: I - ao tribunal superior respectivo, no período compreendido entre a publicação da decisão de admissão do recurso e sua distribuição, ficando o relator designado para seu exame prevento para julgá-lo; II - ao relator, se já distribuído o recurso; III - ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido, no período compreendido entre a interposição do recurso e a publicação da decisão de admissão do recurso, assim como no caso de o recurso ter sido sobrestado, nos termos do artículo 1037”.

5 STJ, AgRg na MC 25.108/SC, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 09-06-2020, DJe 23-06-2020.

A continuación, en los casos previstos en el primer párrafo del artículo 1.012 del CPC, ya que el recurso de casación no tiene efecto suspensivo, el demandado podrá solicitar el cumplimiento provisional después de la publicación de la sentencia.

Cumplimiento definitivo de una decisión impugnada por “apelação” recibida sin efecto suspensivo

La cuestión es si una sentencia que ha sido impugnada por “apelação” recibida sin efecto suspensivo está sujeta a su cumplimiento definitivo. De hecho, esto ocurrirá en situaciones excepcionales en las que se llevaría a cabo la sentencia definitiva de una parte de la decisión.

Es cierto que esta cuestión gravita al entorno de la llamada cosa juzgada progresiva, con el tránsito final de capítulos de la decisión judicial que no han sido impugnados, cuya controversia existe en los Tribunales brasileños. El Tribunal Supremo (STF) parece admitir la cosa juzgada progresiva al ver que su resumen 514 establece que la acción de rescisión se acepta contra una sentencia firme, aunque contra ella no se hayan agotado todos los recursos de casación. Por otra parte, el Tribunal Superior de Justicia (STJ) parece no admitir en su mayoría tal posibilidad porque su resumen 401 establece que el término decadente de la acción de rescisión comienza solo cuando no puede apelarse el último pronunciamiento judicial. El artículo 975 del nuevo CPC está alineado con la última orientación.

Imagine una demanda en la que el autor haya reclamado una indemnización por daños morales y materiales. El magistrado desestima las demandas y ordena al demandado que pague tales daños, y el demandado ha presentado una “apelação” especial con el fin de obtener la reforma de la sentencia sólo parcialmente para descartar la condena de pagar una indemnización por daños morales. Incluso si este recurso de casación ha de ser recibido sin efecto suspensivo, el cumplimiento de la sentencia en relación con el daño material no será provisional, sino definitivo.

Por cierto, el Tribunal Regional Federal de Tercera Región (TRF3) ya ha establecido que la parte no controversial, sobre la que no hay discusión, por lo tanto, líquida y segura,

está cubierta por el tránsito final, cuidando de la ejecución definitiva, no provisional. En este punto, se operó una resolución parcial de mérito, con formación progresiva de lo juzgado, que permitió el envío de precatario, en estricta obediencia al artículo 100, párrafo 5, de la Constitución Federal Brasileña⁶. Cabe señalar, sin embargo, que la orientación dominante en el Superior Tribunal de Justicia (STJ) está en la dirección opuesta, es decir, es en el sentido de que debido a que es la acción única e indivisible, no hay necesidad de hablar de fraccionamiento de la frase, lo que elimina la posibilidad de su cosa juzgada parcial, permitiendo su ejecución provisional⁷.

Cumplimiento definitivo o provisional de la decisión de juicio anticipado parcial del fondo

El CPC proporciona en el artículo 356 la posibilidad de juicio parcial del fondo de la demanda, al establecer que el juez decidirá parcialmente el fondo cuando una o más de las solicitudes formuladas o parte de ellas: I - resulte indiscutible; II - está en juicio inmediato, de conformidad con el artículo 355. El segundo y tercer párrafo de dicha disposición establece que la parte podrá resolver o ejecutar, en primer lugar, la obligación reconocida en la decisión de que juzgue parcialmente el fondo, independientemente de la seguridad, incluso si existe un recurso contra esa acción y que En el caso del artículo 2, si hay una sentencia definitiva de la decisión, la ejecución será definitiva.

La disposición incluye la posibilidad de que el Juez tome una decisión parcial sobre el fondo de la demanda. Tradicionalmente, el fondo de la demanda siempre ha tenido su apreciación reservada a la sentencia, que debe dictarse al final del procedimiento. El nuevo Código de Proceso Civil Brasileño, sin embargo, permite el primer análisis meritorio con el juicio anticipado parcial de algunas de las peticiones hechas por el autor.

A este respecto, el Superior Tribunal de Justicia (STJ) ya ha establecido que el nuevo Código de Proceso Civil tiene ahora expresamente

6 TRF 3ª Região; AC 0025240-88.2013.4.03.9999; SP; Oitava Turma; Rel. Des. Fed. Therezinha Astolpho Cazerta; Julg. 03-11-2014; DEJF 17-11-2014; Pág. 3189.

7 STJ, AgInt no REsp 1489328/RS, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 11-09-2018, DJe 17-09-2018.

la posibilidad de dictar decisiones parciales sobre el fondo, reconociendo la posibilidad de solicitudes acumulativas o porciones de solicitudes que pueden ser fraccionadas, son aptas para el juicio en diferentes momentos procesales, ya sea porque no hay controversia sobre ellos, o porque no hay necesidad de una mayor dilución probatoria sobre ellas, con aptitud, en ambos casos, para la formación de sentencias con fuerza de cosa juzgada material^{8 9}.

Entonces, ¿será provisional o definitivo el cumplimiento de la decisión de interlocución parcial sobre el fondo? El recurso que se utilizará para impugnar dicho pronunciamiento judicial es el agravio del instrumento. El artículo 356, §5º, establece que la decisión adoptada sobre la base del presente artículo se impugna por agravio del instrumento. Por regla general, este recurso no está dotado de efecto suspensivo (artículo 995, CPC). Sin embargo, existe la posibilidad de atribuir su propio efecto suspensivo porque el artículo 1019, I, del CPC, establece que el relator de la “apelação” podrá atribuir efecto suspensivo a la “apelação” o conceder, en previsión de la tutela, total o parcial, la reclamación recursiva, comunicando al juez su decisión.

Si se concede un efecto suspensivo, no habrá posibilidad de cumplimiento provisional. Por otra parte, si no se concede ningún efecto suspensivo, la decisión entra en vigor y puede estar sujeta a un cumplimiento provisional (ejecución provisional). ¿Qué pasa si no se interpone ninguna “apelação” ante la decisión? Rememoro es un campo con respecto a la cosa juzgada progresista, pero de cualquier arte de la suerte establece el artículo 356, §3º de lo CPC que en el caso del artículo 2, si hay un tránsito definitivo de la decisión, la ejecución será definitiva.

PROCEDIMIENTO DE LA EJECUCIÓN PROVISIONAL DE LA DECISIÓN JUDICIAL

El cumplimiento provisional de la decisión judicial se llevará a cabo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 520, del Código de Proceso Civil Brasileño. Este preceptivo, en términos generales, dispone que el cumplimiento provisional de la decisión judicial se llevará a cabo de la misma manera que el cumplimiento definitivo, observando las peculiaridades contenidas en los párrafos de dicho artículo.

El artículo 520, I, del CPC establece que el cumplimiento provisional se basa en la iniciativa y la responsabilidad del acreedor, que está obligado, si se reforma la sentencia, a reparar el daño que ha sufrido el ejecutado. Esto significa que el acreedor debe solicitar al Juez el cumplimiento provisional y la iniciación ex officio no es correcta. En este orden de ideas, no es correcto que el Magistrado determine la citación de las partes en relación con el contenido de la sentencia dictada, y la parte es inmediatamente convocada a pagar el importe establecido, bajo pena de multa, en forma de artículo 523, del CPC.

La iniciativa de la parte acreedora también está justificada por el hecho de que la decisión puede ser reformada por el tribunal de justicia y cualquier daño causado a la ejecución debe ser reembolsado. Por lo tanto, las pérdidas y daños que puedan llevarse a cabo en virtud del cumplimiento provisional deben ser reparados¹⁰.

Esta responsabilidad es objetiva, sin tener necesidad de la demostración de culpabilidad. Por cierto, el Superior Tribunal de Justicia ya ha declarado que ante la posibilidad de modificar el título judicial que sustenta la ejecución provisional, se impone al acreedor la responsabilidad objetiva de reparar los daños causados al deudor, devolviendo a las partes al estado anterior¹¹. Por ejemplo: si el

8 STJ, REsp 1798975/SP, Rel. Ministra Nancy Andrihgi, Tercera Clase, juzgado el 02-04-2019, DJe 04-04-2019.

9 Este precedente también conduce a la idea de la formación de cosa juzgada progresista, que está fuera de lugar con la orientación misma del Tribunal Superior de Justicia resultante de la “súmula” 401.

10 Dinamarco señala que “en la disciplina de la ejecución provisional, la idea de los procedimientos civiles se manifiesta claramente como un sistema de certezas, probabilidades y riesgos” (DINAMARCO, Cândido Rangel. Reforma de la reforma. 2. ed. Sao Paulo: Malheiros, 2002. página 255).

11 STJ, REsp 1576994/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Tercera Clase, juzgado en 21-11-2017, DJe 29-11-2017.

vehículo de un deudor es incautado en caso de cumplimiento provisional, cualquier daño derivado del alquiler de un coche por la parte ejecutada debe ser reparado por el acreedor en caso de reforma de la decisión.

Otra peculiaridad del cumplimiento provisional es que no tendrá ningún efecto mediante una sentencia que modifique o anule la decisión en ejecución (artículo 520, II, CPC). La ejecución es provisional porque hay una “apelação” pendiente. Si se confirma dicha “apelação” del deudor, la ejecución no tendrá efecto. De hecho, cualquier acto procesal perpetrado en el cumplimiento provisional no tendrá efecto, es decir, perderá su eficacia.

Si la ejecución provisional es nula, las partes serán restauradas al estado anterior, es decir, el *statu quo ante*. En este orden de ideas, cualquier pago que haya sido realizado por el ejecutado en el cumplimiento provisional, debe ser reembolsado por el acreedor. Tenga en cuenta que en el artículo 520, II, del CPC, la legislatura mencionó la restitución de las “partes” y no la restitución de las “cosas” al Estado anterior. La distinción es relevante porque como sólo las partes serán devueltas al Estado anterior, cualquier disposición del bien que se haya llevado a cabo en el cumplimiento provisional será válida, ya que se reforma la sentencia. Si el legislador hubiera hecho mención de la devolución de las “cosas” al estado anterior, la alienación tendría que ser deshecha.

También debe señalarse que las pérdidas experimentadas por el ejecutado, sean materiales o morales, se liquidarán en el mismo proceso. No hay necesidad de proponer nueva demanda. La parte perjudicada debe solicitar, en el mismo proceso, por simple petición, la apuración de los daños sufridos.

Si la sentencia sujeta a la ejecución provisional se modifica o anula sólo en parte, la ejecución en la parte modificada o anulada no tendrá ningún efecto (artículo 520, III, CPC). Por ejemplo: se condena al deudor a pagar R\$ 5,000.00 como daño moral y R\$ 5,000.00 como daño material. El deudor, entonces, insatisfecho con la decisión, presenta una “apelação” que se recibe sin efecto suspensivo. El acreedor requiere el cumplimiento provisional (ejecución). El Tribunal confirmó el recurso de “apelação” para desestimar la parte de la

condena relativa al daño moral. En este caso, la ejecución quedará sin efecto sólo en parte, es decir, sólo en relación con la porción de R\$ 5,000.00, relativa al daño material.

PROVISIÓN DE GARANTÍA EN EJECUCIÓN PROVISIONAL

Una de las grandes distinciones entre el cumplimiento provisional y definitivo es que en el primero es necesario proporcionar garantía. Con efecto, dado que se trata de una ejecución provisional y de que hay un recurso pendiente en el Tribunal, es necesario que el acreedor ofrezca una garantía para garantizar cualquier daño que pueda causar a lo ejecutado si se produce una reforma o anulación de la decisión. La garantía, por lo tanto, tiene por objeto garantizar la reparación de las pérdidas que el ejecutado pueda sufrir derivadas del cumplimiento provisional cuándo ocurrir reforma en “apelação”.

Cabe señalar, en primer lugar, que no se debe proporcionar la garantía cuando se presenta la solicitud de ejecución provisional. De hecho, la garantía debe proporcionarse en situaciones específicas del procedimiento de cumplimiento provisional, estableciendo el artículo 520, IV, CPC, que la retirada de un depósito en efectivo y la práctica de actos que importen la transferencia de propiedad o enajenación de bienes u otros derechos reales, o de los que puedan derivarse daños graves a los ejecutados, dependen de una garantía suficiente y adecuada, arbitrada por el juez y proporcionada en el propio expediente. Existe la posibilidad de que el procedimiento de ejecución provisional prosiga sin la provisión de una garantía hasta la práctica de actos efectivamente satisfactorios.

Queda claro que no es necesario que la parte ejecutada proponga pedido de garantía. Por lo tanto, el magistrado puede determinar *de oficio* que el acreedor proporciona la seguridad en cumplimiento provisional, conclusión, además, que puede extraerse del artículo 520, IV, CPC, que establece que la garantía será “arbitrada por el juez”.

La prestación de la garantía en la ejecución provisional es una regla general. El artículo 521, CPC, sin embargo, no exige garantía en los siguientes casos: el crédito es de naturaleza alimentaria, independientemente

de su origen; II - el acreedor demuestra una situación de necesidad; III - el agravio del art. 1.042; y IV - la sentencia que ha de ejecutarse provisionalmente está en consonancia con el resumen de la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal o del Tribunal Superior de Justicia o de conformidad con la sentencia dictada en la sentencia de casos repetitivos.

Hay otra hipótesis en que non se exige garantía en el cumplimiento provisional de la decisión judicial: en el caso de la pronta sentencia parcial del fondo, la provisión de seguridad (art. 356, §2º, CPC). Sin embargo, el requisito de garantía se mantendrá, en cualquier caso, cuando la ejecución pueda dar lugar a un riesgo manifiesto de daños graves de reparación difícil o incierta (artículo 521, párrafo único, CPC).

LA CONVERSIÓN DE LA EJECUCIÓN PROVISIONAL DE DECISIÓN JUDICIAL EN EJECUCIÓN DEFINITIVA

El cumplimiento provisional debe solicitarse mediante una petición dirigida al tribunal competente y corresponde al acreedor, al no ser en el proceso electrónico, recoger copias de los siguientes documentos: I - decisión; II - certificado de presentación de la “apelação” no dotada de efecto suspensivo; III - poder otorgado por las partes; IV - decisión habilitante, si procede; y V - opcionalmente, otros documentos de procedimiento que se consideren necesarios para demostrar la existencia de la reclamación. Dichas copias deben ser autenticadas, pero el propio abogado puede autenticarlas.

El cumplimiento provisional puede convertirse en definitivo. Se dice que el cumplimiento es provisional cuando está respaldado por una decisión que ha sido impugnada por una “apelação” que no tiene efecto suspensivo. Si se juzga la “apelação” y no se interpone ninguna nueva “apelação” dentro del plazo legal, la decisión se convertirá, en definitiva, formando *res judicata*. Por lo tanto, el cumplimiento de la decisión judicial, que puede iniciarse como provisional, debe convertirse en definitivo. En la práctica, el juez debe poner en libertad la garantía que se proporcionó, ya que el régimen de ejecución se convirtió en otro - el de lo definitivo.

EJECUCIÓN DE LA DECISIÓN DE TUTELA PROVISIONAL Y DE LA TUTELA PROVISIONAL CONCEDIDA EN LA SENTENCIA

La tutela provisional es un género y son especies de esa la de urgencia y la de evidencia. La primera está vinculada a la existencia de *periculum in mora* y la segunda, no. También vale la pena mencionar que la protección provisional de urgencia puede concederse en carácter antecedente o incidente (artículo 294, CPC). En ese caso (antecedente), la tutela provisional se solicita incluso antes del establecimiento del módulo procesal para la concesión de la tutela principal, mientras que en este último (incidente) se solicita en la propia petición inicial o mediante simple petición durante el procedimiento, sin módulo procesal previo.

Establece el artículo 297, párrafo único, CPC que la eficacia de la tutela provisional se ajustará a las normas relativas al cumplimiento provisional de la sentencia. Por lo tanto, si se concede protección provisional, ya sea de urgencia o de evidencia, su ejecución seguirá las normas sobre el cumplimiento provisional.

A este respecto, el Superior Tribunal de Justicia ya ha aclarado que el Código de Proceso Civil Brasileño de 2015 adoptó la teoría del riesgo-beneficio, estableciendo que el beneficiario con la concesión de la protección provisional debe soportar el daño causado a la parte desfavorable, siempre que: i) la sentencia sea desfavorable para él; (ii) la parte solicitante no proporciona los medios para la citación del demandado en un plazo de cinco (5) días; iii) la eficacia de la medida se produce en cualquier caso legal; o iv) el juez acepta la decadencia o prescripción de la reclamación del autor (CPC/2015, artículo 302, I a IV)¹². En tales casos, cabe mencionar que la indemnización, siempre que sea posible, se resolverá en el propio proceso en el que se haya concedido la medida.

En el otro flanco, debe señalarse que, si el magistrado desea permitir el cumplimiento provisional de una sentencia que pueda ser impugnada por “apelação” con efecto suspensivo, deberá conceder, si no lo ha hecho

12 STJ, REsp 1770124/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Tercera Clase, juzgado en 21-05-2019, DJe 24-05-2019

antes, una protección provisional en la propia sentencia. Por lo tanto, la interposición de cualquier recurso de “apelação” interpuesto ante dicho pronunciamiento judicial no estará dotada de efecto suspensivo (artículo 1.012, §1º, V, CPC).

El artículo 1015, I, CPC, contempla el cabimiento del recurso de “agravo de instrumento” contra las decisiones que se refieren a la “tutela provisional”, lo cierto es que, a la vista de la sentencia, incluso cuando se concede la tutela provisional, el recurso que debe utilizarse es el de recurso de “apelação”. Por cierto, es la orientación del Tribunal Superior de Justicia que el recurso apropiado contra la anticipación de la tutela concedido en la sentencia es el recurso, recibido únicamente en efecto de retorno¹³.

CONSIDERACIONES FINALES

El legislador hizo una profunda reformulación de la legislación procesal civil en Brasil. La reforma procesal tenía, entre otros objetivos, dar eficacia a la disposición constitucional relativa al principio de duración razonable de los procedimientos. La técnica de cumplimiento provisional de las decisiones judiciales, aunque ya está presente en la legislación procesal civil anterior, es una medida que armoniza con este objetivo.

Sin embargo, al tratar el cumplimiento provisional de las decisiones judiciales, el legislador, en mi opinión, han sido mucho tímido. Me parece que, en lugar de mejorar la estructura de elaboración de este modo de aplicación, debería haber ampliado los casos en los que se acepta el cumplimiento provisional. De hecho, ha perdido una excelente oportunidad para establecer, por ejemplo, por regla general, la recepción de la “apelação” sin efecto suspensivo, revirtiendo la norma prevista en el artículo 1.012 CPC.

FUENTES DE INFORMACIÓN

ASSIS, Araken. Cumprimento da sentença. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ALVIM WAMBIER, Teresa Arruda et al. Breves comentários ao novo Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos tribunais, 2015.

ALVIM WAMBIER, Teresa Arruda et al. Breves comentários ao novo Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos tribunais, 2015.

CARNELUTTI, Francesco. Instituições de processo civil. Tradução de Adrián Sotero de Witt Batista. Campinas: Servanda, 1999. v. 1

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998.

CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de direito processual civil. 3. ed. Tradução de Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 2002. v. 1.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. São Paulo: Malheiros, 2004. v. 4.

_____. A reforma da reforma. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

DONIZETTI, Elpidio. Curso didático de direito processual civil. 21. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Gen/Atlas, 2018.

HERTEL, Daniel Roberto. Curso de execução civil. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2008.

_____. O processo civil moderno e a dignidade da pessoa humana. Revista dialética de direito processual – RDDP, São Paulo, nº 55, out., 2007.

_____. Aspectos processuais da emenda constitucional 45. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 385, mai/jun, 2006.

_____. Perspectivas do direito processual civil brasileiro. Revista dialética de direito processual - RDDP, São Paulo, n.42, p. 20-30, set., 2006.

13 STJ, REsp 267.540/SP, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, Terceira Turma, julgado em 21-11-2006, DJ 12-03-2007, p. 217.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Eficácia das decisões e execução provisória. São Paulo: Revista dos tribunais, 2000.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual civil. 8. ed. rev. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Execução. São Paulo: Revista dos tribunais, 2007.

MEDIDA, José Miguel Garcia. Novo código de processo civil comentado. São Paulo: Revista dos tribunais, 2015.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O novo processo civil brasileiro. 23. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

OTEIZA, Eduardo. Prueba pericial y acceso a la justicia. Imparcialidad e igualdad. In: JUNOY, Joan Picó i. VÁZQUEZ, Carlos de Miranda (Coord.). Peritaje y prueba pericial. Barcelona: Bosh editor, 2017.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil. 41. ed. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007. v. 2.

_____. Processo de execução. 22. ed. rev. e atual. São Paulo: LEUD, 2004.

EL PRINCIPIO DE INTEGRALIDAD DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD Y LAS ENFERMEDADES CATASTRÓFICAS EN COLOMBIA

THE PRINCIPLE OF INTEGRALITY OF THE GENERAL SYSTEM OF SOCIAL SECURITY IN HEALTH AND CATASTROPHIC DISEASES IN COLOMBIA

Dra. Luisa Fernanda Martínez Espinosa¹
Universidad Santiago de Cali
<https://orcid.org/0000-0003-0366-8164>
luisa.martinez00@usc.edu.com
Colombia

Abogada Alejandra García Fernández²
Universidad Santiago de Cali
<https://orcid.org/0000-0001-5964-4431>
aleja_gf@hotmail.com
Colombia

Recibido: 12 de junio de 2020

Aceptado: 13 de julio de 2020

SUMARIO

- Introducción
- Análisis doctrinal de la relación entre el principio de integralidad y las enfermedades catastróficas
- Análisis jurisprudencial de la relación entre el principio de integralidad y las enfermedades catastróficas
- Conclusión
- Bibliografía

RESUMEN

El propósito de este artículo es analizar el alcance jurídico del principio de integralidad del Sistema General de Seguridad Social en Salud y las enfermedades catastróficas en Colombia tomando como base la doctrina y la jurisprudencia emanada de la Corte Constitucional. Esta investigación tiene un nivel

de profundidad descriptivo- explicativo porque se especifica las características y las causas del fenómeno, el método es hermenéutico toda vez que parte de la interpretación para establecer la relación entre las variables objeto de estudio. En la actualidad, las personas que padecen dichas enfermedades se encuentran con muchas barreras para acceder al sistema de salud: falta de información, falta de diagnóstico efectivo y la negación de medicamentos; la materialización del principio de integralidad establecido en el ordenamiento jurídico colombiano garantiza la atención oportuna, eficiente y con calidad.

ABSTRACT

The purpose of this article is to analyze the legal scope of the principle of comprehensiveness of the General System of Social Security in Health and catastrophic diseases in Colombia based on the doctrine and jurisprudence emanating from the Constitutional Court. This research has a descriptive-explanatory

1 Doctora en Derecho con mención de reconocimiento por la Universidad Externado de Colombia. Consejera de la Facultad de Derecho USC. Integrante del Grupo de Investigación en Ciencia Política, Derecho y Relaciones Internacionales Categoría A en Colciencias. Profesora y Directora del Semillero de Investigación Eduardo Umaña Seccional Palmira de la Universidad Santiago de Cali. Correo institucional: luisa.martinez00@usc.edu.co

2 Abogada de la Universidad Santiago de Cali. Especialista en Seguridad Social de la Universidad Javeriana. Integrante del Semillero de Investigación Eduardo Umaña Seccional Palmira de la Universidad Santiago de Cali, adscrito al Grupo de Investigación en Ciencia Política, Derecho y Relaciones Internacionales Categoría A en Colciencias. Correo electrónico: aleja_gf@hotmail.com

level of depth because the characteristics and causes of the phenomenon are specified, the method is hermeneutical since it starts from the interpretation to establish the relationship between the variables under study. Currently, people with various diseases face many barriers to accessing the health system: lack of information, lack of effective diagnosis and denial of medications; The materialization of the principle of comprehensiveness established in the Colombian legal system guarantees timely, efficient and quality care.

PALABRAS CLAVE

Enfermedades catastróficas; Eps; jurisprudencia; principio de integralidad; seguridad social; salud

KEYWORDS

Catastrophic illnesses; Eps; jurisprudence; integrality principle; social security; health

INTRODUCCIÓN

Uno de los principios que rige el Sistema de Seguridad Social en Salud es el principio de integralidad, el cual ha sido definido en el artículo 2 de la Ley 100 de 1993 como “la cobertura de todas las contingencias que afectan la salud, la capacidad económica y en general las condiciones de vida de toda la población...”. Si bien, este principio brinda una protección para las contingencias consagradas en la Ley 100 de 1993, se puede suscitar una serie de exclusiones para brindar una atención integral a aquellas personas que padecen alguna enfermedad catastrófica, puesto que estas enfermedades necesitan que se garantice el servicio a la salud de manera completa desde la prevención hasta llegar a la rehabilitación. Estas enfermedades se encuentran definidas en el artículo 16 de la Resolución 5261 de 1994 “Para efectos del presente decreto se definen como enfermedades ruinosas o catastróficas, aquellas que representan una alta complejidad técnica en su manejo, alto costo, baja ocurrencia y bajo costo efectividad en su tratamiento”.

El principio ha sido desarrollado por la Corte Constitucional en varios pronunciamientos, entre ellos se encuentra la sentencia T-418

del 2013, donde se señaló que los servicios de salud y tratamientos que se le brindan a las personas debe ser integral para así no poner en riesgo los derechos fundamentales, de manera que la integralidad comprende lo siguiente:

«un conjunto de cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes para el diagnóstico y el seguimiento, así como todo otro componente que el médico tratante valore como necesario para el pleno restablecimiento de la salud del paciente o para mitigar las dolencias que le impiden llevar su vida en mejores condiciones; y en tal dimensión, debe ser proporcionado a sus afiliados por las entidades encargadas de prestar el servicio público de la seguridad social en salud» (párr.75)

En la Sentencia T-002 de 2016, se señala que el tratamiento que se debe adelantar no tiene como finalidad la curación, sino que debe de estar dirigido a superar todas las calamidades que pongan en peligro la vida, la dignidad y la integridad de las personas, la enfermedad se debe tratar desde un enfoque integral, que comprenda todos los procedimientos fundamentales para el mejoramiento social, mental y funcional del paciente. Sin embargo, hay ocasiones en que no se logra una rehabilitación, pero esto no es obstáculo para brindar por todos los medios mejorar la calidad de vida del paciente a través de los diferentes medicamentos y seguimientos.

En el sistema de salud colombiano los planes que ofrecen las EPS excluyen muchos medicamentos, tratamientos y procedimientos generando con ello una barrera de acceso a la salud para toda la población, incluyendo personas con especial protección, se requiere que las enfermedades catastróficas tengan una mayor cobertura, y esto se puede realizar a partir de la interpretación del principio de integralidad, que cubre todas las contingencias que afectan a la salud. En tal sentido esta investigación entraña una relevancia jurídica y social porque se analiza desde la doctrina y la jurisprudencia el principio de integralidad del Sistema General de Seguridad Social en Salud y su proyección en las enfermedades catastróficas.

ANÁLISIS DOCTRINAL DE LA RELACIÓN ENTRE EL PRINCIPIO DE INTEGRALIDAD Y LAS ENFERMEDADES CATASTRÓFICAS

El origen de la Seguridad Social se remonta a doctrinas políticas y sociales, es así como surge en Europa más específicamente en Alemania la Seguridad social como mecanismo para mejorar las condiciones sociales y económicas de los trabajadores de las empresas. En el mundo moderno, la seguridad social, surge como un instrumento de protección al hombre contra determinadas necesidades sociales, ya que el ser humano intenta satisfacerlas acudiendo a su propio esfuerzo, mediante un trabajo que le ayude a recaudar los recursos necesarios, y también requiere de la capacidad de previsión y de la solidaridad humana, ya que a través de ello se ofrece mecanismos adicionales para atender las necesidades sociales (Arenas, 2008).

En Colombia, el sistema de seguridad social surgió en la época de 1945 y 1946 donde se originó la Caja Nacional de Previsión (CAJANAL) y el Instituto Colombiano de los Seguros Sociales (ISS), antes de la existencia de dichas entidades, los trabajadores contaban con algunas prestaciones como la salud, cesantías, riesgos profesionales y pensiones, denominadas prestaciones patronales, con el tiempo, las empresas se vieron en la imposibilidad de pagar aquellas prestaciones, generando así la exigencia de crear un sistema de seguridad social alejado de las empresas, para que se ocupara de todos los derechos de los trabajadores. Es así como la seguridad social surgió como un mecanismo institucional y financiero que aseguraba que los trabajadores pudieran acceder a sus prestaciones sociales (Rocha, 2010).

El Sistema General de Seguridad Social en Salud tiene entre sus finalidades garantizar el derecho fundamental a la salud bajo el principio de integralidad el cual consiste en prestar el servicio en condiciones de “continuidad, oportunidad, disponibilidad y accesibilidad”, de esta forma, el Plan Obligatorio de Salud, considerado como procedimientos, insumos y medicamentos tienen una labor muy importante para el fortalecimiento del principio de integralidad, y de este modo es fundamental para garantizar el derecho a la salud a las personas que son sujetos de especial protección,

como son aquellas que padecen enfermedades catastróficas. Aunque existe normatividad que regula estas enfermedades, existen barreras y falencias administrativas dentro del Sistema que impide el cumplimiento del principio de integralidad en las personas que padecen dichas enfermedades (Garzón, 2014)

El principio de integralidad, también se encuentra definido en el artículo 8 de la Ley 1751 del 2015 como “los servicios y tecnologías de salud deberán ser suministrados de manera completa para prevenir, paliar o curar la enfermedad, con independencia del origen de la enfermedad o condición de salud, del sistema de provisión, cubrimiento o financiación definido por el legislador...”. Asimismo, en el artículo 15 de la misma ley, se encuentra una serie de servicios excluidos cuando:

- a) tengan como finalidad principal un propósito cosmético o suntuario no relacionado con la recuperación o mantenimiento de la capacidad funcional o vital de las personas; b) Que no exista evidencia científica sobre su seguridad y eficacia clínica; c) Que no exista evidencia científica sobre su efectividad clínica; d) Que su uso no haya sido autorizado por la autoridad competente; e) Que se encuentren en fase de experimentación; f) Que tengan que ser prestados en el exterior.

Frente a estas exclusiones, mediante la Sentencia C-313 del 2014, se ha dicho que sí se puede garantizar estas exclusiones siempre que se cumplan unos requisitos consagrados en el numeral 5.2.15.3 de la respectiva sentencia, entre los que se encuentra cuando el medicamento o procedimiento sea necesario para garantizar el derecho a la vida e integridad del paciente, que no exista otro medicamento que proteja la salud del paciente, que el paciente carezca de capacidad económica para sufragar el fármaco o el procedimiento requerido, o que el medicamento o procedimiento sea ordenado por su médico tratante.

Ante este pronunciamiento, es evidente que el servicio de salud no se debe de brindar de manera fraccionada, y se debe de garantizar un tratamiento completo así se encuentre dentro de las exclusiones, pero cumplan con los requisitos mencionados anteriormente.

Por otro lado, este principio no sólo se refiere a la prestación de los servicios de salud, sino

que este se dé en condiciones de oportunidad y eficiencia, pero existen situaciones en donde las personas que padecen enfermedades catastróficas como los enfermos de VIH requieren mayor atención sobrepasando las coberturas del POS, generando con ello que sus necesidades no sean cubiertas por el sistema de salud.

Las prestaciones consagradas en los “planes de salud” no garantizan una prestación integral, ya que existe exclusión de algunos medicamentos, procedimientos e insumos que impiden la prestación de manera completa de los servicios de salud. Es por ello que, para garantizar la integralidad en la salud, es importante considerar la salud como un derecho fundamental para que a través de la normatividad se incluyan los servicios que sean necesarios para proteger a las personas que padecen enfermedades catastróficas sin que tengan que instaurar acciones de tutela para exigir su cumplimiento.

El VIH, es considerado como una enfermedad catastrófica la cual se encuentra regulada en el Decreto 1543 de 1997 en donde se establece los términos bajo los cuales se debe entender el VIH y el SIDA, además de las medidas que se deben tomar para garantizar su protección integral, es decir que “el VIH es el retrovirus agente causal del SIDA y éste a su vez es el conjunto de síntomas y signos generados por el compromiso del sistema inmunológico de una persona como consecuencia de la infección por el VIH” (p.13-14). Este decreto consagra la integralidad como elemento fundamental para la atención de esta enfermedad, en donde a través de este principio de debe brindar atención en las áreas de “prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación” que se requiera para combatir la enfermedad, además de mejorar la calidad de vida del paciente.

La Ley 972 de 2005, regula todo lo concerniente a las enfermedades catastróficas y ruinosas, sin embargo, hace mayor énfasis a la enfermedad VIH, además establece las sanciones ante la negación de la atención y consagra las medidas necesarias para disminuir los costos de los medicamentos que se necesita para dicha enfermedad, sin embargo, esta ley no establece medidas integrales para su prevención.

Perspectivas del principio de integralidad

Como se mencionó inicialmente, si bien el principio de integralidad, se encuentra definido en la Ley 100 de 1993, la Corte Constitucional ha dado mayor relevancia y ha estructurado la integralidad bajo 3 perspectivas “(i) como una forma de garantizar el derecho a la salud (ii) como una regla de prestación del servicio de salud (iii) como una característica del sistema de salud y (iv) como una obligación acerca de las condiciones como debe prestarse el servicio” (Garzón, 2014, p.21).

(i) El principio de integralidad como una forma de garantizar el derecho a la salud (p.21)

En la sentencia T-1041 de 2012, se hace referencia al principio de integralidad como aquel mediante el cual se puede llegar a obtener el más alto nivel de salud, por ende, menciona la sentencia T-760 de 2008, la cual consagra que para el cumplimiento de este principio se necesita el suministro de medicamentos, exámenes, diagnósticos en pro de la salud del paciente, conforme lo ordenado por su médico tratante. Es decir, que el objetivo del principio de integralidad es suministrar integralmente todas las atenciones que se requiera para mitigar las dolencias, además que a través de este principio se puede retrasar el deterioro de la salud para las personas que padecen enfermedades catastróficas.

(ii) El principio de integralidad como regla del servicio (p.21)

A través de la sentencia C-626 de 2009, se manifestó que la integralidad se debe de analizar desde el área de la “educación, la información, el diagnóstico, el tratamiento y la rehabilitación otorgados según la intensidad de uso y los niveles de atención en condiciones de cantidad, oportunidad, calidad y eficiencia.” (p.21). De esta forma, la Corte ha manifestado que la garantía del derecho a la salud sólo se puede dar cuando se protegen en totalidad las necesidades del bienestar humano, de esta manera, por ejemplo, los tratamientos que requieran los pacientes de VIH a pesar que se encuentren dentro del POS, es importante revisar el contexto y la manera en que se brindan,

pues se trata de personas que requieren una atención mayor por la enfermedad catastrófica que padecen.

(iii) El principio de integralidad como una característica del sistema de salud (p.22)

El principio de integralidad según la corte constitucional parte de dos factores, el primero es de acuerdo a las necesidades que tenga el paciente, que va desde la educación, prevención hasta llegar a la rehabilitación y el segundo que estas necesidades se brinden de manera adecuada, pues no basta con que existan planes de salud establecidos y que no se garanticen de manera integral.

(iv) El principio de integralidad como una obligación de las condiciones en las que debe prestarse el servicio de salud (p.23)

El principio de integralidad ha generado la obligación a los jueces de tutela de ordenar a la prestadora de salud que garantice todos los servicios que necesite el paciente para así evitar que presenten una nueva tutela cada vez que requieran una prestación de salud, ocasionando que los jueces emitan en muchas ocasiones los llamados “fallos integrales” mediante los cuales no solo se ordenan los tratamientos que están solicitando los afiliados, sino también aquellos que en el futuro prescriba el médico tratante, estos fallos se basan en la facultad que tiene el juez para fallar extra y *ultra petita* cuando hay una vulneración de los derechos fundamentales.

Por otra parte, las personas que padecen enfermedades ruinosas o catastróficas en ocasiones el acceso a la salud es restringido, pues no solo tienen barreras económicas sino geográficas y culturales. En cuanto a las barreras geográficas se hace referencia a los largos trayectos que deben de recorrer los pacientes para asistir a una cita médica o adquirir un medicamento o tratamiento, y más aquellos que residen en la zona rural, pues veces no tienen ni siquiera medio de transporte para llegar donde su prestadora de salud, generando que en muchos momentos tengan que cargar con consecuencias irremediables. Frente a las fronteras culturales consiste en la poca información que brindan los prestadores de salud con respecto a los derechos de los afiliados, desde la etapa de la prevención y educación hasta la fase de rehabilitación y

finalmente se hace referencia a las barreras económicas cuando el afiliado no cuenta con capacidad económica para poder sufragar todos los tratamientos que requiere, pues en algunas ocasiones la EPS no brinda un servicio integral generando que sea el afiliado el que asuma dicha carga.

LAS ENFERMEDADES CATASTRÓFICAS O RUINOSAS

Según Quintero y Correa (2009), la cobertura de las enfermedades catastróficas o de alto costo, antes de la expedición de la Ley 100 de 1993 se limitaba solo a los afiliados a la seguridad social, generando que no existiera una mayor protección hacia las personas que padecían dichas enfermedades. Posteriormente, se dio mayor reconocimiento a estas enfermedades a partir de la expedición de la Resolución 5261 de 1994 más exactamente en el artículo 16: “Para efectos del presente decreto se definen como enfermedades ruinosas o catastróficas, aquellas que representan una alta complejidad técnica en su manejo, alto costo, baja ocurrencia y bajo costo efectividad en su tratamiento” Y en el artículo 17 se estableció el listado de tratamientos para las enfermedades ruinosas o catastróficas, definidas así:

Para efectos del presente Manual se definen como aquellos tratamientos utilizados en el manejo de enfermedades ruinosas o catastróficas que se caracterizan por un bajo costo- efectividad en la modificación del pronóstico y representan un alto costo.

Se incluyen los siguientes:

- a. Tratamiento con radioterapia y quimioterapia para el cáncer.
- b. Diálisis para insuficiencia renal crónica, trasplante renal, de corazón, de medula ósea y de córnea.
- c. Tratamiento para el SIDA y sus complicaciones.
- d. Tratamiento quirúrgico para enfermedades del corazón y del sistema nervioso central.
- e. Tratamiento quirúrgico para enfermedades de origen genético o congénito.
- f. Tratamiento médico quirúrgico para el trauma mayor.
- g. Terapia en unidad de cuidados intensivos.
- h. Reemplazos articulares.

PARÁGRAFO. Los tratamientos descritos serán cubiertos por algún mecanismo de aseguramiento y estarán sujetos a períodos mínimos de cotización exceptuando la atención inicial y estabilización del paciente urgente, y su manejo deberá ceñirse a las Guías de Atención Integral definidas para ello.

Las enfermedades catastróficas generan un gran impacto en las personas que las padecen, ya que afecta muchas áreas de su vida, como su condición física, socioeconómica y psicológica, esta última se debe a que las enfermedades catastróficas también se acompañan de una desorganización psicológica y social generando obstáculos para el proceso de recuperación y rehabilitación. En Colombia a través de la Ley 100 de 1993 se establece que se debe seguir una guía de atención integral para la cobertura de las enfermedades catastróficas, considerado como el "... conjunto de actividades y procedimientos más indicados para el abordaje de la promoción y el fomento de la salud, la prevención, el diagnóstico, el tratamiento y la rehabilitación". En muchos países del mundo incluido Colombia, los trastornos médicos-psicológicos asociados a las enfermedades catastróficas son evidentes, pero no existe un tratamiento apropiado que ayude a combatirlo, generando así que no se realice un control sobre el impacto que puede tener en la rehabilitación de las personas (Rincón, 2006). En este sentido Lopera afirma que:

[...] las enfermedades son complicadas desde el punto de vista clínico. La mayoría son crónicas y progresivas, pueden ser discapacitantes o dejar secuelas residuales, en especial en ausencia de programas de control eficaces. Lo paradójico es que muchas de estas enfermedades son prevenibles, pero cuando se presentan demandan atención prolongada, continua, costosa y de alta complejidad. (p. 123)

En cuanto al impacto económico, estas enfermedades no solo incapacitan o matan a las personas también genera un detrimento económico tanto a los que las padecen como a sus familias, por ello si el paciente no recibe un tratamiento adecuado, se le condena a un deterioro progresivo de su salud y calidad de vida, por eso estas enfermedades no sólo generan un problema médico, sino que se configura un desafío económico y social. No se trata de enfermedades comunes sino de afecciones que son difíciles por los siguientes aspectos:

- a) El clínico, porque en muchas ocasiones hay incertidumbre sobre las modalidades de abordaje.
- b) El económico, porque los importantes costos que involucran su diagnóstico y atención comprometen la sostenibilidad de los tratamientos y repercuten en gran manera sobre las finanzas de quienes deben pagar por ellos (los pacientes, sus familias o los sistemas de salud).
- c) El ético, porque la diseminación del uso de nuevas tecnologías terapéuticas puede resultar más acelerada que la generación de evidencias confiables sobre su seguridad y beneficios terapéuticos, lo que a menudo convierte al paciente en un conejillo de indias sobre el cual se ponen a prueba tratamientos sin la evidencia científica necesaria.
- d) El distributivo, porque cuando los sistemas de salud se hacen cargo de financiar los tratamientos, concentran una gran parte de sus recursos sobre unos pocos pacientes que, desafortunadamente, tienen poca o ninguna probabilidad de sanar. En contrapartida, existen muchos tratamientos de comprobada efectividad que pueden ser utilizados para combatir enfermedades más simples, pero que aún no fueron implementados en todo su potencial, sobre todo en los países en desarrollo. Por lo tanto, si esos recursos que se están destinando a las enfermedades más caras se emplearan para extender la cobertura y mejorar la respuesta que se da a las enfermedades más simples, probablemente se obtendrían mejores resultados sanitarios para un mayor porcentaje de la población. En otras palabras, con la misma inversión dinero, se compraría más salud. (Burgin, 2014 p.14)

En el artículo 16 de la Resolución 5261 de 1994 se define las enfermedades catastróficas "como aquellas que representan una alta complejidad técnica en su manejo, alto costo, baja ocurrencia y bajo costo-efectividad en su tratamiento". Hasta ahora, existe una lista de estas enfermedades que son reguladas en la mencionada resolución, se consideran eventos de alto costo las siguientes enfermedades:

[...] la enfermedad renal crónica en estadio 5 (ERC-5), que implica procedimientos PTAC como la diálisis y trasplante renal, la enfermedad cardiovascular (ECV), que amerita tratamientos quirúrgicos o trasplante de corazón, otras enfermedades que requieren trasplantes (médula ósea y córnea), algunos tipos de cáncer que implican tratamientos de

radioterapia y quimioterapia, los tratamientos antirretrovirales y el manejo de complicaciones para el sida, reemplazos articulares, tratamientos quirúrgicos para enfermedades del sistema nervioso central, enfermedades genéticas o congénitas, el trauma mayor y la terapia en unidad de cuidados intensivos (7). La norma clasifica la atención por consulta externa, hospitalización y urgencias como de alto costo, si es compatible con los eventos o tratamientos definidos normativamente, y como consultas por enfermedad general cuando un paciente con EAC utiliza los servicios por causas que pueden o no estar asociadas con la enfermedad de base. (p.123)

Infortunadamente, los recursos destinados para el cubrimiento de patologías definidas como catastróficas no son suficientes para lograr una atención eficiente en los pacientes, además no existe mayor intervención, vigilancia y control por parte de los entes reguladores, los cuales han consentido que las entidades prestadoras de salud impongan restricciones al acceso a la salud, lo cual va en contra de los principios establecidos en la Ley 100 de 1993, entre los que se encuentra el principio de integralidad (Gil y Camargo, 2006). Las enfermedades catastróficas afectan la parte física, psicológica y económica tanto de la persona que padece la enfermedad como la de su familia, generando con ello, que no se de una protección integral.

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE LA RELACIÓN ENTRE EL PRINCIPIO DE INTEGRALIDAD Y LAS ENFERMEDADES CATASTRÓFICAS

Sentencia T-894 de 2013: la epilepsia

En la Sentencia T-894 de 2013, se analiza la enfermedad de epilepsia, y la exoneración de copagos para las personas que padecen enfermedades catastróficas con base en los siguientes hechos:

La accionante manifiesta que su hijo en diciembre de 2007 sufrió un ataque convulsivo, generando que necesitará varios exámenes para su diagnóstico. Estos procedimientos fueron realizados por la Nueva EPS, en cumplimiento del fallo de tutela. Una vez realizado el procedimiento fue diagnosticado con “epilepsia *partialis* continua (Kojewnikow) y encefalitis de Rasmussen” (párr.19). Consideradas como enfermedades catastróficas. A finales del mes de Noviembre de 2008 a Dairo Fernando Oliveros Cárdenas le fue realizado “una hemisferectomía

funcional, que es la extracción o inhabilitación de un hemisferio cerebral” (párr.20). Posterior a este procedimiento, el menor tuvo que someterse a terapias de rehabilitación. Sin embargo, manifiesta la agente oficiosa que los copagos de dichos servicios se han convertido en una barrera para la rehabilitación de su hijo ya que carece de capacidad de económica para sufragar los gastos que se genere por la autorización, además manifiesta que es madre cabeza de hogar y lo ingresos que tiene son para sufragar todos los gastos que requiere la casa y su hijo, por lo cual solicita que se exonere del pago de cuotas moderadoras y copagos por los servicios que necesite su hijo.

En primera instancia, el Juzgado Sexto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Cali en providencia del 18 de abril de 2013, decidió acceder a las pretensiones realizadas por la señora Yamile Cárdenas, puesto que al estar el menor en situación de debilidad la falta del pago de copagos o cuotas moderadoras genera que no se pueda continuar con las terapias que debe recibir Dairo Fernando Oliveros Cárdenas.

La entidad demanda impugnó la decisión, por lo cual, en segunda instancia conoció del proceso el Tribunal Superior de Cali, Sala de Decisión Constitucional, en donde a través de la sentencia del 9 de julio revocó el fallo del *a quo*, argumentando que el Juez de primera Instancia debía haber resuelto el problema a través de incidente de desacato frente al fallo del 2008, en donde se había ordenado a la Nueva EPS que garantizara un tratamiento integral.

El planteamiento jurídico que estableció la Corte Constitucional fue

[...] ¿desconoce el derecho fundamental a la salud y a la vida digna la negativa de una EPS del régimen contributivo a exonerar del cobro de pagos moderadores a tres pacientes con epilepsia y otros trastornos neurológicos, teniendo en cuenta que el núcleo familiar asegura no tener recursos suficientes para sufragar los mismos? (párr.87)

Para dar solución al problema planteado la Corte analizó que la epilepsia está incluida dentro de las enfermedades descritas en el artículo 1° de la Resolución 3974 de 2009 como catastróficas o de alto costo, las cuales están exentas del pago de copagos en su tratamiento de acuerdo con el artículo 7° del

Acuerdo 260 de 2004. También se llega a la misma conclusión con referencia a las cuotas moderadoras, puesto que en el párrafo 2º del artículo 6 del Acuerdo 260 de 2004,

[...] se estableció que, si el usuario está inscrito o se somete a las prescripciones regulares de un programa especial de atención integral para patologías específicas, en el cual dicho usuario debe seguir un plan rutinario de actividades de control, no habrá lugar a cobro de cuotas moderadoras en dichos servicios. (párr.132).

Finalmente, la Corte ordenó revocar la sentencia de tutela de segunda instancia y ordenó a la Nueva EPS de no solicitar pagos de copagos o cuotas moderadoras para brindarle los servicios de salud al accionante.

En este caso, se logra ver la importancia de la aplicación del principio de integralidad, puesto que a través de él se puede garantizar que las personas puedan tener una rehabilitación óptima, además se debe de brindar todos los tratamientos que conlleven al mejoramiento de su salud y calidad de vida. En la situación que es objeto de análisis se logra ver que por la EPS establecer copagos y cuotas moderadoras que los usuarios no tienen capacidad de sufragar se vulnera el derecho fundamental a la salud, debido a las barreras económicas que se originan.

Sentencia T-499 de 2014: el cáncer

En la Sentencia T-499 de 2014, se estudia la enfermedad catastrófica “cáncer” con base en el principio de integralidad y haciendo referencia a los siguientes hechos:

La señora Flor María Rivera Rojas, quien actúa como agente oficiosa de su hermana Yolanda Rivera Rojas, presenta acción de tutela contra Cafesalud E.P.S, en razón a que la señora Yolanda Rivera Rojas tiene 53 años de edad, y a mediados del año 2013 le diagnosticaron Cáncer de pleura metastásico desconocido, por lo cual el médico de la EPS Cafesalud le ordenó una “tomografía axial computada” (TAC), sin embargo este examen nunca se llevó a cabo, ya que la EPS nunca expidió la autorización correspondiente, por tanto ante dicha omisión, la agente oficiosa acudió ante el Instituto Nacional de Cancerología para que le realizaran los exámenes prescritos, en donde tenía que asumir todos los costos, luego, los resultados se llevaron a Cafesalud, quien autorizó una biopsia que no dio resultado alguno ya que la muestra extraída era demasiado pequeña, generando con ello una

demora injustificada del tratamiento por parte de la EPS, por lo cual se volvió acudir al Instituto Nacional de Cancerología, en donde se prescribió la práctica de los siguientes exámenes, «cita x cuidados paliativos y dolor, tac de abdomen y pelvis, tac de tórax, broncoscopia fibro-óptica con lavado bronquial, broncoscopia fibro-óptica con función trasntraqueal o trasnsbronquial con aguja, estudio de coloración básica en citología, estudio de coloración inmunohistoquímica en biopsia, estudio de coloración básica en biopsia, cita x neumología» (párr.34)

Frente a la anterior prescripción médica emitida por el Instituto Nacional de Cancerología, la EPS Cafesalud no autorizó la totalidad de los procedimientos aduciendo que algunos de dichos exámenes no eran importantes para el estado del paciente de acuerdo a lo dicho por el médico de la EPS y además que algunos de ellos no hacían parte del Plan Obligatorio de Salud, como son la “Gamagrafía Ósea y Filtración Glomerular”. De acuerdo a esta respuesta, la agente oficiosa solicitó la remisión al Instituto Nacional de Cancerología, sin embargo, la EPS respondió que no tenía convenio vigente con el instituto. Además, manifestó que la enfermedad que tenía su hermana necesita de un tratamiento integral y rápido la cual no ha sido prestado por la EPS Cafesalud, colocando en riesgo la salud de la señora Yolanda Rivera Rojas, por lo cual sus pretensiones es que la autorización y práctica de los tratamientos prescritos por el Instituto Nacional de Cancerología ESE se realice en el mismo instituto, como también que se garantice un tratamiento integral.

La sentencia de primera instancia fue resuelta por el Juzgado Cuarenta y Seis Penal Municipal con Función de Control de Garantías, a través de providencia del 16 de diciembre de 2013 negó la acción de tutela aduciendo que los servicios fueron suministrados por el médico tratante y además autorizaron los exámenes de “GAMAGRAFIA DE FILTRACIÓN GLOMERULAR y GAMAGRAFIA OSEA” (párr.36). En cuanto al tratamiento integral la EPS Cafesalud ya autorizó todo lo solicitado por la accionante por lo cual no hay lugar para que se le concedan las peticiones a la tutelante.

La decisión fue impugnada por la señora Yolanda Rivera Ríos y mediante sentencia del 31 de enero de 2014, el Juzgado Veinticinco Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá confirmó el fallo proferido por el a quo. El problema jurídico que

entra a resolver la Corte Constitucional es si la negativa de los servicios de salud por parte de la EPS Cafesalud que luego fueron autorizados cuando se instauró la tutela, genera una mala prestación del servicio de salud que otorga el cambio de la actual IPS al Instituto Nacional de Cancerología, aun cuando no haga parte de su red de instituciones prestadoras de salud.

Con respecto a este problema jurídico la Corte analiza varios aspectos, entre los cuales dice que por regla general el médico que se encuentra adscrito a la EPS es el que le puede prescribir un servicio a un paciente, sin embargo, cuando un médico no adscrito a la EPS emite un concepto no debe de ser rechazado de manera instantánea bajo el supuesto de que no se encuentra adscrito a la EPS, ya que este puede ser vinculante, además también esto conlleva a entender la problemática que se presenta en la libertad de escoger las IPS para que se garantice la atención en la salud, ya que la Entidad Promotora de Salud es la encargada de brindar a todos sus afiliados las instituciones que presten tratamientos de manera efectiva, de esta forma los afiliados pueden elegir libremente entre las IPS que brinda las EPS, sin embargo, existe una excepción para acceder a aquellas IPS que no tengan convenio, y es que solo se puede dar cuando las IPS que otorga las EPS, no cuenten con la capacidad o teniéndola no brinden la prestación de manera efectiva, generando así la vulneración de sus derechos fundamentales.

En este caso, tanto la EPS como las IPS no han brindado el tratamiento integral que el paciente necesita debido a la enfermedad que padece, ya que los servicios que se han brindado han sido lentos e ineficaces para combatir la enfermedad generando así la evolución del cáncer en el cuerpo de la accionante, un ejemplo de ello, es que el médico tratante de la EPS ordenó “una Tomografía Axial Computada (TAC)”, la cual nunca fue practicada, generando que se tuviera que hacer de manera particular. De esta forma, la Corte concluye que la EPS Cafesalud no cuenta con IPS idóneas para garantizar el servicio integral a la accionante, por lo tanto, decide revocar el fallo de primera instancia y conceder el amparo de los derechos fundamentales a la salud, la vida y la integridad personal.

Sentencia T-421 de 2015: la insuficiencia renal crónica

En la Sentencia T-421 de 2015, se estudia la “Insuficiencia Renal Crónica”, catalogada como una enfermedad catastrófica, con base en los siguientes hechos:

El señor Federico de los Santos Plaza Velázquez, de 59 años de edad, presentó un derecho de petición ante Coomeva EPS para que le dieran las autorizaciones de varios medicamentos y exámenes clínicos pre quirúrgicos que fueron ordenados por sus médicos tratantes en razón a su diagnóstico el cual fue falla renal terminal y retinopatía diabética. Debido a esta enfermedad, el requiere controles periódicos con especialistas, y necesita medicamentos para poder combatir su enfermedad, sin embargo, la EPS Coomeva le da respuestas evasivas, aun sabiendo que es una persona de la tercera edad que padece una enfermedad catastrófica.

El accionante radico derecho de petición, en donde solicitaba que padecía diabetes tipo 2, y que por tanto requería hemodiálisis tres veces por semana, además esta patología derivó en un diagnóstico de “Retinopatía Diabética Proliferativa y Edema Macular Severo, por lo tanto, su oftalmólogo lo remitió al retinólogo, quien le formuló un medicamento (Ranibizumab de 10 mg/ml, presentación ampolla N° 2, uso hospitalario medicamento intravítreo para ambos ojos)” (párr.20). Pero la EPS Coomeva solo le entregó este medicamento un año después de que lo solicitó, generando perjuicios irremediables frente al accionante, ya que la falta de medicamento deterioró su visión, por lo cual necesitó otra valoración por un médico especialista, a pesar que el retinólogo dio “varias órdenes de exámenes y una cirugía urgente de aspiración diagnóstica con vítreos, honorarios de anestesia, terapia antiangiogénica con lucentis ojo derecho” (párr.21). La EPS retrasó la autorización de estos procedimientos, generando que esté en riesgo la visión del accionante. El 09 de Julio de 2014, el accionante asistió a una cita en la Fundación Cardioinfantil de Bogotá, en donde inició un estudio de pre trasplante renal. Después, de haberse realizado los correspondientes exámenes, la junta médica autorizó el trasplante, por lo que se vio en la obligación de acudir ante Coomeva EPS con el objetivo que le dieran autorizaciones que

requería para ser incluido en lista de espera, sin embargo, la EPS le respondió que no pueden ser autorizadas porque las fórmulas son ilegibles y no muestran el nombre de su médico.

La decisión de primera instancia fue emitida por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Maicao a través de sentencia del veintinueve (29) de diciembre de dos mil catorce (2014), en donde le ordenó a Coomeva EPS dar respuesta escrita y de fondo del derecho de petición en donde se solicitó todos los procedimientos y medicamentos, sin embargo, no ordenó que se autorizaran los medicamentos y exámenes clínicos solicitados por el accionante, porque adujo que esto debería de solucionarse a través de la respuesta del derecho de petición.

Este caso, fue seleccionado para revisión constitucional por la Sala de Selección de Tutelas Número Tres de esta corporación, en donde el magistrado adoptó las medidas provisionales que consideró necesarias para proteger los derechos fundamentales del accionante y por ende ordenó que la EPS Coomeva le debía brindar una atención integral para la atención de sus patologías. El problema jurídico que se suscita es determinar si Coomeva EPS vulneró el derecho de petición del accionante por no responder el derecho de petición en donde se solicitaba las prestaciones prescritas por sus médicos tratantes, y si por esta conducta se comprometió el derecho fundamental a la salud del accionante.

En la Resolución 5261 de 1994 en su artículo 16 “se define las enfermedades catastróficas como aquellas que representan una alta complejidad técnica en su manejo, alto costo, baja ocurrencia y bajo costo-efectividad en su tratamiento”. En dicha resolución se caracterizó a la insuficiencia renal crónica como una enfermedad catastrófica o ruinosa. En este pronunciamiento, la Corte Constitucional muestra un panorama de obstáculos los cuales se ven enfrentados los pacientes que padecen esta enfermedad renal crónica para acceder a los servicios de salud:

“i) El retraso o la negativa a entregar las autorizaciones necesarias para que los pacientes de enfermedad renal crónica se sometan a un trasplante de riñón” (párr.106).

Existen muchas tutelas que han sido instauradas por pacientes de enfermedad renal crónica con la finalidad de que su EPS puedan brindarles sus tratamientos, medicamentos, procedimientos

que requieren para lograr restablecer su salud, inclusive en muchas ocasiones, los pacientes que están en etapa terminal la EPS suspenden sus tratamientos o no hay oportunidades para salir en la lista de candidatos de trasplante de riñón, en razón a las barreras administrativas a las que son sometidas.

“ii) El retraso o la negativa a autorizar los servicios, medicamentos, insumos y procedimientos que demanda la atención de la enfermedad renal crónica” (párr.115).

Existen muchos fallos que se han encargado de amparar el derecho fundamental a la salud, en algunos se ha ordenado que se practiquen todos los servicios que requiera el paciente, como pañales o medicamentos, pues estos insumos no suelen otorgarlo las EPS, sustentándose en que no se encuentran dentro del plan de beneficios.

“iii) La renuencia a cubrir los gastos de transporte del paciente hasta el lugar donde se realizan las terapias e intervenciones que requiere para el manejo de la enfermedad renal crónica” (párr.126).

Las personas que padecen insuficiencia renal crónica tienen muchas barreras para acceder al servicio de salud de manera oportuna, pues uno de los mayores obstáculos que tienen son por el medio de transporte, ya que estos pacientes necesitan realizar terapias de diálisis varias veces a la semana, pero no cuentan ni con el medio de transporte ni con capacidad económica para sufragarlo y las EPS no se lo garantizan. Estas barreras tienen un impacto mayor en las personas que residen en zonas como el chocó, putumayo y Amazonas, donde los centros clínicos especializados son casi nulos y no cuentan con políticas de protección para las personas que padecen estas enfermedades ruinosas.

“iv) La interrupción injustificada del tratamiento, por cuenta de un cambio en las condiciones de prestación del servicio: el traslado de IPS, por decisión de las empresas prestadoras” (párr.133).

En el caso que no se tenga convenio con la IPS elegida por el afiliado, es deber de su EPS de garantizar un tratamiento completo y oportuno, pues el paciente no puede soportar que por cuestiones administrativas su servicio no se brinde de manera adecuada y eficiente, ya que se está frente a una enfermedad muy grave que requiere que los servicios se presten con la mejor calidad. En el caso particular, como la EPS Coomeva no autorizó oportunamente las prestaciones que requería el accionante y al retrasar la autorización de los medicamentos y procedimientos ordenados por su retinólogo su vista empeoró, reflejando el incumplimiento de la Eps de todos los presupuestos legales y

jurisprudenciales mencionados anteriormente, por lo que la Corte decide revocar la sentencia proferida por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Maicao y ampara el derecho fundamental a la salud del peticionario.

Sentencia T-081 de 2016: el cáncer

En la Sentencia T-081 de 2016, se analiza el cáncer como enfermedad catastrófica basada en los siguientes hechos:

La señora Isabel Guevara Millán de 62 años de edad, padece cáncer de seno, no cuenta con capacidad económica y tiene a su cargo a dos menores de edad. El 15 de Julio de 2015, el médico tratante, le formuló unos medicamentos, sin embargo, la EPS-s Caprecom no autorizó ni entregó los medicamentos prescritos, lo único que hizo fue dilatar la prestación del servicio, por cual la accionante solicitó que sean protegidos sus derechos fundamentales a la salud y a la vida, y que se haga entrega de dichos medicamentos.

En primera instancia conoció el Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Bogotá, quien mediante providencia del 20 de agosto de 2015, negó las pretensiones, aduciendo que la señora Isabel Guevara Millán no anexó la orden médica de los medicamentos, además, manifestó que el médico tratante pertenece al Instituto Nacional de Cancerología, entidad con la cual Caprecom EPS-S no tiene ningún vínculo. Frente a esta decisión no se interpuso recurso alguno, sin embargo, si pasó a la Sala Cuarta de Revisión.

El problema jurídico que se suscita es determinar si Caprecom EPS-S vulneró los derechos fundamentales a la salud y a la vida de la señora Isabel Guevara Millán porque no autorizó los medicamentos que ella requería por su enfermedad catastrófica que padecía.

El tratamiento integral está regulado en el artículo 8 de la Ley 1751 de 2015 donde establece que “el servicio de salud debe incluir todos aquellos medicamentos, exámenes, procedimientos, intervenciones y terapias, entre otros, con miras a la recuperación e integración social del paciente, sin que medie obstáculo alguno independientemente de que se encuentren en el POS o no”. Igualmente, comprende un tratamiento sin fracciones. En el caso de las personas que padecen cáncer, la cual es una enfermedad catastrófica requiere

un tratamiento continuo que no puede sujetarse a dilaciones injustificadas ni prestarse de forma incompleta, se debe de tener en cuenta que las personas que padecen estas enfermedades no tienen la misma capacidad que tienen las demás para hacer valer sus derechos, por lo tanto, se les debe brindar un servicio eficiente desde el inicio de la enfermedad hasta llegar a la rehabilitación, ya que cuando los trámites son excesivos e injustificados generan que el tiempo de sufrimiento se extienda por las dolencias del paciente, generando en muchas ocasiones la muerte.

En el caso concreto, a pesar que no exista una orden médica, lo que en realidad importa y que no se debe de discutir es que la accionante padece cáncer, por tanto, tiene una enfermedad para la que es obligatorio ordenar un tratamiento integral. Por lo anterior, la Corte decide revocar el fallo proferido, el 20 de agosto de 2015, por el Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Bogotá y en su lugar se tuteló los derechos fundamentales salud y a la vida de la señora Isabel Guevara Millán.

En la sentencia T-020 del 2017, se indicó que la salud es un derecho fundamental que se define como “*la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser*” (párr.4).

De lo anterior, para materializar el derecho a la salud se debe brindar de manera integral el servicio de salud, en donde incluye un diagnóstico efectivo, que lleva consigo lo siguiente: “(i) una valoración oportuna sobre las dolencias que aquejan al paciente, (ii) la determinación de la enfermedad que padece y (iii) el establecimiento de un procedimiento médico específico a seguir para lograr el restablecimiento de su salud” (párr.8).

Conforme a lo anterior, el derecho a un diagnóstico efectivo se puede ver trasgredido cuando las EPS no permiten o se demoran en realizar el diagnóstico y la prescripción efectiva de un tratamiento para remediar una enfermedad, cuando esto sucede, la Corte ha dicho que el paciente está en la plena capacidad de exigir a la EPS y a su médico tratante emitir un diagnóstico y una prescripción de manera que permita iniciar un tratamiento médico encaminado a aliviar sus padecimientos.

En conclusión, el derecho fundamental a la salud, se debe prestar bajo el principio de integralidad, ya que la salud es la facultad del ser humano de tener una normalidad orgánica, funcional y mental, por eso es que se le debe de garantizar a las personas su salud en condiciones dignas, ya que es fundamental para el ejercicio de otros derechos fundamentales

Sentencia T-387 de 2018: el cáncer de lengua

En la Sentencia T-387 de 2018, se analiza el cáncer de lengua, catalogado como una enfermedad catastrófica, con base en los siguientes hechos:

La señora, Sor Adiola Sánchez Quintero, en calidad de agente oficiosa de su hermano Adalberto Antonio Sánchez Quintero, instauró acción de tutela contra Coomeva EPS (Medellín) en razón a que la entidad no ha suministrado de forma diligente la prestación de los servicios de salud de forma integral porque no existe una orden médica que lo fundamente. Frente a esto, la Corte Constitucional manifiesta que las personas que padecen enfermedades catastróficas o ruinosas, como el cáncer, tienen derecho a una protección reforzada por parte del Estado, la cual consiste en otorgarles un acceso sin barreras y un tratamiento integral oportuno, independiente de que se encuentren en el Plan Obligatorio de salud o no. Lo anterior permite entender que la integralidad no solo comprende el conjunto de medicamentos, exámenes, tratamiento y todo lo que requiera el paciente para restablecer su salud, sino que también la integralidad comprende la garantía de recibir servicios de apoyo social como en el área psicología, laboral, familiar y social. Además, el servicio de salud no debe de ir encaminado a solo superar las afecciones que perturban las condiciones físicas o mentales del paciente, sino también a sobrellevar la enfermedad garantizando su integridad personal, es decir, debe de estar dirigido a que su entorno sea tolerable y digno, puesto que para que se ampare el derecho fundamental a la salud no se necesita que el paciente este en una situación determinada que amenace su vida de forma grave, sino que simplemente que aquel se encuentre en condiciones indignas de existencia, como es que no puedan soportar intensos dolores.

Sentencia T-010 de 20: tumor benigno

En la Sentencia T-010 de 2019, se analiza el principio de integralidad a través del caso de la señora Sandra Liliana Villareal López, actuando en representación de su menor hija, Laura Daniela Abril Villareal, se instauró acción de tutela contra la NUEVA E.P.S por vulnerar sus derechos fundamentales a la salud, a la vida digna, a la igualdad, y la integridad física, pues esta entidad le negó a la menor una intervención quirúrgica de “resección de tumor benigno en el lóbulo de la oreja” derecha ordenada por el médico tratante, aduciendo que tenía una finalidad estética y no funcional. Frente a lo anterior, la Corte Constitucional ha expresado que el principio de integralidad está regulado entre otras en la Ley 1122 de 2007 y Ley 1751 de 2015, por vía jurisprudencial a través de la sentencia C-313 del 2014, se permitió que las exclusiones en el servicio de salud que establecidas en la ley estatutaria pueden ser autorizadas siempre que cumplan con los requisitos de exigidos para garantizar la integralidad en el servicio. Finalmente, el principio de integralidad obliga al Estado y a las entidades encargadas de brindar el servicio de salud, a garantizar la autorización completa de todos los procedimientos que requiera el paciente.

Sentencia T-062 del 2019: “nefropatía IgA Proliferativa Mesangial”, insuficiencia renal crónica

En la sentencia T-062 del 2019, se estudia el caso del señor Carlos Emilio Mosquera Cicero, quien fue diagnosticado con una enfermedad progresiva, catastrófica y terminal, denominada: “nefropatía IgA Proliferativa Mesangial”, Insuficiencia Renal Crónica”, el cual solicitaba a su EPS Establecimiento de Sanidad Militar 500018403182 –de la Fuerza Aérea– el traslado al Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo de la ciudad de Neiva para que le realizaran un trasplante de órganos, pues a pesar que ya había sido incluido en la lista de espera de donantes en la ciudad de Bogotá, el afiliado, consideraba que tenía mayor oportunidades para tener el trasplante en la ciudad Neiva, en razón a que el número de pacientes en espera en Bogotá son mayores que en Neiva, generando que la espera pueda incluso durar años. Asimismo, el Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo de la ciudad de Neiva, contaba con

todos los elementos para realizar el trasplante y tratar su patología de manera integral.

Sin embargo, la Eps negó esta solicitud argumentando que no tenía convenio con la mencionada IPS, a pesar que el afiliado pudo probar que la EPS si contaba con dicho convenio. Por lo anterior, el señor Mosquera Cicero presentó acción de tutela por la vulneración de sus derechos fundamentales a la salud, a la seguridad social, a la vida en condiciones dignas y a la igualdad por parte de la entidad en mención.

En primera instancia, el juzgado 1° Civil del Circuito de Neiva negó la acción de tutela aduciendo que así se realice el traslado a una regional diferente y se cambie de IPS, eso no le da seguridad de que se haga de inmediato el trasplante, además que, al estar inscrito en Bogotá, tiene más oportunidades de recibir el trasplante, pues se recibe donaciones de todo el país.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, Sala Tercera de Decisión Civil Familia Laboral, revocó la decisión de primera instancia, basándose en que los afiliados a las entidades administradoras de los servicios de salud pueden elegir las IPS donde se lleven a cabo los tratamientos que requiera, siempre que se encuentren en la red de servicios contratada.

Por lo anterior, la Corte Constitucional en sede de revisión, consideró que con base en el derecho a la salud el usuario puede elegir la IPS que brinde sus tratamientos, siempre que tenga convenio con la EPS a la cual está afiliado. En el caso de personas con enfermedades catastróficas que necesiten trasplante de órganos, pasa exactamente lo mismo, estas personas pueden trasladarse a la IPS que elijan, y que se encuentren dentro de la red de servicios de la EPS, pues el derecho a la libre escogencia facultad al afiliado que en caso que requiera una IPS que se encuentra en una regional diferente a la que se encuentra, pueda solicitar el traslado, con el fin de obtener protección de su derecho fundamental a la salud.

CONCLUSIÓN

El principio de integralidad se encuentra establecido en el artículo 2 de la Ley 100 de 1993 “como la cobertura de todas las contingencias

que afectan la salud, la capacidad económica y en general las condiciones de vida de toda la población”. A la luz de la Corte Constitucional este principio comprende el “suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes para el diagnóstico y el seguimiento, que inicia desde la prevención hasta llegar a la rehabilitación del paciente”. La aplicación del principio de integralidad es fundamental para las personas que padecen enfermedades catastróficas, pues cubre todas las áreas del bienestar humano.

En la actualidad, las personas que padecen dichas enfermedades se encuentran con muchas barreras para acceder al sistema de salud, debido a la falta de diagnóstico efectivo y la negación de medicamentos. La Corte Constitucional en reiteradas sentencias establece el principio de integralidad como parte fundamental para garantizar el derecho a la salud, no obstante, la solución no radica en que se tengan que acudir a la acción de tutela por cada servicio que se niega, el sistema general de seguridad social a través de sus órganos debe garantizar este principio, para que tenga mayor relevancia y aplicación en el sistema de salud.

Otro problema, es la falta de información al desconocer que la enfermedad es catalogada como catastrófica, en la mayoría de los casos las EPS aun conociendo este tipo de patologías, hacen caso omiso y los pacientes muchas veces no tienen acceso a los tratamientos porque son costosos, sin saber que por padecer este tipo de enfermedades están exentos de sufragar copagos, y tienen derecho a recibir una atención integral, en estos eventos es importante que las enfermedades consideradas como catastróficas tengan un mayor desarrollo, deben ser más específicas en el sentido de explicar sus tratamientos y las EPS deben conocer todo lo concerniente, para no trasgredir derechos fundamentales con las barreras que existen para acceder a la atención de la salud.

Finalmente, aunque la normatividad colombiana establece en el artículo 16 de la Resolución 5261 de 1994 la baja ocurrencia de las enfermedades catastróficas, lo cierto es que genera un impacto negativo en la salud; solo la materialización del principio de integralidad garantiza que aquellos que padecen enfermedades ruinosas gocen de una atención oportuna, eficiente y con calidad.

BIBLIOGRAFÍA

Arenas, G. (2008). *El derecho colombiano de la seguridad social*. Bogotá, Colombia: Legis

Garzón Landínez, T. (2014). El Plan Obligatorio de Salud en Colombia y su rol en el cumplimiento del Principio de Integralidad en Salud para las personas que padecen VIH. *Universidad Nacional de Colombia*, pp.1-64. <http://bdigital.unal.edu.co/11853/1/tarycuyanagarzonlandinez.2014.pdf>

Lopera, M. (2017). Utilización de servicios de salud por enfermedades catastróficas o de alto costo en Antioquia. *Revista Gerencia y Políticas de Salud*, Volumen 16, pp.120-137. <http://revistas.javeriana.edu.co/index.php/gerepolsal/article/view/19891>

Rocha, Buelvas, A. (2010). Antecedentes históricos de la seguridad social en salud: parte de la construcción de un país sin memoria. *Revista CES*, pp.67-70. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3705813>

Quintero Lyons, J. y Correa Solano, L. (2009). Enfermedades catastróficas en el sistema general de seguridad social en salud en Colombia. *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*. pp.10-27. <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:tQ77b6ezLWcJ:revistas.unicartagena.edu.co/index.php/marioalariodfilippo/article/view/190/150+&cd=6&hl=es-419&ct=clnk&gl=co>

Rincón et al.(2006). Atención psicosocial integral en enfermedad catastrófica (Atinar). *Revista Colombiana de Psiquiatría*, Volumen 35, pp.44-71. http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-74502006000500005

Burgin et al. (2014). Respuestas a las enfermedades catastróficas. <https://www.cippecc.org/wp-content/uploads/2017/03/1283.pdf>

Fuentes legales

Constitucional nacional, artículo 48 y 49.

Ley 90 de 1946.

Ley 10 de enero de 1990, artículo 4.

Ley 100 de 1993, artículo 2, 153, 156, 202 y 211.

Ley 972 DE 2005.

Ley 1151 de 2007.

Ley 1122 de 2007.

Ley 1751 de 2015, artículo 2, 8 y 15

Decreto 056 de 1975.

Decreto 1543 de 1997.

Resolución 5261 de 1994, artículo 16.

Resolución 3974 de 2009, artículo 1 y 2.

Resolución 5521 de 2013 artículo 126 y 137.

Jurisprudencia

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-894 De 2013 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio: diciembre 3 del 2013).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C- 313 de 2014 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo: mayo 29 de 2014).

Corte Constitucional De Colombia. Sentencia T-421 De 2015 (M.P. Myriam Ávila Roldán: julio 6 de 2015).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T- 081 de 2016 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo: febrero 23 de 2016).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-020 de 2017 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva: enero 20 del 2017).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-387 de 2018 (M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado: septiembre 21 del 2018).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-019 de 2019 (M.P. Cristina Pardo Schlesinger: enero 22 del 2019).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T- 062 de 2019 (M.P. Alberto Rojas Ríos: febrero 18 del 2020)

DE VUELTA A LO ESENCIAL: EL PROBLEMA DE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES¹

A RETURN TO THE ESSENTIALS: THE PROBLEM OF THE LEGAL NATURE OF COMMUNITY OF PROPERTY

*Dra. Romina Santillán Santa Cruz*²
Universidad de Zaragoza
ORCID: 0000-0003-1748-6062
rsantillan@unizar.es
España

Recibido: 30 de junio de 2020

Aceptado: 10 de julio de 2020

SUMARIO

- Introducción
- Aproximación general a las teorías sobre la naturaleza de la sociedad de gananciales
- Una vieja discusión en la doctrina y la jurisprudencia: entre las comunidades germánica y romana
- La solución al problema: entre la tesis de la copropiedad y la tesis del patrimonio autónomo
- A modo de conclusión
- Fuentes de información.

RESUMEN

En Derecho peruano aún sigue vigente la vieja discusión sobre la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales. La doctrina y la jurisprudencia han intentado unificar sus posiciones sin mucho éxito. En medio del entramado de tesis que han surgido para resolver el problema en cuestión, la discusión actual oscila básicamente entre dos concretas opciones: la tesis de la copropiedad y la tesis del patrimonio autónomo. El debate no es muy

pacífico ni tampoco meramente teórico. Urge, por ello, una solución adecuada al tema por los posibles conflictos que pueden generarse en la práctica, sobre todo ante la posibilidad de embargar y ejecutar bienes sociales para garantizar el pago de deudas personales contraídas por uno de los cónyuges. Por tales razones, este trabajo aborda cada una de las tesis mencionadas con una perspectiva crítica que se centra en sus principales características para identificar posteriormente la que más se adapte a la sociedad de gananciales del actual Código Civil peruano.

ABSTRACT

In Peruvian law, it is still in force the old discussion about the legal nature of the community of property. Doctrine and jurisprudence have tried to unify their positions without much success. Of all the theses that have emerged to solve the problem in question, the current discussion oscillates basically between two concrete options: the thesis of co-ownership and the thesis of autonomous assets. The debate is neither very peaceful nor merely theoretical. It is therefore necessary an appropriate solution to the issue, due to the potential conflicts that may arise in practice, particularly in view of the possibility of

1 Este trabajo ha sido realizado en el marco del Grupo Consolidado de Investigación del Gobierno de Aragón (España) *Ius Familiae*, IP. Carlos Martínez de Aguirre Aldaz. Forma parte de la investigación doctoral que ha llevado a cabo la autora en la Universidad de Zaragoza, cuyo título es «La legitimación de los cónyuges para disponer de los bienes comunes bajo régimen de sociedad de gananciales en el Derecho peruano. Estudio comparado con el Derecho español».

2 Investigadora contratada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza (España). Doctora en Derecho y Master en Especialización e Investigación en Derecho, con mención en Derecho de la Familia y de la Persona, por la Universidad de Zaragoza (España). Abogada por la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo (Perú). Correo institucional: rsantillan@unizar.es

attachment and execution of common property to ensure payment of personal debts incurred by one of the spouses. For these reasons, this work addresses each of the aforementioned theses with a critical perspective focusing on its main characteristics in order to identify the thesis that best suits the community of property of the current Peruvian Civil Code.

PALABRAS CLAVE

Sociedad de gananciales, bienes comunes, titularidad de los bienes comunes, tesis de la copropiedad, tesis del patrimonio autónomo, régimen de comunidad relativa.

KEYWORDS

Community of property, Common property, Ownership of common property, Thesis of co-ownership, Thesis of autonomous assets, Regime of relative community.

INTRODUCCIÓN

Uno de los temas más controvertidos en el Derecho de Familia ha sido desde siempre el de la naturaleza jurídica de la legalmente denominada sociedad de gananciales. Lo que de base suele discutirse es si esta comunidad de bienes se ajusta al modelo de una comunidad de tipo germánico, o si concuerda más bien con el modelo de la llamada comunidad romana —comunidades cuyas características se detallan más adelante—. No obstante, como se verá, no solo estas tesis han discutido el tema en cuestión. Existen otras muchas, como la teoría del patrimonio autónomo, que es la que más fuerza ha cobrado en el terreno doctrinal peruano.

El objeto que motiva el estudio de la naturaleza de la sociedad de gananciales tiene una clara dimensión práctica orientada a resolver cuestiones a las que la ley no dispensa una expresa solución. Este objeto, sin embargo, puede carecer de relevancia en aquellos órdenes jurídicos³ en los que se considere que la regulación vigente de este régimen económico

ya es en términos generales autosuficiente. Mas no sucede así en Perú, donde la vieja discusión sobre la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales aún se mantiene muy presente, pues la doctrina y la jurisprudencia nacionales han intentado unificar sus posiciones sin mucho éxito.

En la actualidad, el asunto se pone de relieve por el carácter transversal del que goza la materia económico matrimonial, pues al tener el matrimonio un contenido económico, este no se ciñe únicamente al ámbito familiar patrimonial, sino que trasciende a otras esferas como la contractual, concursal, bancaria, etc. De ahí que, en el caso peruano, la problemática se centre especialmente en el ámbito concursal, discutiéndose la posible embargabilidad de la parte ganancial que correspondería al cónyuge deudor para el pago de los créditos a sus acreedores, surgidos como consecuencia de una deuda personal⁴.

Para dar solución a dicha problemática, la doctrina apunta que el análisis desemboca en dos puntos concretos: el primero, la necesidad de determinar el carácter que corresponde al patrimonio común formado a causa de la vigencia de la sociedad de gananciales; y, el segundo, la necesidad de delimitar el tipo y alcance de la titularidad que tienen los cónyuges sobre los bienes que integran dicho patrimonio (Castro Pérez Treviño, 2010, pp. 115). Estos aspectos, según debemos entender, permitirán resolver la cuestión concerniente a la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales y, esto a su vez, encauzar en forma adecuada todos aquellos asuntos directamente involucrados con esta materia —uno de estos es, precisamente, el que acaba de destacarse en el párrafo anterior—.

Urge, por ello, una solución razonada al problema planteado debido a los posibles conflictos que pueden generarse en la práctica, sobre todo ante la posibilidad de embargar y ejecutar bienes sociales para garantizar el pago de deudas personales contraídas por uno de los cónyuges, cuando tales bienes, de acuerdo con la teoría más predominante, serían en su conjunto de titularidad de ambos cónyuges y conformarían un patrimonio que es

3 Como el español, donde las reglas supletorias a aplicarse resultan claras y de aparecer lagunas legales, siempre será posible acudir al recurso de la analogía para aplicar preceptos relativos a la copropiedad, que acrediten semejanza suficiente, en los casos no solucionados por las reglas del régimen de gananciales (Martínez de Aguirre, 2016, pp. 251-252).

4 Dicha cuestión también la aborda Castro Pérez Treviño (2010, pp. 115-117). Similar planteamiento desarrolla Jiménez Vargas-Machuca (2007, p. 197).

indivisible⁵. Razones por las que es necesario analizar cada una de las tesis mencionadas con una perspectiva crítica que se centre en sus principales características en orden a identificar posteriormente la que más se adapte a la sociedad de gananciales del actual Código Civil peruano.

Para alcanzar dicho propósito, se hace en este trabajo una aproximación general a las diversas teorías que han surgido para resolver el problema de la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales. Con base en ello, se desarrolla luego esa vieja discusión mantenida por la doctrina y la jurisprudencia nacionales sobre el tema en cuestión y que, inicialmente, estuvo centrada en torno a las tesis de las comunidades germánica y romana. Tras esta exposición, se propone una solución al problema que discurre entre la tesis de la copropiedad y la tesis del patrimonio autónomo, pues estas son las opciones entre las que oscila básicamente la discusión actual.

APROXIMACIÓN GENERAL A LAS TEORÍAS SOBRE LA NATURALEZA DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES

Con una visión clásica y muy general, Vaz Ferreira (1979) apunta que son seis las principales teorías que han tratado de explicar la naturaleza del régimen de gananciales: i) teoría de la comunidad bajo potestad marital⁶; ii) teoría de la sociedad civil; iii)

teoría de la personalidad jurídica; iv) teoría de la comunidad de bienes romana; v) teoría de la comunidad de bienes alemana o de la *gesammtehand* —conocida como comunidad en mano común—; y, finalmente, vi) teoría del patrimonio autónomo (pp. 217-240). Muchas de estas teorías se han centrado en aspectos muy específicos del régimen, sin abordarlo en toda su complejidad (Jiménez Vargas-Machuca, 2007, p. 195).

De entrada, es posible descartar las tres primeras teorías. Tales carecen de aplicación porque no conciben con el espectro regulador de las disposiciones contenidas en el Código civil peruano (en adelante, CC), aun cuando, como se verá luego, la jurisprudencia nacional —tanto judicial como registral— alguna vez haya fundamentado sus decisiones, por ejemplo, en una titularidad de derechos y acciones a favor de cada cónyuge como si se tratara de una verdadera sociedad civil⁷, en la que los cónyuges adquirirían la condición de socios aportantes, y con una entidad jurídica distinta a la de estos últimos⁸. Por esta razón, merecen más atención las tres últimas teorías, aunque no faltará quien piense que la teoría del patrimonio autónomo no sería sino una réplica readaptada de la teoría de la comunidad germánica.

Sin duda, la posición más predominante en la doctrina peruana se decanta por la tesis del patrimonio autónomo, como se tendrá oportunidad de sustentar más adelante. Y esta es precisamente la tesis a que me adhiero,

5 En doctrina comparada, Lacruz (1963) advierte que los cónyuges son los sujetos de una situación unitaria de cotitularidad sobre el patrimonio común y que esta situación de cotitular no es la simple suma de una serie de cotitularidades independientes ni es una simple parte alicuota de la situación de un titular único, sino una situación autónoma, coherente y compleja (pp. 485-486). En doctrina peruana, parecidamente, Barchi Velaochaga (2001) afirma que los cónyuges son titulares del patrimonio común, pero a la vez ninguno de ellos tiene derecho a una cuota que pueda ser objeto de enajenación, ni puede dar lugar a la acción de división (p. 18).

6 *Id.* el contenido de esta tesis —cuya primera idea ya se desprende de su propio nombre— en Varsi Rospigliosi (2012, p. 148). No obstante, no está de más indicar que la tesis de la potestad marital si tenía sentido durante la vigencia del CC peruano de 1852, pues en este el régimen de comunidad de bienes estaba legalmente configurado bajo los criterios de supremacía del marido y de subordinación de la mujer. El CC 1852 implantó un régimen de comunidad único, forzoso e insustituible, denominado «sociedad conyugal», en el que los bienes aportados por ambos cónyuges debían ser administrados por el marido, salvo que se tratara de bienes parafernales (*vid.* artículo 181 CC 1852), aunque al respecto también había excepciones (*vid.* artículo 1036 CC 1852). En el marco de esta regulación, el marido tenía, además, plena libertad de disposición sobre los bienes comunes, mas no así a la mujer.

7 En esta instancia resulta oportuno el análisis que hace Aguilar Llanos (2008) para desvirtuar que la sociedad de gananciales tenga la naturaleza de una sociedad civil: “En efecto, mediante el contrato de sociedad se crea una persona jurídica independiente de los socios, la sociedad de gananciales no tiene personalidad jurídica propia independiente de los cónyuges que la integran; para ingresar a una sociedad se requiere de una aportación de cada uno de los socios, lo que no necesariamente sucede en la sociedad de gananciales, en el cual (*sic*) pueden aportar bienes uno solo de los cónyuges; el contrato de sociedad persigue un fin económico, mientras que la sociedad conyugal principalmente tiene por objeto solventar la economía del hogar; las aportaciones que se hacen a una sociedad pasan a ser de propiedad de la misma, por eso quien las otorga deja de ser propietario, lo que no ocurre con la sociedad de gananciales, tratándose de lo que se conoce como bienes propios, además la sociedad de gananciales no tiene el elemento característico en la persona jurídica, esto es el ánimo societatis” (pp. 145-146).

8 He de adelantar que, en las páginas que siguen, volveremos una y otra vez sobre la tesis de la personalidad jurídica de la sociedad de gananciales, por cuanto la jurisprudencia ha tendido en diversas ocasiones a identificar y destacar la existencia de esta personalidad en el seno de la regulación peruana.

aunque considero que requiere de algunas matizaciones para su cabal ajustamiento al estatuto del régimen de gananciales vigente en el CC. Pero antes de dar paso a esta teoría del patrimonio autónomo, es preciso aclarar algunos aspectos de dicho régimen, y en otros casos, descartarlos, para encauzar adecuadamente su estudio.

Las teorías que consideran a la sociedad de gananciales como una persona jurídica ya han sido suficientemente desvirtuadas. En doctrina comparada, Borda (2008) decía que para explicar el régimen de la comunidad conyugal, desde ninguna perspectiva era necesaria la introducción de una personalidad jurídica injertada como ente extraño entre marido y mujer⁹ (pp. 240 y ss.). Por su parte, en similar sentido, Díez-Picazo y Gullón (2003) sostenían que:

[...] el patrimonio ganancial está colocado bajo una titularidad que no la ostenta una personalidad distinta de la de cada uno de los cónyuges, pues la sociedad de gananciales no es una persona jurídica como puede serlo la sociedad respecto de los socios. (p. 162).

Hoy la perspectiva de estudio ha cambiado. Para Avendaño Valdez (1992), la propuesta doctrinal que más se aproxima a la realidad del régimen peruano de sociedad de gananciales es la teoría germánica del patrimonio en mano común, donde no existen partes alícuotas, como sí en la copropiedad¹⁰ (p. 254). Debido a la existencia de este patrimonio en mano común —término que da origen al concepto de mancomunidad—, afirma el citado autor, cada cónyuge participa en función del todo (pp. 254 y ss.).

9 Y para ilustrar el tema, el autor hacía uso de este caso: "Tomemos como ejemplo un contrato de trabajo celebrado por cualquiera de los cónyuges. Como el salario es un bien ganancial, habrá que reconocer que quien ha contratado no es el trabajador, sino la sociedad-persona jurídica; que es ésta la acreedora del sueldo, la que se jubila o se agremia. Todo ello envuelve una lamentable confusión de ideas. La verdad real y jurídica es que el que contrata, trabaja, vende, compra, está en juicio, es el cónyuge, sea marido o mujer (...)" (Borda, 2008, p. 240).

10 En doctrina comparada, Díez-Picazo y Gullón (2003) han apuntado que la sociedad de gananciales se aproxima más al patrón ideal de comunidad germánica y no al de comunidad romana, caracterizado por la existencia de cuotas y derechos sobre el patrimonio común (pp. 162-163). Sobre este aspecto, los autores añaden que a la sociedad de gananciales se suele asignar más un origen germánico, siendo esta una hipótesis admisible, por cuanto las formas de comunidad entre cónyuges no fueron conocidas en el Derecho romano (pp. 162-163).

En términos semejantes, Aguilar Llanos (2008) señala que en el CC la sociedad de gananciales es un verdadero régimen de comunidad de bienes, que recae sobre un patrimonio en el que no se pueden identificar titularidades concretas, pues estas solo se reconocerán cuando la comunidad se extinga; no debiendo confundirse a este régimen con el de copropiedad de bienes (pp. 146-147).

Hasta aquí, una primera valoración de los intereses en juego direcciona el asunto de la naturaleza de la sociedad de gananciales a la tesis de la comunidad germánica. Y así lo afirma también Espinoza Espinoza (2011) cuando dice que "[s]e observa cierta semejanza entre el régimen de la sociedad de gananciales con aquella figura de la propiedad en mano común" (p. 1067).

La doctrina española —a la que cabe remitirnos por las similitudes existentes entre los Derechos español y peruano en lo concerniente a la regulación del régimen de gananciales—, por el contrario, es casi unánime al considerar a la sociedad de gananciales como un régimen comunitario, que comporta siempre la formación de un patrimonio común o ganancial¹¹ (Peña Bernaldo de Quirós, 1989, pp. 211-220; De los Mozos, 1999, pp. 99-100; Solé Resina, 2005, pp. 225-226; y, Martínez de Aguirre, 2016, pp. 252-253)¹². Es considerada como una verdadera comunidad, aunque el Código civil español (en adelante, CC esp.) la presente a nivel normativo como una sociedad, siendo su carácter comunitario el que hace que

11 En Derecho español, se denomina bienes gananciales a aquellos que en Derecho peruano reciben el nombre de bienes sociales, es decir, los bienes comunes de los cónyuges en vigencia de la sociedad de gananciales; una diferenciación terminológica que cabe advertir para evitar confusiones en el lector. Desde esta óptica, se puede encontrar en la doctrina española que "es característica de la sociedad de gananciales la existencia de tres masas patrimoniales (o patrimonios) diferentes: el común de ambos cónyuges, formado por los bienes gananciales, y los privativos de cada uno de los cónyuges, formados por sus respectivos bienes privativos" (Martínez de Aguirre, 2016, p. 251). En el mismo sentido, véase el artículo 1.347 CC esp. donde aparecen enumerados los bienes gananciales y se recoge expresamente esta nomenclatura legal para denominarlos.

12 En posición contraria a estos autores, un minoritario sector sostiene que la tesis de la comunidad germánica es insuficiente para representar al régimen de gananciales del Derecho español común, porque —según defienden— no se debería negar tan rotundamente la existencia de cuotas en la sociedad de gananciales. Como consecuencia de esto, tal sector doctrinal prefiere la tesis societaria como la más adecuada para explicar el funcionamiento del régimen económico de la sociedad de gananciales en su conjunto (Gutiérrez Barrenegoa, 2002a, pp. 172-178).

una serie de bienes se reputen comunes y que la distribución de las ganancias se difiera a la extinción del régimen. La comunidad de bienes que funda este régimen patrimonial se distingue de la comunidad romana o por cuotas, así como de la sociedad civil. Incluso, se respalda la idea de una comunidad *sui generis*, de acuerdo con el modelo de la comunidad germánica o en mano común¹³.

Martínez de Aguirre (2016) resalta que, dado el diseño legal del régimen de gananciales en el CC esp., este encaja mejor con el conjunto de características que sirven para identificar la comunidad germánica. Así, el derecho de cada cónyuge se despliega sobre el conjunto de bienes integrantes de la masa ganancial y no sobre cada uno de tales bienes, las participaciones que cada cónyuge tiene en esa masa patrimonial no son transmisibles, y no existe una acción de división autónoma (p. 253).

A estas notas es preciso sumar las perfiladas por De los Mozos (1999) para caracterizar a la sociedad de gananciales: i) es una comunidad que surge en un régimen económico matrimonial y la condición de comunero no es separable de la de cónyuge, siendo inalienable; ii) recae sobre una concreta masa patrimonial y no sobre cada uno de los bienes singulares que la componen; iii) como surge en el ámbito de una comunidad familiar más amplia, la sociedad recibe atribuciones y cargas que no podrían encontrarse en otro tipo de comunidad, lo que permite entender las peculiaridades del régimen en cuanto a la atribución y titularidad de los bienes, así como las reglas para su administración y disposición (pp. 99-100).

La función de este breve desarrollo de la materia, como bien se habrá podido advertir, ha sido mostrar desde una perspectiva muy general las diversas teorías que han intentado dar respuesta al problema de la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales. Esto, como es comprensible, nos permitirá afrontar, a continuación, la cuestión relativa a la naturaleza de la sociedad de gananciales en el contexto peruano. Por ello, vamos a descender seguidamente a un análisis más específico y abocado estrictamente al objeto propuesto en

este trabajo. Y empezaremos por abordar el asunto desde la perspectiva en que lo hacen la doctrina y la jurisprudencia nacionales, sin entrar, por ahora, en la discusión más central.

UNA VIEJA DISCUSIÓN EN LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA: ENTRE LAS COMUNIDADES GERMÁNICA Y ROMANA

Como vamos a ver ahora, sin perjuicio de lo que antes haya podido adelantarse, la doctrina y la jurisprudencia peruanas, tradicionalmente, han centrado la discusión referida a la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales entre dos concretas opciones: la comunidad germana — que defiende la existencia de un patrimonio autónomo—, por un lado, y la comunidad romana —que se asienta en la copropiedad—, por otro.

En la doctrina peruana, Barchi Velaochaga (2001) respalda la idea de que la sociedad de gananciales tiene la naturaleza de una comunidad germana, por cuanto en ella se constituye un patrimonio separado, que contiene a los bienes comunes, distinto del patrimonio propio de cada uno de los cónyuges, integrado por sus respectivos bienes propios. Precisa que el régimen encaja perfectamente en este modelo porque marido y mujer son titulares del patrimonio común, pero a la vez ninguno de ellos tiene derecho a una cuota que pueda ser objeto de enajenación, ni puede dar lugar a la acción de división (p. 18).

Alguna jurisprudencia de la Corte Suprema incluso ha estado fundamentada en la tesis de la comunidad de bienes germánica, como puede verse:

Los bienes sociales pese a poder ser afectados por medidas cautelares, embargo u otro tipo de gravámenes, no pueden ser materia de remate hasta que la Sociedad de Gananciales haya fenecido o haya sido liquidada (...). **Los cónyuges no ostentan cuotas, el conjunto de bienes comunes les corresponde en mano común**, no existe la facultad de pedir la partición, las facultades de gestión tienen una regulación específica y las de disposición son esencialmente conjuntas **dándose las características de la llamada “comunidad germánica”**¹⁴ [el énfasis es propio].

¹³ Lo mismo acoge el Tribunal Supremo español en varias de sus sentencias más emblemáticas: STS 26 septiembre 1988 (RJ 1988\6859), 1 septiembre 2000 (RJ 2000\6479) y 10 junio 2004 (RJ 2004\3823).

¹⁴ Sentencia recaída en el Exp. 122-05-Lima, 14 junio 2005, citada por Mejorada Chauca (2002, p. 115).

Varios detalles expuestos hacen advertir, como antes se anticipaba, que la sociedad de gananciales del sistema peruano guarda similitudes reseñables con la sociedad de gananciales del sistema español, en lo que respecta a esos elementos legales que configuran los aspectos más esenciales de este régimen matrimonial. En ese estado de las cosas, bien podría pensarse que la tesis que mejor se ajusta a la cuestión planteada es la de la comunidad germánica, pues pueden identificarse muchas de sus notas en la actual regulación peruana del régimen de gananciales¹⁵. Sin embargo, pese a ello, esta no es la posición que hoy respaldan la doctrina y la jurisprudencia mayoritarias, que más adelante se mencionan.

Con el objeto de marcar distancia entre el modelo peruano de sociedad de gananciales y la tesis de la comunidad germánica, Varsi Rospigliosi (2012) apunta que la doctrina ha sido bastante imprecisa al trazar los rasgos que caracterizan a la comunidad de bienes en la teoría alemana. En su opinión, las notas que se pueden extraer de esta tesis son: i) la formación de un patrimonio común; ii) un patrimonio autónomo afectado a un objeto determinado; iii) los condóminos carecen de acción de división; y, iv) es una posición intermedia entre el derecho real de copropiedad y la personalidad jurídica (p. 150). Considera que esta tesis no es la que mejor representa a la sociedad de gananciales del CC, aun cuando la jurisprudencia peruana en alguna ocasión haya podido referirse a ella (Varsi Rospigliosi, 2012, p. 150).

En lo que concierne a este último dato, puede verse que, en efecto, la Corte Suprema ha llegado a argumentar una de sus decisiones más conocidas en la existencia de un patrimonio autónomo, haciendo la salvedad de que no existe respecto de este una copropiedad, pero lo ha hecho sin alejarse de la tesis de la personalidad jurídica de la sociedad de gananciales:

Los bienes sociales son de propiedad de la sociedad de gananciales, constituyendo un patrimonio autónomo distinto al patrimonio de cada cónyuge, y por lo tanto no está sujeto a un régimen de copropiedad, es decir, **los**

cónyuges no son propietarios de alcuotas respecto a los bienes sociales, por ello es que **cuando se ejercita un acto de administración o de disposición de un bien social quien lo ejercita es la sociedad de gananciales** e igualmente cuando acontece la liquidación de la sociedad de gananciales **quien transfiere las ganancias a cada cónyuge es dicha sociedad** y no se trata de una mutua transferencia de derechos entre cónyuges (...) ¹⁶ [el énfasis es propio].

Pero esta línea jurisprudencial, que no es la única —pues hay muchas, y con esto se dilata aún más la confusión y el debate—, no es aquella por la que apuesta la doctrina peruana más generalizada. La sentencia antes vista vuelve tras los pasos de la teoría de la personalidad jurídica cuando pretende explicar las notas esenciales de la sociedad de gananciales, y toda vez que esta teoría no concuerda con las disposiciones contenidas en el CC, la jurisprudencia ha cambiado continuamente de criterio, como inmediatamente se pondrá de manifiesto.

Arata Solís (1998) se suma a este debate señalando que la naturaleza del régimen peruano de sociedad de gananciales vacila en todo caso entre dos claras posiciones: la primera, que considera la existencia de una copropiedad especial cuyos caracteres radicarían en la indivisión —que sería esa ausencia de posibilidad para ejercitar el derecho de partición— y en la afectación a la que estarían sometidos los bienes a favor de ciertas cargas o deudas; y, la segunda, que sostiene la existencia de un patrimonio autónomo, distinto del privativo de cada cónyuge, que integra un conjunto determinado de bienes, cargas y deudas (p. 203).

La discusión se ha direccionado, por consiguiente, a estas dos concretas tesis: la de la copropiedad —que responde fielmente al modelo de la comunidad romana— y la del patrimonio autónomo en sentido estricto —que no se identifica plenamente con la de la comunidad germánica—, como seguidamente tendremos ocasión de analizar.

¹⁵ Esto también es sostenido por Jiménez Vargas-Machuca (2007), quien considera que la tesis que más se acerca a la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales es la teoría alemana del patrimonio en mano común (p. 195).

¹⁶ Cas. N° 1895-1998-Cajamarca, 6 mayo 1999, publicada en *El Peruano*, 22 julio 1999, pp. 3103-3104.

LA SOLUCIÓN AL PROBLEMA: ENTRE LA TESIS DE LA COPROPIEDAD Y LA TESIS DEL PATRIMONIO AUTÓNOMO

Queda claro que, en el caso peruano, la solución al problema oscila básicamente entre las tesis de la copropiedad y la del patrimonio autónomo. Por ello, a continuación, con la intención de dar una respuesta adecuada a esa clásica interrogante sobre la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales, se desarrollan y confrontan, con una amplia perspectiva crítica, ambas tesis.

La tesis de la copropiedad. La doctrina académica actual no respalda esta tesis. Es más bien especialmente recogida a nivel jurisprudencial —en líneas posteriores se hace expresa alusión a la decisión judicial que defiende esta teoría—. Conforme a esta tesis, durante la vigencia de la sociedad de gananciales ambos cónyuges ostentan la titularidad del activo social, pero su condición de titulares recae sobre cuotas ideales de esta masa de bienes. Los cónyuges tienen los atributos que cualesquiera copropietarios poseen en la regulación peruana¹⁷.

Aquel sector de la judicatura que defiende esta tesis pretende equiparar la sociedad de gananciales al régimen de copropiedad para posibilitar la inscripción de una medida cautelar de embargo hasta el cincuenta por ciento (50%) del patrimonio social y así poder proteger al acreedor (Castro Pérez Treviño, 2010), pero conservando el remate hasta el fenecimiento de la sociedad de gananciales. La defensa de la sociedad de gananciales como régimen de copropiedad está especialmente pensada para la protección de los acreedores de uno de los cónyuges que conforma la sociedad conyugal, siendo el embargo de una parte del patrimonio social la medida elegida para garantizar los créditos, aunque esto suponga afectar la esencia de ese patrimonio social que surge como efecto directo de la vigencia del régimen de gananciales y cuya específica función es el sostenimiento del hogar familiar (Castro Pérez Treviño, 2010).

En tales términos se ha pronunciado precisamente alguna jurisprudencia, que aboga a favor del embargo de los derechos y acciones que han de corresponder al cónyuge deudor al liquidarse el régimen de gananciales:

Los derechos que el deudor casado tenga en los bienes sociales con su cónyuge, también forman parte de su patrimonio, y no hay norma legal que impida que sean embargados en garantía de una obligación, para cautelar las acreencias sobre los derechos que el deudor tendrá al liquidarse la Sociedad de Gananciales. No hay embargo respecto a los derechos y acciones que le corresponden al cónyuge actor y se mantiene dicha medida sobre los que corresponden al cónyuge deudor, procediéndose a su ejecución cuando fenezca la Sociedad de Gananciales¹⁸ [el énfasis es propio].

La tesis del patrimonio autónomo. Como se adelantó, esta es la tesis defendida por la doctrina peruana más generalizada (Aguilar Llanos, 2008, pp. 146-147; Castro Pérez Treviño, 2010, pp. 115-117; y, Varsi Rospigliosi, 2012, pp. 148-152). Según esta tesis, con ocasión de la vigencia de la sociedad de gananciales se forma un patrimonio común que, siendo de titularidad de ambos cónyuges, no puede dividirse en partes alícuotas. Esto hace que los cónyuges posean, respecto de tal patrimonio indivisible o autónomo, unos especiales atributos —considerados *sui generis*— que se diferencian de aquellos que emanan de una titularidad regida por normas de la propiedad ordinaria, donde el sujeto titular tiene plena libertad para ejercer los atributos inherentes a su propiedad y sus bienes constituyen garantía genérica para el cumplimiento de las obligaciones que eventualmente pudiera asumir (Castro Pérez Treviño, 2010).

De acuerdo con la teoría en mención, el activo del patrimonio autónomo está integrado por todos los bienes que hubiesen adquirido onerosamente los cónyuges durante el matrimonio y que tengan legalmente la condición de bienes sociales. Se trata de bienes que, por disposición legal, deben responder a los intereses comunes de la familia. La titularidad de estos bienes adquiere así mismo un carácter *sui generis*. El pasivo, por su parte, va a estar integrado por determinadas deudas que fueran contraídas por los esposos durante el matrimonio, y que son caracterizadas

17 Dentro del Libro V del CC, de los «Derechos reales», el artículo 969 regula la «noción de copropiedad» en los siguientes términos: «Hay copropiedad cuando un bien pertenece por cuotas ideales a dos o más personas». Otras normas sobre esta materia están en los artículos 970 al 993 CC.

18 Cas. N° 829-2001-Ica, publicado en *El Peruano*, 2 diciembre 2003.

legalmente como deudas sociales. En vigencia de la sociedad de gananciales, este conjunto de bienes y obligaciones no integran el patrimonio ordinario de cada uno de los cónyuges, ni responden por las obligaciones que asuma cada cónyuge, salvo cuando se acredite que las deudas que se contrajeron antes de la vigencia del régimen fueron en beneficio del futuro hogar¹⁹. En este caso, el patrimonio común responderá a falta de bienes del cónyuge deudor.

Bajo esta idea se concibe, entonces, una titularidad *sui generis* de los cónyuges respecto de aquellos bienes que componen el patrimonio común: los bienes sociales. En lo que respecta a su alcance, esta titularidad comportaría —a decir de la doctrina (Castro Pérez Treviño, 2010, p. 115)— una “expectativa de derechos”, pues no hay partes o alícuotas de cada cónyuge sobre el patrimonio denominado autónomo. Se considera, además, que tales derechos no se concretarán sino hasta cuando aparezca una “masa partible” a causa del fenecimiento o liquidación de la sociedad de gananciales, pues se trata de un régimen de comunidad (Castro Pérez Treviño, 2010, p. 115).

La jurisprudencia nacional, sin dejar de calificar a la sociedad de gananciales como una comunidad de bienes, validó la tesis del patrimonio autónomo en los siguientes términos:

La Sociedad de Gananciales está constituida por bienes sociales y por bienes propios y constituye una forma de comunidad de bienes y no una copropiedad, comunidad que recae sobre un patrimonio. A ella queda sujeto un conjunto de derechos y obligaciones. Por tanto, ella rige tanto para el activo como para el pasivo patrimonial (...). **La Sociedad de Gananciales constituye un patrimonio autónomo que no está dividido en partes alícuotas**, y que es distinto del patrimonio de cada cónyuge que la integra²⁰.

En otra de sus sentencias, la Corte Suprema reiteró su posición en defensa de la existencia del patrimonio social como patrimonio autónomo:

19 *Vid.* artículo 307 CC: «Las deudas de cada cónyuge anteriores a la vigencia del régimen de gananciales son pagadas con sus bienes propios, a menos que hayan sido contraídas en beneficio del futuro hogar, en cuyo caso se pagan con bienes sociales a falta de bienes propios del deudor».

20 Cas. N° 2421-2002-La Libertad, 9 enero 2003, citada por Castro Pérez Treviño (2010, p. 115).

La Sociedad de Gananciales (...) constituye una forma de comunidad de bienes y no una copropiedad, comunidad que recae sobre un patrimonio. (...). La copropiedad, en cambio, recae sobre bienes singulares. La primera es, si se quiere, a título universal, la segunda a título particular. En consecuencia, **la Sociedad de Gananciales constituye un patrimonio autónomo que no está dividido en partes alícuotas**, y que es distinto al patrimonio de cada cónyuge que la integra, de forma tal que tanto para realizar actos de administración como de disposición que recaigan sobre bienes sociales será necesaria la voluntad coincidente de ambos cónyuges, (...), puesto que la voluntad coincidente de ambos cónyuges constituye la voluntad de la Sociedad de Gananciales²¹.

En la tesis del patrimonio autónomo, el embargo de bienes sociales por deudas personales de uno de los cónyuges no puede ser amparado. Vigente la sociedad de gananciales, los bienes que integran el patrimonio común son autónomos y en consecuencia indivisibles, no pudiendo adjudicarse a cada cónyuge un porcentaje de propiedad sobre ellos. La medida cautelar de embargo, en este orden de ideas, sencillamente no puede trabarse.

En defensa de lo expuesto, observa Castro Pérez Treviño (2010) que:

mientras subsista la Sociedad de Gananciales, **el derecho de propiedad ordinaria que poseen los cónyuges es meramente virtual** y solo se actualiza o concreta al fenecer la sociedad legal y, mientras tal cosa no ocurra se trata solo de una **expectativa de derecho**, por lo que no es válido ni la inscripción de una medida cautelar de embargo, ni el embargo de los mismos por deudas de uno de los cónyuges, salvo de que se trate de deudas de cada cónyuge contraídas antes de la vigencia del régimen de gananciales en beneficio del futuro hogar. (p. 117) [el énfasis es propio].

Esta fundamentación acerca de la existencia de una mera propiedad virtual y no actual sobre los bienes que componen el patrimonio social, es decir, los bienes sociales o comunes, a la que la autora antes citada hace referencia, cuenta también con respaldo jurisprudencial:

La propiedad de los bienes sociales, no es actual sino virtual y solo se concretiza, fenecida que sea la sociedad conyugal, previa

21 Cas. N° 3109-98-Cusco-Madre de Dios, 28 mayo 1999, publicada en la SCEP de 27 de septiembre de 1999, pp. 3582-3583.

liquidación. Por ello, no es posible asignar — por ahora— porcentaje alguno de propiedad, respecto de los bienes sociales, a cada cónyuge, pues este se asignará solo cuando hayan quedado establecidas las gananciales.²² [el énfasis es propio].

Estoy de acuerdo con que, durante la vigencia de la sociedad de gananciales, no es posible asignar a los cónyuges un porcentaje sobre los bienes que integran el patrimonio social, y también con que no deben embargarse dichos bienes por las deudas estrictamente personales de los cónyuges. No obstante, me parece que hay que matizar la doctrina jurisprudencial acuñada a este respecto, pues la propiedad de los bienes sociales sí es actual y no virtual, como se ha querido sostener. Sí que es cierto que no se puede hablar de la propiedad de un cincuenta por ciento (50%) de los bienes sociales, pues ambos cónyuges son titulares del patrimonio social en su integridad²³: hay un derecho real, y no meramente virtual, sobre el conjunto de dichos bienes. En todo caso, de lo que se tiene una expectativa o mera propiedad virtual es de cada uno de los concretos bienes gananciales, que no existen sino hasta la liquidación de la sociedad²⁴.

Durante la vigencia del régimen de comunidad, lo que es meramente virtual es el derecho de propiedad de los cónyuges sobre los concretos bienes gananciales, siendo por ello que,

22 Sentencia recaída en el Exp. N° 1144-98-Lima, 16 junio 1998, citada por Torres Vásquez (2008, p. 109).

23 En la doctrina española, es interesante lo que sobre este aspecto en particular precisa Martínez de Aguirre (2016, p. 250).

24 El artículo 323 CC dice que «*son gananciales los bienes remanentes después de efectuados los actos indicados en el Artículo 322. Los gananciales se dividen por mitad entre ambos cónyuges o sus respectivos herederos*». Según este precepto, antes de dividir los bienes comunes se debe proceder a la liquidación del régimen, que es la que produce la aparición de los bienes gananciales y cuyas reglas específicas están previstas en el artículo 322 CC. De acuerdo con este último artículo, la liquidación incluye la realización de un inventario, el pago de las obligaciones y las cargas sociales, los reintegros y reembolsos que procedieran entre patrimonios, así como la devolución de sus bienes propios a cada cónyuge. **Únicamente** después de la liquidación es posible conocer si queda remanente alguno que repartir, y de haberlo, podrá tener lugar la división establecida en el artículo 323 CC. La liquidación se configura, entonces, como ese procedimiento necesario para determinar si hay o no gananciales. En la doctrina, Plácido Vilcachagua (2007) sostiene que es el artículo 323 CC el que determina la condición que corresponde al remanente de los bienes sociales después de la liquidación del régimen (p. 291). Los gananciales son, a decir de este autor, “el saldo patrimonial que, debido a la comunidad de esfuerzo y de vida de los cónyuges, se dividen por mitad entre ambos o sus respectivos herederos” (Plácido Vilcachagua, 2007, p. 291).

como bien dice Castro Pérez Treviño (2010), los gananciales no se pueden embargar por deudas privativas sino hasta la liquidación del régimen, que es cuando se efectúa el reparto de los remanentes. Bajo esta misma lógica, los bienes sociales no pueden ser embargados por las deudas propias de un cónyuge porque durante la vigencia del régimen aquellos son indivisibles, componen un patrimonio autónomo. Los cónyuges tienen una titularidad actual sobre estos bienes —la titularidad existe desde el momento en que dichos bienes son obtenidos—, pero esta titularidad no se mide en alícuotas o acciones sobre los mismos, sino que son propietarios del total. De ahí que, estando en vigor el régimen, los cónyuges puedan disponer o afectar los bienes sociales, en algunos casos incluso de modo individual, pero no en aplicación de las reglas de la copropiedad sino de las previstas a tal efecto²⁵ en el CC para todo **régimen patrimonial**, y más específicamente, para la sociedad de gananciales.

A MODO DE CONCLUSIÓN

Es especialmente en la doctrina jurisprudencial donde existen dos posturas encontradas, sin que por ello la doctrina académica se mantenga al margen de la discusión. La existencia de criterios dispares reside, por obvias razones, en argumentos diferentes. Para un sector de la judicatura, concebir al régimen de gananciales como un régimen de copropiedad posibilitaría trabar un embargo sobre aquella parte del patrimonio social que correspondería al cónyuge deudor, aunque el eventual remate quedara supeditado al fenecimiento de la sociedad de gananciales. Por su parte, para el sector que defiende que el patrimonio formado constante **régimen de gananciales tiene la naturaleza de un patrimonio autónomo, tal embargo no procedería por cuanto el derecho de los cónyuges sobre cada uno de los bienes gananciales es solo virtual, y porque los bienes sociales, sobre los que sí se tiene un derecho actual, son indivisibles.**

Pero, ¿es acaso incompatible con la concepción doctrinal del patrimonio autónomo —que no supone la existencia de cuotas alícuotas—

25 Para profundizar en el tema de las reglas de la sociedad de gananciales aplicables a los actos de disposición de bienes sociales, remítase a Santillán Santa Cruz (2020, pp. 622-624 y 632-652).

el posible embargo de una parte del mismo para garantizar los derechos del acreedor o acreedores del cónyuge deudor cuyas obligaciones han quedado impagadas? La respuesta a esta pregunta es clara e inmediata si para su solución se parte de la función misma que pretende cumplir ese patrimonio social formado a causa de la vigencia de un régimen de sociedad de gananciales.

Para hacer frente a la interrogante anterior cabe fijar dos premisas que, a su vez, están conectadas. La primera, que la obligación de sostener el hogar trasciende al régimen patrimonial. Pues, en efecto, el artículo 300 CC establece la obligación de sostener el hogar bajo cualquier régimen patrimonial²⁶. La segunda premisa es la exigencia de una mayor protección a la economía familiar bajo un **régimen de gananciales, debido a la existencia de unos bienes comunes a ambos cónyuges. Se requiere de mecanismos que protejan al cónyuge** cuya expectativa sobre los gananciales podría verse eventualmente afectada por el otro cónyuge con motivo de sus obligaciones personales no cumplidas. Esta protección se asienta en el deber de garantizar el bienestar de la familia y su economía.

Por todas estas consideraciones, en mi opinión, la tesis del patrimonio autónomo es la que mejor se adapta a la sociedad de gananciales del actual Código Civil peruano. Y, como bien hemos visto antes, esta tesis no es compatible con el argumento jurisprudencial a favor del embargo en forma de inscripción de una parte del patrimonio social, como si los cónyuges tuvieran sobre este patrimonio común una copropiedad. Debe tenderse a procurar la preservación de la intangibilidad de los bienes sociales (Bustamante Oyague, 2001, pp. 73-87).

Pese a ello, los regímenes de gananciales y de copropiedad no son en sí mismos incompatibles. Estando vigente la sociedad de gananciales, además de los bienes sociales, los cónyuges pueden tener en común algunos bienes por comunidad ordinaria: aquellos que adquieran juntos antes de contraer matrimonio, o que,

estando ya vigente el matrimonio, adquieran con dinero proveniente de sus respectivos patrimonios privativos. Estos bienes serán propios de cada cónyuge por mitad, porque a estos se aplicarán las reglas de la copropiedad y no las de la comunidad ganancial²⁷. Este tema, no obstante, merece ser objeto de un tratamiento más detallado, que no es posible hacer aquí porque se aleja del objeto central del presente trabajo.

La discusión surgida en torno a la naturaleza jurídica del régimen peruano de gananciales, en los ámbitos académico y jurisprudencial, siempre ha estado enfocada en el patrimonio común de la sociedad de gananciales, haciéndose hincapié, como antes hemos tenido oportunidad de ver, en que este patrimonio es distinto del patrimonio de cada cónyuge que la integra, es decir, de aquellos patrimonios que son denominados personales o privativos.

Por esa razón, el análisis que se acaba de hacer sobre la naturaleza de la sociedad de gananciales, cabe hacer la aclaración, se refiere no al régimen económico en su conjunto, sino al patrimonio común, porque es claro que los patrimonios privativos no son autónomos, ni están sujetos a un régimen de comunidad. Y he querido hacerlo así con la **única** finalidad de resolver esa vieja y asentada discusión que ha oscilado desde siempre entre las comunidades germánica y romana.

Ya si apreciamos el régimen de gananciales en su conjunto, dada la posibilidad de que coexistan durante su vigencia tanto bienes sociales, que pertenecen conjuntamente a ambos cónyuges, como bienes propios, que corresponden a cada cónyuge de manera personal, se puede afirmar que tal régimen viene a ser, en esencia, más un régimen de comunidad parcial (Solé Resina, 2005, p. 225)²⁸ o de comunidad relativa (Gutiérrez Barrenengoa, 2002b, p. 179). Esto último, sin embargo, no es óbice para concluir que, en cuanto a su patrimonio característico —que es

²⁶ Sobre la «obligación mutua de sostener el hogar», el texto del artículo 300 CC expresa: «Cualquiera que sea el régimen en vigor, ambos cónyuges están obligados a contribuir al sostenimiento del hogar según sus respectivas posibilidades y rentas. En caso necesario, el juez reglará la contribución de cada uno».

²⁷ Véase la doctrina general que sobre este tema desarrolla Albaladejo (1989, p. 163).

²⁸ Se usan tales expresiones para indicar que un régimen de comunidad de bienes, además de implicar la existencia de un patrimonio común a los cónyuges, admite la existencia de unos patrimonios privativos, cuyos frutos se reputan igualmente comunes. Y esto es así porque, en esencia, el activo de la sociedad de gananciales no solo estará compuesto, al menos en teoría, por los bienes sociales, sino, además, por los bienes propios de cada cónyuge.

el que más problemas suele plantear y el que configura legal y substancialmente al régimen en cuestión como una comunidad de bienes—, la naturaleza de la sociedad de gananciales se ajusta más a la tesis del patrimonio autónomo.

FUENTES DE INFORMACIÓN

Fuentes bibliográficas

Aguilar Llanos, B. (2008). *La Familia en el Código Civil peruano*. Lima: Ediciones Legales.

Albaladejo, M. (1989). *Curso de Derecho civil. Tomo IV* (4ta ed.). Barcelona: Bosch.

Avendaño Valdez, J. (1992). Los bienes en el matrimonio. En *La familia en el Derecho peruano. Libro homenaje al Dr. Héctor Cornejo Chávez*. Lima: Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú.

Borda, G. A. (2008). *Tratado de Derecho Civil. Familia. Tomo I* (10ma ed.). Buenos Aires: La Ley.

De los Mozos, J. L. (1999). *Comentarios al Código civil y compilaciones forales. Artículos 1.344 al 1.410 del Código civil, Tomo XVIII, Vol. 2* (2da ed., dirigida por Albaladejo, M. y Díaz Alabart, S.). Madrid: Edersa.

Díez-Picazo, L. y Gullón, A. (2003). *Sistema de Derecho Civil. Derecho de familia. Derecho de sucesiones, Vol. IV* (8va ed.). Madrid: Tecnos.

Espinoza Espinoza, J. (2011). Sustitución del régimen de sociedad de gananciales. En Espinoza Espinoza, J. y Atoche Fernández, P. (eds.). *Ley General del sistema concursal: Un análisis exegético*. Lima: Rhodas.

Gutiérrez Barrenengoa, A. (2002a). La sociedad de gananciales. En Lledó Yagüe, F. y R. Herrera Campos (eds.). *Sistema de Derecho Civil. Derecho de Familia* (pp. 172-178). Madrid: Dykinson.

Gutiérrez Barrenengoa, A. (2002b). El activo de la sociedad de gananciales. En Lledó Yagüe, F. y R. Herrera Campos (eds.). *Sistema de Derecho Civil. Derecho de Familia* (pp. 179-210). Madrid: Dykinson.

Jiménez Vargas-Machuca, R. (2007). Bienes que integran la Sociedad de Gananciales. En

Gutiérrez Camacho, W. (ed.). *Código Civil comentado. Derecho de Familia (Primera parte). Tomo II* (2da ed., pp. 195-198). Lima: Gaceta Jurídica.

Lacruz, J. L. y Albaladejo, M. (1963). *Derecho de familia. El matrimonio y su economía*. Barcelona: Librería Bosch.

Martínez de Aguirre Aldaz, C. (2016). La sociedad de gananciales. En Martínez de Aguirre Aldaz, C. (coord.). *Curso de Derecho Civil. Volumen IV. Derecho de Familia* (5ta ed., pp. 249-294). Madrid: Edisofer.

Peña Bernaldo de Quirós, M. (1989). *Derecho de Familia*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid.

Plácido Vilcachagua, A. (2007). Concepto y distribución de los gananciales. En Gutiérrez Camacho, W. (ed.). *Código Civil comentado. Derecho de Familia (Primera parte). Tomo II* (2da ed., pp. 291-295). Lima: Gaceta Jurídica.

Solé Resina, J. (2005). La sociedad de gananciales. En Rogel Vide, C. (coord.). *Derecho de familia. Manuales Básicos* (pp. 225-243). Barcelona: Cálamo Producciones Editoriales.

Torres Vásquez, A. (2008). *Diccionario de jurisprudencia civil*. Lima: Grijley.

Varsi Rospigliosi, E. (2012). *Tratado de Derecho de familia. Derecho familiar patrimonial, relaciones económicas e instituciones supletorias y de amparo familiar. Tomo III*. Lima: Gaceta Jurídica.

VAZ FERREIRA, E. (1979). *TRATADO DE LA SOCIEDAD CONYUGAL. TOMO I* (3RA ED.). BUENOS AIRES: ASTREA.

Fuentes hemerográficas

Arata Solís, R. M. (1998). Cuidado con lo que gasta su cónyuge. *Diálogo con la Jurisprudencia*, (8), pp. 197-216.

Barchi Velaochaga, L. (2001). La disposición de un bien social por uno de los cónyuges sin la intervención del otro. *Actualidad Jurídica*, (90), pp. 13-20.

Bustamante Oyague, E. (2001). La sociedad de gananciales frente a las acreencias ante terceros derivadas de deudas propias de los cónyuges: ¿pueden los bienes sociales responder por dichas obligaciones?. *Revista Jurídica del Perú*, Año LI (22), pp. 73-87.

Castro Pérez Treviño, O. M. (2010). La legislación peruana a propósito del régimen económico en las uniones matrimoniales y no matrimoniales. *Revista Institucional. Academia de la Magistratura*, (9), pp. 107-143.

Mejorada Chauca, M. (2002). Entre la Comunidad Romana y la Comunidad Germánica: La Sociedad de Gananciales a la luz de la Interpretación Jurisprudencial. *Advocatus*, (7), pp. 115-121.

Santillán Santa Cruz, R. (2020). Legitimación de los cónyuges para disponer de los bienes comunes bajo un régimen de sociedad de gananciales. Estudios de Derecho español y peruano. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, (12), pp. 620-657.

DOS REFLEXIONES PARA LA CONSTRUCCIÓN DOGMÁTICA DE LA FASE DE CORROBORACIÓN EN LA COLABORACIÓN EFICAZ

TWO REFLECTIONS FOR THE DOGMATIC CONSTRUCTION OF THE CORROBORATION PHASE IN EFFECTIVE COLLABORATION

Williams Alexander Robles Sevilla

Máster Iberoamericano en Políticas Anticorrupción

Universidad de Salamanca

<https://orcid.org/0000-0002-6415-2703>

alex.robles.s@hotmail.com

España

Recibido: 30 de junio de 2020

Aceptado: 15 de julio de 2020

SUMARIO

- Introducción.
- La fase de corroboración en el modelo de colaboración eficaz peruano.
- Primera reflexión: La corroboración o verificación de la información aportada por el colaborador desde la epistemología del proceso penal.
- Segunda reflexión: Se necesita el desarrollo dogmático de la fase de corroboración o verificación de la información aportada.
- Conclusiones
- Referencias bibliográficas.

RESUMEN

El presente artículo tiene por finalidad dedicar dos reflexiones para la construcción dogmática de una fase de corroboración o verificación de la información que aporta un aspirante a colaborador eficaz previa a la presentación del acuerdo y su homologación judicial. La primera insiste en cambiar la perspectiva de análisis de la colaboración eficaz que ha sido meramente operativa, para comenzar a preguntarnos si es posible aplicar métodos o criterios epistemológicos para reducir la desconfianza en la declaración de un colaborador eficaz. La segunda se inclina por desarrollar los elementos esenciales de la fase de corroboración o verificación, de tal

manera que sirvan de sustento para el empleo de razonamiento que corrobore o verifique dicha información, lo que constituye una tarea pendiente.

ABSTRACT

The purpose of this article is to devote two reflections for the dogmatic construction of a phase of corroboration or verification of the information provided by an effective applicant for collaborator prior to the submission of the agreement and its judicial approval. The first insists on changing the perspective of analysis of effective collaboration that has been merely operational, to begin to ask us whether it is possible to apply epistemological methods or criteria to reduce mistrust in the statement of an effective collaborator. The second is inclined to develop the essential elements of the corroboration or verification phase in such a way as to serve as a basis for the use of reasoning that corroborates or verifies that information, which is a pending task.

PALABRAS CLAVES

Procedimiento legal, Derecho penal, colaboración eficaz.

KEY WORDS

Legal process, criminal law, effective collaboration.

INTRODUCCIÓN

“Hay puñales en las sonrisas de los hombres, cuanto más cercanos son, más sangrientos”

La lucha contra los delitos no convencionales se encuentra enmarcada dentro de los lineamientos que se definen en la política criminal del Estado. La política criminal es “el conjunto de métodos por medio de los cuales el cuerpo social organiza las respuestas al fenómeno criminal” (Delmas-Marty citado por Binder, 1997, p.33) y esta se encarga de definir la orientación del sistema penal y sus subsistemas, que son el Derecho penal, el Derecho procesal penal y la Criminología. Para Binder (1997), la integración funcional de estos subsistemas tiene como consecuencias, primero, que existe una coherencia entre ellos que tiene como eje la política criminal del Estado y, segundo que los subsistemas trasladan y adaptan las decisiones político criminales en su regulación orgánica y normativa.

En ese sentido, el Derecho procesal penal como subsistema también se encuentra delimitado por las decisiones político criminales que toma el Estado. Frente a los delitos de gran lesividad o complejidad como los delitos contra la administración pública, corrupción de funcionarios¹, tráfico ilícito de drogas, lavado de activos, terrorismo y todos aquellos cometidos por una organización criminal²,

existe la tendencia de regular normativamente especialidades procedimentales y mecanismos procesales extraordinarios con la finalidad de lograr una mayor eficacia en la investigación. Sin duda, el fundamento de estas decisiones, parte por reconocer que los medios de investigación comunes u ordinarios son ineficaces frente a este tipo de criminalidad, así refiere Gómez (2004) que:

Pretender combatir esta modalidad delictiva con las mismas vías legales que las arbitradas para la delincuencia común, resultaría absolutamente inoperante. La imposibilidad aludida ha provocado una línea ascendente de especialización y diferenciación de la normativa contra el crimen organizado, que permite distinguir, en una primera sistematización entre medidas punitivas e investigadoras (p. 40).

Entre las características de estos mecanismos extraordinarios de investigación, es la permanente tensión que originan en su aplicación con los derechos y garantías del imputado. Su finalidad, que no es otra que la eficacia entra en colisión con el respeto de los derechos fundamentales del imputado, lo cual, ha llevado muchas veces a cuestionar su legitimidad y constitucionalidad en los procesos penales acusatorios modernos, denominándolos incluso, como manifestaciones de un derecho procesal penal del enemigo³. Sin embargo, no se debe buscar un regreso a mecanismos de carácter inquisitivo que en términos de eficacia pretendían encontrar al culpable en el menor tiempo posible, pues desde los postulados de los filósofos iluministas ha quedado demostrado que no se logra la <verdad de los hechos> con esos instrumentos.

En el caso de la incorporación de fórmulas del denominado Derecho penal premial, como lo es el arrepentido o la colaboración eficaz, tenemos diversos antecedentes que se pueden citar según sea el sistema jurídico que se analice. Sin ánimo de exhaustividad, podemos afirmar que en la familia jurídica del *common law*, en el derecho anglosajón británico

1 Intentar conceptuar a la corrupción como fenómeno social implica dificultades relacionadas a sus difusos componentes que impiden llegar a una definición concreta, por ello, existe acuerdo que de manera general se le entienda como el “abuso de poder otorgado (que puede ser público o privado) para el beneficio privado” (Transparencia Internacional, 2020). En el ámbito penal la dificultad se acrecienta, sin embargo, entre las pautas más resaltantes para identificar las conductas que podrían configurar tipos penales se encuentran los establecidos por la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción en los que se incluye el cohecho, tráfico de influencias, abuso de funciones, encubrimiento, malversación, uso indebido de informaciones clasificadas, lavado de activos o blanqueo de capitales, delitos tributarios y contables y delitos de obstrucción a la justicia (Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, 2003).

2 Entre las definiciones más representativas son de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus dos protocolos adicionales realizado en la Conferencia de Palermo - Italia, suscrito por el Perú el 14 de diciembre del año 2000, que en su art. 2 refiere los conceptos de grupo delictivo organizado y grupo estructurado, en un intento de definir la compleja realidad. Mientras que en el Perú, tenemos la Ley N° 30077, Ley contra el crimen organizado, de fecha 26 de julio de 2013, que en el artículo 2° refiere que: “se considera organización criminal a cualquier agrupación de tres o más personas que se reparten diversas tareas o funciones, cualquiera que sea su estructura y ámbito de acción, que, con carácter estable

o por un tiempo indefinido, se crea, existe o funciona, inequívoca y directamente con la finalidad de cometer uno o más delitos graves” (Ley N° 30077, art. 3).

3 Entre las principales características de la extensión del derecho penal del enemigo al proceso penal se encuentra la relativización de garantías del imputado, como es el caso de las prohibiciones probatorias cuando se desarrollan mayores excepciones a la exclusión de la prueba ilícitamente obtenida (Riquert, 2011) (Muñoz, 2008) (Portilla, 2004) (González, 2007).

tenemos como antecedentes el *witness crown*, y en el derecho anglosajón norteamericano, el antecedente lo encontramos en el sistema de acuerdos conocido como *plea bargaining*⁴, que ha servido de modelo para las legislaciones europeas, lo que no debe confundirse con la figura, ahora en boga, del *whistleblower*⁵ que se desenvuelve en un ámbito administrativo de prevención de riesgos⁶.

En el sistema eurocontinental, entre las fórmulas de regulación podemos citar se encuentra al coimputado colaborador del derecho penal español, cuya importancia en establecer criterios valoración para su declaración ha sido incuestionable, y como un antecedente directo, tenemos al *pentiti* o arrepentido implementado en la legislación italiana desde la década de 1970 en la lucha contra el crimen organizado de carácter mafioso⁷, el narcotráfico y el terrorismo. Respecto al arrepentido, en la década de

los años 90' se emitieron disposiciones normativas para regular in extenso sus fases, que "ha perseguido el propósito de privilegiar progresivamente al arrepentido a fin de lograr su colaboración con los investigadores y la denuncia a las autoridades de sus cómplices o de los delitos cometidos por la organización" (Montoya, 2001, p. 245), los que han servido de modelo para la regulación inicial del arrepentido en nuestra legislación peruana.

En un escenario similar a lo que sucedía en Italia, en el Perú, durante la década de los años 90' y en el contexto de la lucha contra las organizaciones terroristas como Sendero Luminoso y el Movimiento Revolucionario Túpac Amaru, que citamos como las más representativas por su gran alcance nacional, cantidad de miembros y métodos sanguinarios para imponer el terror en la población urbana y rural; se declaró el Estado de Emergencia Nacional⁸ que llevo a la implementación de una legislación penal de emergencia, en la que se propugnaba en su regulación un mayor incremento de penas, así como, cambios significativos en la investigación y procesamiento en la persecución del delito de terrorismo.

En ese contexto, la implementación del arrepentido también tuvo como fundamento la eficacia en la persecución de los delitos graves como el terrorismo. Entre las disposiciones más resaltantes se pueden citar: El Decreto Ley N° 25499, de fecha 12 de mayo de 1992, se reguló el arrepentimiento sobre Delito de Terrorismo para todos los delitos comprendidos en el Decreto Ley N° 25475, de fecha 5 mayo de 1992, que regulaba las sanciones para el delito de terrorismo; asimismo, mediante el Decreto Supremo N° 015-93-JUS, se aprueba su reglamento, estableciéndose disposiciones operativas. Luego, mediante el Decreto Ley N° 25582 de fecha 24 de junio de 1992, se amplía su aplicación para otros delitos en los que el Estado se encuentre como agraviado, entiéndase delitos contra la administración pública, corrupción de funcionarios, entre

4 El *plea bargaining* es una herramienta político criminal anclada sólidamente en el ordenamiento jurídico penal norteamericano, así se puede decir de esta institución procesal que "al final de un procedimiento más o menos informal, sellado por una convención escrita presentada para homologación al juez en audiencia pública, la fiscalía y el abogado de la defensa acuerdan una pena inferior a la pena máxima prevista por la ley, a cambio de la renuncia del acusado a un proceso con jurado y a los derechos de la defensa que le son propios" (Garapon y Papadopoulos, 2008, p.57). La mayor discrecionalidad del Ministerio Público genera que estos acuerdos se extiendan no solo a la aceptación de responsabilidad, sino también, a la aportación de información con el beneficio que puede llegar a la exención de pena; ello también ha generado críticas desde la doctrina que la puede considerar como una fuente de coerción para el imputado (Langbein, 2001).

5 La traducción correcta del idioma inglés sería el informante o soplón.

6 En efecto, en el sistema norteamericano la participación del *whistleblower* "parece emplearse exclusivamente para los casos en que el delator es o ha sido empleado de una empresa o de la administración, no tanto cuando pertenece a una organización *per se* delictiva como puede ser una banda terrorista o de narcotraficantes" (Ragués, 2006, p. 4), lo que lo diferencia conceptualmente del arrepentido o colaborador eficaz. A partir de la suscripción de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción del año 2003, se ha reconocido la necesidad de que los Estados adopten las medidas que permitan la denuncia de actos de corrupción cometidos por funcionarios públicos, lo que constituye un fundamento para su incorporación mediante los canales de denuncia en los denominados *compliance programs* que son implementados a las empresas y organizaciones públicas y privadas en los que se evidencia tanto irregularidades como delitos (Ortiz, 2018).

7 Existe también una dificultad por conceptuar el término de mafia, pues es un "termino polisémico que se refiere a hechos diferentes según los contextos, las circunstancias, las intenciones y los intereses de quien lo usa. Es difícil identificar un tema, una tipología o una sucesión de fenómenos homogéneos entre sí que puedan agruparse bajo la voz mafia, y es igualmente difícil evitar la impresión de que es precisamente esa amplitud e indeterminación de los campos de aplicación lo que ha hecho la fortuna de esa palabra" (Lupo, 2016, p. 16).

8 Mediante el Decreto Ley N° 25418, de fecha 30 de diciembre de 1991, Ley de Bases del Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional, que se sustentó como refiere en su exposición de motivos a "pacificar el país dentro de un marco jurídico que garantice la aplicación de sanciones drásticas a los terroristas, a fin de que, dentro de un clima de paz y orden interno nuestra sociedad se desarrolle adecuadamente" (Decreto Ley N° 25418)

otros⁹. Con el fin de la dictadura de los años 90', se emitió la Ley N° 27378, de fecha 27 de octubre de 2001, Ley que establece los beneficios por colaboración eficaz en el ámbito de la criminalidad organizada, cambiándose la denominación del arrepentido por colaborador eficaz.

Dentro de esta amplia regulación del arrepentido o colaborador eficaz, queremos destacar en esta introducción, como se ha dispuesto la corroboración de la información aportada para determinar su eficacia. En tal sentido, se puede advertir que el arrepentido podrá acceder al beneficio de la exención de pena y remisión de pena, siempre que proporcione

voluntariamente información oportuna y veraz que permita conocer detalles de grupos u organizaciones terroristas y su funcionamiento la identificación de los jefes, cabecillas, dirigentes y/o de sus principales integrantes, así como futuras acciones que con dicha información se impidan o neutralicen (Decreto Ley N° 25499, artículo 1, II.).

Asimismo, en el Reglamento de la Ley de Arrepentimiento, se establecía cuál es la información debe considerarse como oportuna y veraz¹⁰, así como los supuestos sobre los cuales debe versar la información proporcionada¹¹; respecto al procedimiento

de verificación de la información, se dispone la participación de una unidad especializada de la Policía Nacional que será la encargada de verificar la información proporcionada que será plasmado en un informe dirigido a la autoridad correspondiente dentro del plazo de 5 días, prorrogable por igual plazo siempre que sea justificado (Decreto Supremo N° 015-93-JUS, artículo 19 y 20). Es interesante revisar que la verificación tuvo el carácter de estrictamente secreto, pero se establecía que debería contener:

- a) La identificación dactiloscópica del solicitante.
- b) La formulación de la Hoja Básica Secreta.
- c) Comunicación a las autoridades pertinentes.
- d) Análisis, contraste y verificación de las informaciones.
- e) Formulación del informe respectivo.
- f) Cobertura con las mismas medidas de seguridad al solicitante. (Decreto Supremo N° 015-93-JUS, artículo 24).

Por otro lado, en la Ley 27378 de fecha 27 de octubre de 2001, Ley que establece beneficios por colaboración eficaz en el ámbito de la criminalidad organizada, en la parte procesal se advierte que se dispone un escenario para que se realicen las diligencias previas al acuerdo. El fiscal dispondrá los actos de investigación, pudiendo ordenar la intervención de la Policía para que, bajo su conducción, realice las indagaciones previas y eleve un informe policial (Ley N° 27378, artículo 11); sin embargo, en el contenido del acta de colaboración no se establece que deba contener como se verificó la información, sino simplemente un relato de “los hechos a los cuales se refiere el beneficio y la confesión en los casos en que ésta se produjere” (Ley N° 27378, artículo 12).

De lo expuesto, podemos ver que la regulación de la verificación de la información aportada por el arrepentido o el postulante a arrepentido, en la Ley de arrepentimiento en casos de terrorismo, se encontraba bajo la entera conducción de una unidad especializada de la Policía Nacional, que en un plazo muy breve de

9 Sobre esta expansión de la institución, el penalista Peña Cabrera (1997) señaló que se estaba instrumentalizando, por cuanto lo idóneo era aplicarlo solo a los delitos de terrorismo, pero no a los delitos económicos o de corrupción de funcionarios, pues de esta manera se estaría politizando la justicia penal con un afán de persecución hacia los funcionarios del gobierno anterior o saliente.

10 Se considera como información que constará en el acta de declaración: b) Situación y cargo dentro de la organización terrorista a la que pertenece. C) Confesión veraz de los hechos delictivos en que hubiera participado. D) Información y veraz y oportuna sobre los grupos terroristas sus jefes, mandos, cabecillas y dirigente y otros a criterio de la autoridad. E) Información que permita impedir o neutralizar futuras acciones terroristas o de traición a la Patria. F) Firma e impresión digital del dedo índice derecho del solicitante (Decreto Supremo N° 015-93-JUS, artículo 11).

11 Entre los que se encuentran: a) Desarticular grupos u organizaciones terroristas. B) Capturar delincuentes terroristas. C) Descubrir bases de entrenamiento y centros de adoctrinamiento de grupos terroristas. D) Descubrir la vinculación de grupos terroristas por el tráfico ilícito de Drogas y otros delitos. E) Descubrir la infiltración de delincuentes terroristas en los diversos sectores de la población. F) Identificar personas y organizaciones que apoyan voluntariamente a través de diversos medios a grupos u organizaciones terroristas. G) Recuperar armamento, explosivos u otro material utilizado por los grupos terroristas. H) Liberar personal cautivo y/o secuestrado por los grupos terroristas. I) Conocer la forma y circunstancias de las acciones terroristas en las que participó. J) Evitar acciones y atentados terroristas (Decreto

Supremo N° 015-93-JUS, artículo 12).

máximo 10 días debería realizar las diligencias necesarias; ello, responde a que el modelo de arrepentimiento respondía al asumido por el Código de Procedimientos Penales de 1940, en el cual la investigación era realizada por la Policía Nacional del Perú. Lo resaltante, es el grado de análisis y contraste que se requería plasmar en el informe policial, pero también que no existía ningún control al respecto. En la Ley N° 27378, Ley que establece beneficios por colaboración eficaz en el ámbito de la criminalidad organizada, por el contrario, si bien se hace referencia a que las diligencias previas al acuerdo las realice el Fiscal con la intervención de la Policía Nacional, no se hace referencia a un análisis y contraste sobre la verificación de la información que deba constar en el Acta de colaboración.

Por ello, consideramos que en ambas regulaciones la discrecionalidad de las autoridades es grande y esta tiende a crecer en el marco de un Estado de emergencia en el cual, las garantías constitucionales se relativizan y puede dar paso a la arbitrariedad, lo que sucedió en muchos de los casos de arrepentidos en la década de los años 90' que finalmente culminó con la anulación de las sentencias condenatorias que se basaban en declaraciones de arrepentidos por la justicia constitucional¹². En tal sentido, en las siguientes líneas realizaremos un análisis y contribución para la construcción de la fase de corroboración de la información en el modelo de colaboración eficaz que hemos adoptado en el Código Procesal Penal de 2004 (en adelante CPP 2004).

LA FASE DE CORROBORACIÓN EN EL MODELO DE COLABORACIÓN EFICAZ PERUANO

La colaboración eficaz, a diferencia de las regulaciones anteriores que hemos desarrollado y de otros modelos asumidos en países como

Brasil¹³, Argentina¹⁴ o también es el caso de Colombia¹⁵, se la ha regulado como un proceso especial comprendido en los artículos 472 al 481-A del CPP de 2004, el cual fue modificado por el Decreto Legislativo 1301, Decreto legislativo que modifica el Código Procesal Penal para dotar de eficacia al proceso especial de colaboración eficaz, de fecha 29 de diciembre de 2016. En la doctrina nacional, se le ha entendido como un mecanismo propio de la justicia penal negociada, cuyo concepto:

Descansa en la figura del arrepentido, quien debe admitir o, en todo caso, no contradecir ante la autoridad los hechos delictivos que se le atribuyen, y proporcionar información suficiente, eficaz e importante en orden a neutralizar una actividad delictiva, identificar las lógicas de actuación criminal de una organización delictiva y a sus intervinientes, y/o entregar bienes

13 Actualmente, la *colaboração premiada*, ha sido reglamentada en todos sus extremos en la Ley N° 12.850 de fecha 2 de agosto de 2013. La concesión del perdón judicial está sometido a la producción de los siguientes resultados: I. La identificación de los demás coautores y partícipes de la organización criminal y las infracciones penales practicadas por ella; II. Revelar la estructura jerárquica y la división de tareas en la organización criminal; III La prevención de infracciones penales derivadas de las actividades de la organización criminal; IV. La recuperación total o parcial del producto o el provecho de las infracciones penales realizadas por la organización criminal; V. La localización eventual de la víctima con su integridad física preservada (Ley 12.850, 2013, artículo 4). Entre otras disposiciones destaca la regulación de los derechos del colaborador (Ley 12.850, 2013, artículo 5) y la obligación de ser asistido por su defensa en todos los actos de negociación, confirmación y ejecución (Ley 12.850, 2013, artículo 4 inc. 15).

14 La incorporación del arrepentido en Argentina se realizó con la Ley N° 27.304, de fecha 2 de noviembre de 2016, establecer como presupuestos o requisitos para el acuerdo de colaboración: a) Brindar información o datos precisos, comprobables y verosímiles; b) Los datos o información aportada deben contribuir a: Evitar o impedir el comienzo, la permanencia o consumación de un delito; esclarecer el hecho objeto de investigación u otros conexos; revelar la identidad o el paradero de autores, coautores, instigadores o partícipes de estos hechos investigados o de otros conexos; proporcionar datos suficientes que permitan un significativo avance de la investigación o el paradero de víctimas privadas de su libertad; averiguar el destino de los instrumentos, bienes, efectos, productos o ganancias del delito; o indicar las fuentes de financiamiento de organizaciones criminales involucradas en la comisión de los delitos previstos en el presente artículo (Ley 27.304, art. 2).

15 En Colombia, encontramos disposiciones interesantes. En el Código de Procedimiento Penal Colombiano de 2004 se ha regulado la colaboración eficaz como un supuesto de procedencia para el principio de oportunidad, así se señala que: "El principio de oportunidad se aplicará en los siguientes casos: (...) 5. Cuando el imputado colabore eficazmente para evitar que continúe el delito o se realicen otros, o aporte información esencial para la desarticulación de bandas de delincuencia organizada" (Ley 906, 2004, artículo 324). Asimismo, es relevante, destacar una disposición general en materia de acuerdos que dispone: "Son inexistentes los acuerdos realizados sin la asistencia del defensor. Prevalecerá lo que decida el imputado o acusado en caso de discrepancia con su defensor, de lo cual quedará constancia". (Ley 906,2004, artículo 354).

12 Al respecto, puede revisarse el trabajo del profesor De La Jara (2016) quien desarrolla un análisis de los casos relativos a la utilización de la colaboración eficaz en los casos del destacamento Colina, tanto desde la perspectiva dogmática como jurisprudencial, así como un análisis de los pronunciamientos constitucionales sobre los mismos.

delictivos o ubicar su destino o paradero (San Martín, 2015, p. 871).

De igual manera, para Oré (2016):

Es un mecanismo de negociación penal que consiste, fundamentalmente, en el desarrollo de una actividad comisiva, tendiente a aportar a la autoridad en relación con: 1. La evitación de la producción del delito; 2. La evitación o atenuación de las consecuencias nocivas del delito ya consumado y/o 3. El acopio de los elementos de convicción necesarios para alcanzar cualquiera de los fines anteriores o garantizar la represión del delito a cambio de un determinado beneficio dentro de los legalmente establecidos. (pp. 623-624).

En ese sentido, el fundamento de su inserción en nuestro ordenamiento jurídico penal, señala Sánchez (2004), surge de la necesidad de desentrañar a la organización delictiva o criminal “que se esconde en el anonimato u ocultamiento, luego de conocerse los primeros elementos indiciarios de delito de corrupción de funcionarios, delitos de lesa humanidad y otros conexos a ellos, acontecidos en el Perú en la década pasada” (p. 245). Por ello, puede considerarse como una herramienta para combatir el crimen organizado, pues permite la obtención de información adecuada para el inicio de las investigaciones contra la criminalidad organizada (Rojas, 2012, p. 60).

Más allá de la discusión, siempre presente sobre la legitimación de este tipo de instituciones en cuanto a su aplicación en el Estado de Derecho, coincidimos con la posición de Miranda (2012) quien refiere, en líneas generales, que es más fructífera la discusión respecto de los presupuestos y requisitos de la colaboración eficaz que centrarnos solamente en el plano de la legitimación. Así pues, el reto actual, es que este tipo de instituciones procesales basadas en el consenso sobre la culpabilidad del imputado y el aporte de información valiosa en la lucha contra una criminalidad cada vez más compleja, sean interpretadas y aplicadas sin menoscabar sus derechos y garantías.

El modelo peruano de colaboración eficaz, tiene una fase de corroboración establecida en los artículos 473° y siguientes, la cual, ha sido desarrollada con mayor amplitud en el Reglamento del Decreto Legislativo N° 1301 aprobado mediante el Decreto Supremo N° 007-2017-JUS, de fecha 29 de marzo de 2017.

En esta normativa, si bien, puede observarse un desarrollo específico de los pasos operativos que deben seguir los sujetos procesales en la fase de corroboración, consideramos que la doctrina no ha sentado las bases para un desarrollo dogmático de esta fase, centrandose solamente su atención a la valoración de la declaración de colaborador eficaz y ahora también de un aspirante a colaborador en los procesos penales conexos, lo cual a todas luces es un error, por la importancia que tiene.

Así pues, desde la perspectiva de este trabajo, desarrollaremos argumentos que fundamentan nuestra posición de considerar a la fase de corroboración como una de las etapas centrales de la colaboración eficaz. y que debe ser sometida a un control riguroso desde que se inician las reuniones informales entre el Fiscal con el aspirante a colaborador, hasta que se emite la sentencia de colaboración eficaz. De esta manera, un desarrollo dogmático de la fase de corroboración permitiría un mayor debate respecto a la formación de la eficacia de la declaración del colaborador eficaz y a darle mayor coherencia a la interpretación normativa que se le pretenda brindar.

PRIMERA REFLEXIÓN: LA CORROBORACIÓN O VERIFICACIÓN DE LA INFORMACIÓN APORTADA POR EL COLABORADOR DESDE LA EPISTEMOLOGÍA DEL PROCESO PENAL

Una cuestión de denominación: ¿De la corroboración a la verificación?

El término corroborar puede ser utilizado en diversos contextos, ya sea en el ámbito común en el que se desarrolla la vida humana en sociedad, como en las ramas del conocimiento especializado del saber humano que comprenden las ciencias naturales o sociales. Si recurrimos al diccionario de la Real Academia Española, corroborar proviene del latín *corroborare*, cuyo significado es “dar mayor fuerza a la razón, al argumento o a la opinión aducidos, con nuevos razonamientos o datos” (Real Academia Española, 2020); es decir la acción de corroborar consiste en aportar nuevos elementos o razonamientos para fundamentar un determinado criterio; en el Derecho, este concepto se utiliza también

en muchos ámbitos, que para interés de la presente investigación nos restringiremos al análisis desde el Derecho procesal penal.

En el proceso penal, el término de corroborar puede hacer referencia o ser utilizada en diversos escenarios: por ejemplo, es común encontrar que fiscales al momento de iniciar o continuar la investigación del delito sustenten disposiciones fiscales en base a elementos de convicción que “corroboran” los hechos que se investigan hasta cierto grado probatorio necesario para proceder con las etapas del proceso penal (diligencias preliminares/ etapa de investigación preparatoria/ acusación fiscal – etapa intermedia), asimismo, también se utiliza cuando la fiscalía solicita medidas restrictivas de derechos, cautelares personales o reales y el juez de investigación preparatoria o juez de garantías competente, emite una resolución judicial en la que realiza un ejercicio de valoración de los elementos de convicción ofrecidos que determina si “corroboran” alguno de los presupuestos de dichas medidas.

Por otro lado, “corroborar” también es utilizado en el ámbito de valoración de los medios de prueba actuados en el juicio oral, como es el caso de los testimonios, en el que es frecuente encontrar resoluciones judiciales que motiven su valoración con frases como: El testimonio de Y se encuentra corroborado por los testimonios de X y Z además de las documentales A, B, entre otros. Por ello, la corroboración de los testimonios puede conceptuarse como refiere Andrés Ibáñez (2009) como:

Dar fuerza a una afirmación inculpatoria de fuente testifical con datos probatorios de otra procedencia. Donde fuerza es calidad convictiva. Algo que solo transmiten los elementos de juicio que gocen de ella, es decir, los obtenidos de una fuente atendible y dotados de contenido informativo contrastado [...] Así pues, aquí, corroborar es reforzar el valor probatorio del aserto de un testigo relativo al hecho principal de la causa, mediante la aportación de datos de una fuente distinta, referidos no directamente a ese hecho, sino a alguna circunstancia que guarda relación con él, cuya constatación confirmaría la veracidad de lo declarado por el primero (p. 124 y 125).

Los principales aspectos de esta definición de corroboración se refieren a dos puntos centrales, el primero, que la corroboración de testimoniales se basa en elementos de juicio de fuente independiente y segundo,

que se encuentren referidos al contenido del testimonio sea directamente o a alguna circunstancia del mismo. La corroboración se erige, pues, como uno de los puntos más importantes para determinar que el contenido del testimonio es conforme a la verdad, lo que encierra muchas dificultades ya que no siempre es posible encontrar otros testimonios que corroboren lo manifestado por un testigo o que se practiquen otras pruebas distintas que tengan el mismo resultado y, por lo tanto, que se corroboren entre sí (Nieva, 2012).

En ese sentido, el grado de corroboración de estas declaraciones será distinto dependiendo de la clase de testimonio que se someta a valoración, por ello, es que la doctrina suele distinguir entre las confesiones y testimonios, reservando este último término a aquellos terceros o personas ajenas al proceso que informan ante un juez, los sucesos o circunstancias que presenciaron con sus sentidos¹⁶. Dentro de las declaraciones testimoniales, encontramos según la doctrina a los testigos directo, de referencia o de oídas y como casos especiales de testimonios, las declaraciones del testigo víctima y los testigos sospechosos.

El artículo 158° del CPP de 2004, establece reglas generales para la valoración de la prueba y en concreto, en lo referente a nuestro tema de análisis señala en el inciso 2: “En los supuestos de testigos de referencia, declaración de arrepentidos o colaboradores y situaciones análogas, sólo con otras pruebas que corroboren sus testimonios se podrá imponer al imputado una medida coercitiva o dictar en su contra sentencia condenatoria”. Conforme a lo expuesto, pareciera que la corroboración tal y como lo entiende el CPP de 2004 es una labor del juez al valorar la prueba personal sea fiable o no, siendo este último caso el de los colaboradores eficaces. Por ello, se puede afirmar que esta disposición es aplicable cuando la información obtenida en la colaboración eficaz es derivada al proceso penal conexo, en la cual será sometida al proceso y exigencias propias para un medio de prueba.

16 Al respecto, Devis Echandía (2002) refiere que: “La doctrina suele distinguir las declaraciones procesales según el sujeto que las haga y las denomina *confesiones* cuando provienen de una de las partes del proceso en que deben considerarse como pruebas y testimonios únicamente cuando son de otras personas” (p. 19).

Sin embargo, como hemos mencionado anteriormente, la corroboración también se encuentra prevista como una fase en la colaboración eficaz, lo que no parece guardar coherencia con la corroboración establecida en el artículo 158 del CPP de 2004. En efecto, las corroboraciones de las declaraciones testimoniales sean de la víctima, coimputado y colaborador eficaz o de cualquier testigo, forman parte del razonamiento probatorio que empleará el juez para determinar su eficacia para sustentar una sentencia condenatoria. En ese sentido, una de las características de este razonamiento es que se enmarca dentro de una valoración individual y conjunta de las pruebas actuadas y que se deben plasmar en la motivación de la sentencia. Así, una sentencia epistémicamente correcta debería contener un análisis de las pruebas de cargo y de descargo actuadas como materialización del principio de contradicción en el proceso penal.

En este orden de ideas, consideramos poco acertada la denominación de fase de corroboración de la información aportada, por cuanto, conforme a la estructura del proceso especial de colaboración eficaz, el principio de contradicción no se materializa en ninguna disposición normativa. El Fiscal y el aspirante a colaborador eficaz no son partes confrontadas entre sí, sino que los une el interés de que el acuerdo se concrete y se culmine con una sentencia de colaboración eficaz, por ello, no existen ofrecimientos de elementos de convicción que contravengan la información aportada, más bien todos los actos de ambos sujetos se encuentran encaminados a su verificación; por otro lado, la participación de la víctima se encuentra limitada solo al cuestionamiento de la reparación civil.

Dicho esto, la labor que realiza el fiscal se parece más a una verificación de la información aportada por el aspirante a colaborador eficaz, para lo cual, puede ordenar se realicen diligencias con tal finalidad. Recordemos que, el antecedente directo de nuestra colaboración eficaz que se emitió en la década de los 90' fue la ley de arrepentimiento en casos de terrorismo, en la cual, no se habla de corroboración de la información sino de una verificación de la misma. Así pues, consideramos que, lo correcto sería considerar que en el proceso de colaboración eficaz la corroboración no puede ser entendida bajo los alcances del artículo 158 del CPP de 2004, sino

que, tiene rasgos operativos de verificación y como veremos más adelante, también un fundamento epistémico que en conjunto con una interpretación garantista pueden servir como intento de racionalizar esta institución.

¿La corroboración o verificación puede considerarse un método o criterio epistemológico en la colaboración eficaz?

Nuestro CPP de 2004 asume el modelo cognoscitivo de enjuiciamiento penal, el cual refiere Ferrajoli (1995), se sustenta

en los procedimientos de verificación aportados por la epistemología acusatoria acusatoria o falsacionista tienen, así, su fundamento en el método de la prueba y refutación – por *modus ponens* y por *modus tollens* – ya tratado en el apartado 10.6 cuya transposición procesal se realiza a través de la separación y el reparto de papeles entre los tres sujetos del proceso: las dos partes, acusación y defensa a quienes compete respectivamente la prueba y la refutación, y el juez tercero, al que corresponde la decisión (...) (p. 606).

Ello nos lleva a preguntarnos si es posible adaptar estos procedimientos de verificación a un escenario como la colaboración eficaz, lo que no está exento de problemas. El primer problema, sin duda, proviene desde los propios fundamentos de la colaboración eficaz, basados en el consenso o negociación de la responsabilidad penal del coimputado, que ha generado posiciones muy críticas en la doctrina. Dentro de las diversas posiciones en contra de atribuir siquiera criterios epistemológicos a este tipo de instituciones, el más representativo es Ferrajoli (1995), quien sostiene la idea de la imposibilidad de que los mecanismos de negociación puedan asumir la epistemología falsacionista, tal y como lo postula el garantismo procesal penal.

De igual manera, Gascón (2004) afirma que existen reglas institucionales que tienen una naturaleza contra epistemológica, entre las que se pueden encontrar los límites temporales al proceso, formas de justicia negociada y límites probatorios; siendo las formas de justicia negociada las que afectan esencialmente la finalidad epistemológica del proceso penal; ya que, se institucionalizaría una “excepción a la regla epistemológica que establece: Para poder afirmar la verdad de un enunciado fáctico es

necesaria prueba del mismo, sea esta directa, deductiva o indirecta” (p. 128).

Estas críticas, sin duda toman como base las negociaciones entre Fiscal y el imputado al estilo anglosajón o norteamericano como el *plea bargaining*, así como su recepción por los sistemas euro-continenciales en las instituciones como el *patteggiamento*, conformidad y terminación anticipada. Ambos autores, consideran sus críticas también extensibles para las figuras de los arrepentidos, coimputados colaboradores y colaboradores eficaces, así pues, considera Ferrajoli (1995), este tipo de negociaciones por colaboración del imputado pueden convertirse en una “especie de justicia de cadí” (p. 749), ya que, el resultado queda sometido a una desmedida discrecionalidad del Ministerio Público sin participación por parte del juez, en cuanto a la valoración de los hechos.

Sin duda, las críticas son certeras y ciertamente, han contribuido a fomentar el debate respecto a los fundamentos de estas instituciones. Sin embargo, no podemos evitar rescatar el escenario político criminal actual, que precisamente ante la proliferación más visible hoy de la criminalidad organizada de alcance transnacional inclusive, mediante acuerdos internacionales han propiciado su implementación. Por ello, y con la finalidad de brindar una propuesta de interpretación normativa que sirva a los jueces, quienes, lo quieran o no –independientemente de su postura ideológica – deben aplicar y valorar los elementos probatorios que surgen de este tipo de instituciones, consideramos pertinente abordar dos de los temas que más cuestionamientos más polémicos que Ferrajoli (1995) bien ha precisado:

- El ministerio público ha sido investido de un enorme poder de predeterminación tanto del método como del contenido del juicio, lo que contradice su naturaleza de “parte” en situación de igualdad con el imputado – que es el rasgo más característico del sistema acusatorio – y compromete el principio constitucional de la obligatoriedad de acción penal (p. 750).
- El esquema se manifiesta en la alteración del objeto procesal que se sigue directamente de la de las figuras del delito. Si el presupuesto de la pena viene representado, más que por hechos delictivos determinados, por la personalidad terrorista sustancial de su

autor, el proceso decae inevitablemente de procedimiento de verificación empírica de las hipótesis de la acusación a técnica de inquisición sobre la persona, es decir, sobre su subjetividad sustancialmente enemiga o amiga tal y como se expresa no sólo en los delitos cometidos sino también en su comportamiento procesal (...) Con ellas, el imputado, más allá de la relevancia y quizá el fundamento de sus revelaciones, forma filas con la acusación y da la prueba visible y cierta, más que de su culpabilidad o de la de sus compañeros, de su elección de campo anticriminal (pp. 821-822)

Ante estos argumentos, es innegable considerar que la colaboración eficaz como institución en abstracto, es contraepistemológica; sin embargo, a pesar de las críticas que desde la doctrina procesal se ha realizado a la regulación de la colaboración eficaz como proceso especial, la fase de corroboración de la información previa al acuerdo, establecida en el art. 473° del CPP de 2004, podría servir como criterio o metodología epistemológica que minimizaría el perjuicio o la desconfianza ante esta declaración, si se compatibiliza con el falsacionismo y se le brindan las garantías constitucionales necesarias.

Esta postura se sustenta, primero, en precisar que la corroboración cumple dos funciones: a) Como diligencias de investigación, es decir como actividad de búsqueda de elementos corroborantes; y b) Como juicio o criterio de verificabilidad de la eficacia y veracidad de la información aportada por el aspirante a colaborador eficaz. Para lo que nos interesa en el presente aparato, la pregunta central es si ¿la corroboración como criterio de verificabilidad puede tener un fin epistemológico?, pues se trata de contrastar con elementos distintos propios de las diligencias de corroboración, si la información es eficaz, veraz y útil.

En tal sentido, una primera respuesta negativa, se sustenta en que, al ser un proceso especial no contradictorio, sin juicio oral y con una discrecionalidad plena del Fiscal – con intervención judicial solo formal -, la contrastación como elemento epistemológico de la valoración probatoria no se encuentra presente, al no encontrarnos propiamente frente a pruebas. Este problema, es superado cuando la declaración del colaborador eficaz es utilizada en el proceso conexo, en el cual, si es sometido a todas las garantías y

consecuentemente puede ser valorado luego de un juicio oral.

La respuesta positiva, que es la que se propugna en la presente investigación, se centra la premisa de que una rigurosa corroboración o verificación de la información como requisito previo al acuerdo de colaboración, serviría para aquellos casos en los que se decida aplicar el criterio de valoración del art. 158° inc. 2 del CPP de 2004 que habilita que se utilice la declaración para sustentar medidas cautelares de carácter personal inclusive, lo que no sería necesario si nuestro modelo de colaboración eficaz hubiese optado por regularlo como un mero incidente dentro de un proceso penal principal; sin embargo, al no ser así, es indispensable que a este proceso especial se le revista de criterios epistemológicos y garantías procesales que lo justifiquen.

Desde esta perspectiva, consideramos que es indispensable precisar si es la verdad procesal en un grado de certeza subjetiva – como se conceptúa en el derecho procesal penal - lo que se obtendrá en el proceso de colaboración eficaz. Así pues, consideramos que de ninguna manera el grado de probabilidad de la información que ha sido proporcionada por el colaborador eficaz puede ser denominado como verdad procesal, por cuanto, no reviste el conjunto de garantías constitucionales necesarias y la estructura procesal que habilite la aplicación de los principios procesales.

En tal sentido, para que sea efectivamente prueba que pueda desvirtuar la presunción de inocencia deberá ser sometida todo este conjunto de garantías y normas procesales en el proceso penal conexo, en donde se podrá discutir todos sus efectos. Por ello, consideramos que la información proporcionada y obtenida no tendría carácter prueba, sino solo como un medio de prueba o elemento de convicción que podría sustentar una medida cautelar personal o real, conforme a los criterios establecidos en el artículo 158° inciso 2 del CPP de 2004.

En consecuencia, consideramos vital que la fase de corroboración o verificación debe regirse bajo la metodología falsacionista, que llevado al ámbito del proceso penal deberá pasar por las etapas de: contrastación empírica, coherencia y aceptación justificada de la decisión. El resultado obtenido de esta fase, puede ser dividida en dos: a) la información

incriminatoriamente propiamente dicha en la declaración del aspirante a colaborador y, b) la información que la corrobora. La diferencia del proceso especial de colaboración eficaz con otros mecanismos de justicia negociada, se encuentra principalmente en la prevalencia de la delación sobre cualquier otro elemento, inclusive sobre la confesión de los delitos materia de incriminación; por ello, la corroboración es importante epistemológicamente para tales efectos.

Con nuestros argumentos expuestos, no se quiere dar a entender que con la sola corroboración o verificación, todos los fundamentos esbozados en contra de esta institución deberían tomarse como superados y dejados de lado, sino que, por el contrario, la construcción teórica de la corroboración previa al acuerdo por sí sola es insuficiente para dar legitimidad epistemológica a este proceso especial, pero constituye un primer paso para seguir trabajando los fundamentos científicos que apoyen al legislador, a crear o reformar el procedimiento de colaboración eficaz y hacerlo más adecuado y coherente con el modelo de estricta legalidad y jurisdiccionalidad que plantea el garantismo penal.

SEGUNDA REFLEXIÓN: SE NECESITA EL DESARROLLO DOGMÁTICO DE LA FASE DE CORROBORACIÓN O VERIFICACIÓN DE LA INFORMACIÓN APORTADA

Crítica a la lógica operativa de la fase de corroboración o verificación

En este apartado nos centraremos en las críticas que tengan relación directa con la fase de corroboración previa al acuerdo de colaboración eficaz. Tomaremos como referencia los estudios dogmáticos nacionales o extranjeros que se han elaborado y añadiremos nuestras propias reflexiones.

Una primera crítica proviene del riesgo de que se manifieste el sesgo de confirmación en la fase de corroboración. El problema que vemos en la regulación de la colaboración eficaz, se encuentra en su estructura normativa con la modificación del Decreto Legislativo 1301. Así pues, el art. 472, 473 y 473-A del CPP de 2004, solo habilitan la participación del Fiscal, Policía Nacional, el aspirante a colaborador

y su defensa, así como el agraviado – este último al final de la fase de corroboración – en el proceso de colaboración eficaz. De igual manera, el art. 13 del Reglamento del Decreto Legislativo 1301, establece que intervendrán obligatoriamente en la fase de corroboración el Fiscal y el colaborador.

Nuestro modelo de colaboración eficaz, establece la dirección de la fase de corroboración y posterior decisión de presentar el acuerdo de beneficios y colaboración eficaz al Fiscal. El Juez tiene competencia para realizar un control de legalidad del acuerdo de colaboración en cuanto al cumplimiento de sus requisitos, por lo que consideramos que su intervención tal y como se viene interpretando es meramente un control formal. En tal sentido, quien finalmente decide cuándo se encuentra corroborado la declaración del aspirante a colaborador eficaz es el fiscal.

Las diligencias de corroboración se encuentran bajo la dirección del Fiscal en las que también pueden participar la Policía Nacional, que al finalizar los actos de investigación que le son encomendados emitirá un informe policial. Respecto a la posibilidad de que la recogida de los elementos de convicción o corroborantes lo realice la Policía Nacional, la doctrina se ha manifestado en contra de ello si es que se le brinda una amplia discrecionalidad. En ese sentido, Nieva (2010) también incide en la importancia de esta fase dentro de la actividad probatoria en el proceso penal y, señalando que no debe abandonarse esta actividad a la Policía Judicial, puesto que, como se ha manifestado anteriormente no tiene por objetivo el respeto de la presunción de inocencia.

Así pues, en apariencia la actuación del fiscal en este proceso especial conforme al principio de objetividad, establecido en el Art. IV del Título Preliminar del CPP de 2004, garantizaría que solo se llegue a un acuerdo de beneficios y colaboración eficaz, cuando la información sea útil, eficaz y haya superado los filtros de la fase de corroboración. Sin embargo, como hemos señalado, no existe mayor control judicial sobre dicha fase, sino que se encuentra en el ámbito de la discrecionalidad del Fiscal, lo que propiciaría la existencia de un peligro de sesgos cognitivos o prejuicios en el razonamiento corroborativo de la información aportada por el aspirante a colaborador eficaz.

En efecto, si recurrimos a las bases psicológicas del razonamiento probatorio, nos tenemos que remitir a los procedimientos mentales mediante los cuales el ser humano procesa la información que percibe del mundo exterior, que han sido materia de estudio por parte de los psicólogos exponentes del movimiento cognitivo, entre los que se encuentra Kahneman (2017), quien afirma que en el proceso mental asociativo sobre la toma de decisiones, existen factores que privilegian una tendencia hacia la confirmación que a la duda. En las propias palabras del autor, señala que:

Las operaciones de la memoria asociativa contribuyen a una inclinación general a la confirmación. Cuando, por ejemplo, nos preguntan ¿Sam es simpático? Nos vendrán a la mente ejemplos del comportamiento de Sam diferentes de los que nos vendrían si hubieran preguntado ¿Es Sam antipático? Un intento deliberado de confirmar evidencias, conocido como estrategia de contrastación positiva, es también la manera en que el Sistema 2 contrasta una hipótesis. Contrariamente a las reglas de los filósofos de la ciencia, que aconsejan contrastar hipótesis intentando refutarlas, la gente (y los propios científicos con bastante frecuencia) busca datos que puedan ser compatibles con las creencias que actualmente tiene. Este sesgo confirmatorio del Sistema 1 favorece la aceptación acrítica de sugerencias y la exageración de la probabilidad de acontecimientos extremos e improbables. (Kahneman, 2017, p. 112).

Como vemos, “un sesgo cognitivo es una desviación sistemática, involuntaria e inconsciente de una norma o de un estándar de racionalidad al emitir un juicio perceptual o conceptual, al recordar un evento o al hacer una predicción” (Páez, 2019, p. 3). En particular, el sesgo confirmatorio evita la posibilidad de contrastar las hipótesis a solo buscar elementos que puedan servir de apoyo a su propia concepción ya definida. Este sesgo puede encontrarse en las diversas fases de la toma de decisiones que va desde la recopilación de información, al análisis e interpretación y almacenamiento de la misma. Los efectos de este sesgo han sido utilizados como refiere Muñoz (2011):

Para explicar la perseverancia de creencias (las creencias en determinadas personas permanecen intactas aun cuando la evidencia de estas creencias haya sido probada como falsa) y la polarización de la actitud (un desacuerdo es

más polarizado, aun cuando las diferentes partes estén expuestas a las mismas pruebas). (p. 9)

En el caso de la colaboración eficaz, puede suceder que sea el propio Fiscal quien propicie un acuerdo con el imputado o investigado con la finalidad de que se someta a la colaboración eficaz, pues necesita esta información con urgencia; así que, cuando consigue que el imputado acceda a otorgar la información, las diligencias de corroboración van a ser dirigidas por un Fiscal bajo la influencia del sesgo de confirmación, que solo buscará elementos que corroboren lo manifestado a pesar del criterio objetivo que le impone el art. IV del Título Preliminar del CPP de 2004, sin aplicar la metodología de contrastación de hipótesis.

La amplia discrecionalidad del Ministerio Público en el proceso de colaboración eficaz y el control de legalidad meramente formal por parte del Juez que homologa el acuerdo de colaboración eficaz, propicia un escenario que eleva el riesgo de la presencia de este sesgo ya sea consciente o inconscientemente, por lo que, consideramos una crítica válida hacia nuestra regulación normativa actual que no se hayan previsto medidas de control para evitar los efectos de este tipo de sesgos cognitivos.

Una segunda crítica, proviene de la posibilidad de se pueda aportar información falsa o se incremine por motivos espurios. El colaborador eficaz según la normativa procesal penal peruana, no es un arrepentido propiamente dicho. No existe una confesión de su parte con un ánimo solamente de arrepentimiento y con el fin altruista de colaborar con la justicia, por el contrario, no se puede desconocer que su motivación de acogerse a este proceso especial radica en un interés de ser beneficiado o premiado por ello. Esta negociación entre el Fiscal y el aspirante a colaborador eficaz, constituye el objeto del proceso especial, de tal manera que si cumple con los requisitos establecidos en la norma procesal penal su beneficio premial puede inclusive ser de una exención de pena, con ello se evitaría los costos de un proceso judicial y una posible sentencia condenatoria.

Conviene entonces diferenciarlo de la figura del coimputado en este aspecto. En el caso del coimputado, no existe beneficio premial alguno, salvo que se haya sometido a la conclusión anticipada o conformidad procesal;

por lo que, el único interés que podría perseguir cuando declare en contra de sus demás coimputados, sería el de exculpación como hemos precisado anteriormente. Así pues, los controles que se le asignan para evitar la posibilidad de que lo manifestado sea falso recae además de la corroboración de la información, en la evidencia de ausencia de incredibilidad subjetiva, es decir descartar los móviles espurios, tal y como lo ha afirmado la doctrina y la jurisprudencia mayoritaria.

En el caso del colaborador, si bien no descartamos que tenga un móvil espurio de exculpación, encontramos particularidades que merecen una atención distinta. Si hemos precisado que el interés del colaborador es el beneficio premial por la información que aporte, los factores que pueden incidir para que se aporte información o una sindicación falsa sobre los integrantes de la organización criminal y sus actividades, puede versar por ejemplo, al encontrarse sometido a una medida coercitiva personal y gracias a la colaboración eficaz desea evitar su prolongación o, en otro de los casos evitar que se le acuse o inicie una investigación en su contra, por lo que aporta información parcialmente verdadera para dichos efectos.

Y finalmente, como tercera crítica, puede suceder que se realicen diligencias de corroboración ilícitas. Como sucede en el proceso penal común, las diligencias que realiza la Policía Nacional bajo la dirección del Ministerio Público, tienen por finalidad realizar los actos de investigación necesarios para la averiguación de los hechos presuntamente delictivos. El marco legal de actuación de dichas diligencias se rige bajo las formalidades, presupuestos y requisitos establecidos en el CPP de 2004 y, en consecuencia, bajo la primacía del principio de legalidad procesal.

No obstante, en el proceso de colaboración eficaz donde predomina el secretismo y la discrecionalidad fiscal, existe un riesgo superior que en el proceso penal común de que se realicen diligencias o actos de corroboración que tengan por finalidad la corroboración de la información aportado con vulneración de derechos y garantías constitucionales que no podrían ser conocidas hasta luego de que se haya suscrito el acuerdo de colaboración y, se incorpore al proceso penal conexo.

Concepto, lógica e importancia de la corroboración o verificación en el acuerdo de colaboración eficaz

El concepto de corroboración que manejaremos para hacer referencia a esta etapa de verificación de la información aportada por el aspirante a colaborador eficaz, debe abarcar todos los ámbitos en los que desenvuelve dicha actividad, distinta al concepto de corroboración que se maneja en el artículo 158° inciso 2 del CPP de 2004.

Desde nuestra perspectiva corroborar no implica una mera acreditación de mediante elementos objetivos distintos, sobre si lo aportado por el aspirante a colaborador eficaz es verosímil o no, descartándose con ello el razonamiento sobre la información obtenida o elementos de convicción recabados como lo propone Castillo (2017); sino que, puesto en su dimensión completa abarcaría diversas facetas que necesariamente deben estar presentes en el Acta de colaboración eficaz que posteriormente podrá ser homologado o no por el Juez. Así pues, la estructura de la corroboración que proponemos, conforme al desarrollo anterior, sería el siguiente:

Tabla N° 1: Estructura y pasos de la fase de corroboración previa al acuerdo

SUB FASES	CONTENIDO
Sub-fase de diligencias de corroboración	Realización de diligencias de investigación conforme al marco procesal del CPP
Sub-fase del razonamiento corroborativo de la información aportada	Coherencia del relato. Evidencia de ánimo espurio. Constrastación de hipótesis Utilización del grado de verosimilitud.
Sub-fase de motivación del razonamiento corroborativo en el acuerdo	Se justifica concretamente el razonamiento corroborativo en todos sus alcances.

Fuente Propia (2020)
Elaboración propia (2020)

Es importante el desarrollo de cada uno de estos elementos de la fase de por cuanto, se aprecia por la posibilidad de que en base a las declaraciones de un colaborador eficaz (hasta

de un aspirante a colaborador, inclusive) y de la información obtenida en las diligencias de corroboración, se pueda condenar al aspirante a colaborador eficaz y, a la vez, emitir medidas coercitivas y limitativas de derechos; lo que no evita a que en aquellos momentos procesales, se realicen las corroboraciones en dichos procesos conexos, pero que coadyuva a otorgarle mayor verosimilitud a la información aportada.

En ese sentido, la Corte Suprema acertadamente, ha precisado lo siguiente:

La fase de comprobación de la información es la más importante, en tanto de ella depende que se llegue a un acuerdo y ulteriormente el colaborador pueda ser sujeto de beneficio mediante sentencia dictada por juez competente. De ahí que, la sola sindicación no es suficiente para concluir que la información sea veraz. Hace falta prueba de corroboración externa a la declaración inculpativa, ello como exigencia derivada de la garantía constitucional a la presunción de inocencia; en la medida que el aspirante a colaborador puede brindar información escasamente fiable, por el solo interés de obtener beneficios. Por lo tanto, la corroboración ha de ser rigurosa, con el fin de llegar a la verdad de los hechos. (Corte Suprema de Justicia, Casación N° 852-2016-Puno, fundamento 7).

De esta manera, marcamos nuestra posición desde el inicio, que consiste en considerar que la información aportada y obtenida por el aspirante a colaborador eficaz y en las diligencias de corroboración, será idónea para ser utilizada en los procesos conexos, si y solo si, ha superado los filtros establecidos en el proceso especial de colaboración eficaz, es decir, que se culminado con dicho proceso. Es evidente que nuestro criterio coincide con un sector minoritario de la doctrina procesal penal que ha desarrollado el tema y, va en contra de la interpretación mayoritaria que ha realizado la jurisprudencia.

¿Es la corroboración o verificación un principio del proceso de colaboración eficaz?

Respecto a este punto, cabe señalar que en la doctrina nacional se ha escrito muy poco. Y dentro de lo que se ha escrito llama la atención como algunas veces, fases propias del procedimiento o inclusive actividades que realizan una o varios sujetos del proceso

penal, pueden inspirar o propiciar que algunos autores las cataloguen como categorías lógico-jurídicas también denominados principios procesales, en la creencia de que al hacerlo se afirma su importancia para dicho proceso. Cabe señalar que esto último es una mera especulación de los motivos de dichos autores, sin embargo, ello no evita la crítica frente a esta práctica dentro de la academia procesal penal peruana.

Así pues, cabe preguntarnos si es posible considerar a la corroboración como un principio en la colaboración eficaz. Al respecto, cabe preguntarnos, conforme a lo que hemos expuesto anteriormente, y dado la variedad de veces y momentos en el proceso en el que es utilizado el término de corroboración si vale considerarla como un principio y, si esto fuera así, cuáles serían sus alcances y contenido esencial.

Para empezar, un principio del proceso como categoría lógico fundamental tiene ánimo de universalidad y que inspira la labor interpretativa del juzgador, por lo que tienen un contenido esencial definido dogmática y jurisprudencialmente. La corroboración como lo hemos mencionado anteriormente, se encuentra dentro del ámbito de la valoración y motivación de la prueba, siendo el sinónimo de probar. La corroboración no es un principio del proceso penal que puede modelar por sí mismo la estructura, etapa y funciones de los sujetos del proceso penal o como limitador de la arbitrariedad del Estado; sino que, actúa como un criterio epistemológico de veracidad de los medios de prueba actuados, sean testimoniales o documentales.

Así pues, la corroboración de la declaración del colaborador eficaz no puede ser considerada un principio del proceso, sino, metodología en la valoración de la prueba. Por otro lado, la corroboración previa al acuerdo, que es el tema de interés en la presente investigación, tampoco puede ser considerado un principio procesal, porque es una etapa del proceso especial de colaboración eficaz, que cumple diversas funciones como criterio epistemológico para determinar la utilidad o eficacia de la información aportada por el aspirante a colaborador eficaz, no se está pues ante una actividad de valoración de medios de prueba. La corroboración, utilizada así, es una fase previa al acuerdo de colaboración eficaz

cuya finalidad no es otra que la verificación de la información aportada.

En esa línea de interpretación, a pesar de no considerarla como un principio procesal, la importancia de la corroboración ha quedado plenamente acreditada en el apartado anterior, en el que hemos rescatado su inserción como criterio epistemológico de veracidad, que viene a menguar la inherente falta de credibilidad de la declaración del aspirante a colaborador eficaz.

Elementos esenciales de la fase de corroboración o verificación de la información en el acuerdo de colaboración eficaz

Condiciones necesarias previas

a. La voluntariedad y la defensa penal efectiva en las reuniones previas al acuerdo

No es nuestra intención realizar un desarrollo integral de la fase del acuerdo de colaboración eficaz, sino simplemente dejar constancia de la importancia que tienen estos aspectos de cara a la fase de corroboración, pues no tendría validez una información aportada viciada desde un inicio, aun cuando haya superado los filtros de la fase de corroboración. En ese sentido, dado el carácter de negociación de la colaboración eficaz, es inevitable pronunciarnos por dos requisitos que consideramos indispensables para el éxito del proceso de colaboración eficaz, que son la voluntariedad y el ejercicio del derecho de defensa.

Sobre el primer aspecto de la voluntariedad, debemos remitirnos por el amplio tratamiento que se le ha brindado a la doctrina y jurisprudencia norteamericana. En el *plea of guilty* (aceptación de cargos), el Juez realiza en primer lugar, un examen de capacidad de comparecer al juicio en el ejercicio de sus plenas facultades; en segundo lugar, verifica la *voluntary* de su declaración, es decir que su declaración se encuentre libre de coerción o producto de haber sido sometido a violencia psíquica o física que le obligue a confesar (Rodríguez, 1997). Aun cuando críticamente Langbein (2001) haya señalado que “el acuerdo (*plea areegment*) es la fuente de la coerción” (p. 15), dejar de lado este requisito traería aún mayores márgenes de arbitrariedad.

Críticamente a la regulación de la voluntariedad, Laudan (2013) al comentar los fallos de la Corte Suprema Estadounidense refiere que:

La corte suprema rechaza que el criterio para la admisión de las confesiones debe ser la relevancia y no la voluntariedad. En 1961, por ejemplo, la Corte argumentó que para decidir si una confesión ha sido otorgada voluntariamente (y es, por ello admisible), sería *inapropiado* considerar si ésta era probablemente verdadera (En el caso *Rogers v. Richmond*, la Corte argumentó que la impugnación de un supuesto otorgamiento voluntario de una confesión no puede resolverse usando “un estándar jurídico que tenga en cuenta las circunstancias de (su) probable verdad o falsedad” 365 US 534 (1961)). Es decir, una confesión que sea internamente coherente y que haya sido ampliamente corroborada, no obstante, será excluida a menos que el Estado pueda demostrar que fue otorgada voluntariamente (...) Esta situación es al menos extraña. (...) Desde mediados del siglo XX, la voluntariedad ha cobrado importancia en sí misma, perdiendo su anterior rol como test de la verdad de una confesión. Lo que fue introducido originariamente como ayuda para la búsqueda de la verdad ahora se ha convertido en un impedimento capaz de superar a la verdad misma. (p. 252).

No obstante, lo expuesto por Laudan, nuestra posición es considerar a la voluntariedad como un requisito indispensable de igual o más valor que la relevancia de la información que se aporta por el colaborador eficaz; de igual manera, la voluntariedad se encuentra íntimamente ligada al ejercicio efectivo del derecho de defensa del aspirante a colaborador eficaz. Respecto a este último aspecto de la defensa penal efectiva, se ha establecido conforme lo señala Rodríguez (1997), que la falta de una defensa penal no invalida el acuerdo, pero se extremen cuidados en caso no se cuente con el ejercicio de dicho derecho:

La importancia de la asistencia letrada es tal que los Jueces, reputarán como ha reconocido implícitamente la *Supreme Court*, *voluntary and knowing* la declaración del acusado que esté asistido por un abogado (puesto que se supone que estos han avisado adecuadamente a sus defendidos), por lo que aquellas *pleas* que no se produzcan de este modo serán más cuidadosamente revisadas por el Juez. Ello no quiere decir que estas declaraciones no sean válidas, sino que el *record* deberá demostrar que el acusado fue informado de este derecho y que él voluntariamente renunció al mismo. (p. 54).

Desde el derecho comparado rescatamos la regulación en el derecho brasileño, que se establece la obligatoriedad de que el imputado se encuentre asesorado por su abogado defensor en las negociaciones con el Fiscal (Ley 12.850, 2013, artículo 4, inc 6. Inciso 15). A diferencia de esta regulación, el ordenamiento procesal penal peruano ha optado por una defensa facultativa en las negociaciones previas, así pues, tenemos la posibilidad de que el Fiscal pueda celebrar reuniones con los colaboradores con o sin la presencia de sus abogados, que puede ser materializado en un convenio preparatorio (CPP de 2004, artículo 473 inciso 3), lo que, sin duda, puede convertirse en un instrumento de coacción si no se extreman los controles.

La necesaria idoneidad del aspirante a colaborador eficaz y credibilidad mínima de la información que aporta

El aspirante a colaborador eficaz, debe tener las cualidades de la idoneidad conforme a lo establecido en los artículos 474 y 475 del CPP de 2004, de los cuales puede interpretarse que debe ser necesariamente un integrante de la organización criminal e inclusive, pueden ser los jefes, cabecillas o dirigentes principales de organizaciones delictivas; es decir, todo aquel que puede entregar la información útil y eficaz que cumpla con alguna de las finalidades de la colaboración eficaz. En igual sentido y, con mayor precisión, el art. 4 del Reglamento del Decreto Legislativo 1301, establece que podrá postular a ser colaborador eficaz quien se haya disociado de la actividad criminal y manifieste su voluntad de proporcionar la información eficaz.

En tal sentido, como criterio delimitador previo al inicio de la fase de corroboración, es necesario que la información proporcionada por el aspirante a colaborador eficaz tenga caracteres de verosimilitud y coherencia que permita justificar el inicio de la fase de corroboración, por lo que, en este escenario no se pediría que la información sea suficiente en grado de verdad necesario para sostener un acuerdo de colaboración, sino solo en grado indiciario. En ese sentido, la doctrina española en referencia a la declaración del coimputado, ha señalado que la corroboración solo tendría sentido en cuanto la información sea por lo menos creíble o tenga caracteres de verosimilitud (Lozano, 2013) (Miranda, 2012).

Sub fase de diligencias de corroboración o verificación

a. Precisión del objeto

En este aspecto, conviene precisar que las diligencias de corroboración realizadas por la Policía Nacional de ser el caso, bajo la dirección del Ministerio Público, se rigen bajo las formalidades del CPP de 2004 y, por lo tanto, es necesario que cuenten con un objeto determinado.

Si nos remitimos al artículo 11 del Reglamento del Decreto Legislativo 1301, se ha previsto que el inicio del proceso de colaboración eficaz, se realiza mediante una disposición debidamente motivada que deberá contener entre algunos elementos, tres que consideramos importantes: 1. Si el aporte ofrecido podría ser eficaz; 2. Si la información puede ser corroborada y 3. Si permitirá alcanzar alguno de las finalidades del artículo 475 del CPP de 2004. Dicho esto, el objeto de las diligencias de corroboración comprenderá la obtención de todos aquellos datos o elementos corroborativos que permitan acreditar si la información proporcionada cumple estos tres elementos, las cuales partirán siempre desde la premisa de que la información aportada por el aspirante a colaborador no es fiable.

Para ello, como recomendación demos recurrir a la experiencia italiana que cita Sferlazza (2006), que al respecto ha señalado que:

El Ministerio Público tiene que recoger la indicación de todos los episodios sobre los que el colaborador es capaz de referir: tendrá que hacerlo de manera obviamente sintética y dando autonomía a cada hecho, permitiendo la gradual difusión de partes específicas de la misma acta, que deberán ser alegadas a la entrega relativa los crímenes específicos para demostrar que el colaborador no ha realizado declaraciones tardías. Según la jurisprudencia, los 180 días dentro de los que el colaborador tiene que proveer todas las noticias de que está en posesión, parten del momento de la formación del acta explicativa. (p. 144).

En tal sentido, siguiendo la experiencia italiana, el éxito de la fase de corroboración dependerá de la precisión de la naturaleza de los hechos a corroborar y cuáles serían las diligencias más idóneas para determinar la verosimilitud de estos hechos.

b. Sobre la inexistencia de contradicción en las diligencias de corroboración o verificación

Tal y como lo hemos expuesto anteriormente, la doctrina española crítica la fiabilidad probatoria de la información obtenida a partir de la declaración del colaborador, debido a la no participación del delatado en cuanto a la posibilidad de que su defensa pueda interrogar al aspirante a colaborador eficaz. Es decir, no se exige la vigencia del principio de contradicción, pero, aun así, la información que se aporte y obtenga en dicho proceso pueden ser utilizados en los procesos penales conexos.

Desde nuestra perspectiva, el objeto del proceso especial de colaboración eficaz no es la confesión y ni siquiera la condena o el beneficio otorgado al colaborador, sino que, es la información que pueda obtenerse del acuerdo negociado. En ese sentido, la Corte Suprema ha establecido que:

la colaboración eficaz es un proceso especial autónomo, no contradictorio, basado en el basado en el principio del consenso entre las partes y la justicia penal negociada, que tiene por finalidad perseguir y/o controlar eficazmente la criminalidad. En otras palabras, el proceso por colaboración eficaz es un mecanismo por el cual el colaborador brinda información útil y relevante que contribuye a descubrir la estructura organizacional, la forma de actuar, sus planes y las personas que la integran, neutralizando con estos datos la actividad delictiva de la organización criminal, posibilitando la entrega de los bienes o instrumento utilizables en la comisión de delitos o ubicar los activos maculados. (Corte Suprema de Justicia, Casación N° 852-2016-Puno, fundamento 8).

Aun cuando coincidamos con la doctrina que ha tratado el tema al afirmar que el proceso de colaboración eficaz no podría ser considerado un proceso, por la carencia precisamente de los elementos inherentes que la doctrina ha desarrollado como: pretensión, contradicción y no jurisdiccionalidad (Asencio, 2018); y, en consecuencia, más cercano a un procedimiento o especialidad procedimental en todo caso. Nuestra posición es que, finalmente, debe garantizarse que la información proporcionada que es el objeto del proceso penal pueda ser lo más fiable posible mediante la fase de corroboración correspondiente.

En consecuencia, la falta de no contradicción por parte del delatado en el procedimiento de

colaboración eficaz, se encuentra justificado en la medida de que la obtención de la información que ha superado los filtros de la fase de corroboración solo tendría calidad de elemento de convicción o medio de prueba, cuya fiabilidad y grado de probabilidad pueden ser sometida a contradictorio en el proceso penal conexo por parte de las partes procesales, que incluye al delatado. En ese escenario se puede debatir otras cuestiones como el mantenimiento de alguna medida de protección que se le haya impuesto al colaborador como la reserva de identidad e inclusive la necesidad de interrogarlo.

Por tanto, dada la finalidad de este procedimiento o proceso especial – como se le denomina al CPP de 2004 –, la participación del delatado en la fase de corroboración, mediante la posibilidad de interrogar al aspirante a colaborador eficaz, podría generar riesgos de intimidación o inclusive atentar contra la integridad del aspirante a colaborador, por lo que, resulta coherente que sea en el proceso penal conexo donde se permita la contradicción al delatado.

c. El plazo razonable de la fase de corroboración o verificación

En la regulación de la colaboración eficaz en el CPP de 2004, no existe normativa expresa respecto a la duración del proceso especial de colaboración eficaz y mucho menos de la fase de corroboración. Si revisamos la exposición de motivos del Decreto Legislativo N° 1301, veremos que no existe referencia alguna a dos aspectos que consideramos centrales, el primero sobre el plazo del procedimiento y el segundo sobre la fase de corroboración. Por ello, necesariamente debemos recurrir a la experiencia comparada para encontrar motivos razonables y dar una propuesta plausible.

Desde el derecho comparado, vemos que en Italia se ha establecido como plazo legal máximo de 180 días para que el colaborador entregue y explique toda la información que maneja, que comenzará desde el inicio de colaboración y la cual constará en el acta explicativa (Sferlazza, 2006). Cabe señalar, que no se precisa que este plazo corresponda a la fase de corroboración de la información, pero por su modelo de regulación entendemos que comprende esa fase incluyendo la de negociación; asimismo, este plazo se ha considerado como un requisito

necesario y la sanción de su incumplimiento ha sido su inutilización.

Por otro lado, en Brasil, de manera similar se ha establecido que el ofrecimiento de denuncia o el proceso penal relativo al colaborador podrá ser suspendido por el plazo de 6 meses, los cuales, pueden ser prorrogables hasta que sean cumplidas todas las medidas de colaboración, lo que suspende el plazo de prescripción de la acción penal (*Lei* 12850, artículo 4 inciso 3). Es decir, que como máximo se ha establecido el plazo de 1 año que debe durar todo el procedimiento de colaboración, desde que se inicia la fase de negociación hasta la homologación del acuerdo por parte del juez.

En ese sentido, consideramos que nuestra normativa afronta un grave problema relativo a la carencia de una disposición específica respecto al plazo general del procedimiento de colaboración eficaz y, a la vez, de las sub fases que no han sido delimitadas; quizás esta falta de regulación, ha motivado interpretaciones que propugnen una utilización más celerde de la información aportada por el colaborador eficaz, llevando inclusive a utilizarla sin que haya sido completamente corroborada ni sometida al control judicial.

En este contexto, el Ministerio Público ha emitido una instrucción general de cómo afrontar esta problemática y, de manera general ha señalado:

7.3.1.- El fiscal debe velar que el proceso de colaboración eficaz se realice en un plazo razonable. Para tal efecto:

a) El Fiscal procurará que la información proporcionada por el colaborador sea realizada de manera inmediata, oportuna y continua.

b) La corroboración debe darse de manera inmediata a la información proporcionada por el colaborador.

c) Luego de la corroboración, se debe establecer un cronograma que permita conocer a los participantes la duración máxima de la etapa de negociación. El mismo que puede ser programado conforme a la naturaleza del proceso.

7.3.2.- Se pueden firmar convenios preparatorios que establezcan cronogramas de las acciones a realizar a fin de presentar el acuerdo en breve plazo. (Ministerio Público, Instrucción General N° 1-2017-MP-FN, punto 7.3.)

Conforme a esta instructiva cuyo aporte, ciertamente, se ha emitido con la mejor de las intenciones, consideramos brindar unas pautas adicionales respecto al tema en específico de la corroboración que podrían servir de apoyo interpretativo, puesto que es un aspecto muy importante que inclusive puede condicionar:

- El proceso de colaboración eficaz como hemos señalado antes, se rige bajo las reglas generales del proceso penal común en lo que le sea aplicable.
- En tal sentido, en los casos de gran complejidad como lo son los de crimen organizado, consideramos que las diligencias de corroboración no deben durar más allá de los 8 meses, a partir de que se conozca la información proporcionada por el aspirante a colaborador, en atención a que las diligencias pueden revestir de dificultades para su acreditación.
- No obstante, se puede ampliar el plazo en caso de que se necesite la actuación de una diligencia indispensable de corroboración. En todo caso, dicha ampliación debe ser razonable en atención a la eficacia y motivado mediante una disposición fiscal.

Para finalizar esta segunda reflexión, queremos precisar que esta elaboración de elementos esenciales para la fase de corroboración o verificación serviría de base, para que el Fiscal pueda analizar la información aportada por el colaborador eficaz junto a la información que la verifica o corrobora aplicando un razonamiento corroborativo necesario para reducir los peligros ya advertidos, sobre los cuales no existe ningún control y que han sido motivo de crítica en el apartado correspondiente.

Así pues, la construcción de un razonamiento corroborativo constituye una tarea pendiente que podría ayudar a reducir la desconfianza sobre la información que aporta el aspirante a colaborador eficaz, con la finalidad de que solo aquella información que supere estos filtros pueda ser utilizada para sustentar medidas cautelares personales o reales, medidas limitativas de derechos o una sentencia condenatoria. Asimismo, es recomendable que dicho razonamiento tenga que ser controlado judicialmente, por lo que, la motivación de este razonamiento bien puede ser una exigencia compatible y aceptable para tal caso.

CONCLUSIONES

- El modelo de colaboración eficaz como proceso especial asumido por el CPP de 2004, dispone de una fase de corroboración de la información que aporta el aspirante a colaborador eficaz, la misma que no ha merecido atención ni de la dogmática procesal penal, ni de la jurisprudencia nacional.
- La amplia discrecionalidad del Fiscal para determinar el estándar de corroboración de la información aportada por el aspirante a colaborador eficaz, posibilita la existencia de riesgos como la presencia de sesgos de confirmación en la corroboración de la información, así como la posibilidad de que el aspirante a colaborador pueda aportar información falsa o que se realicen diligencias de corroboración ilícitas.
- El análisis de la fase de corroboración o verificación en la colaboración eficaz, debe partir desde una perspectiva epistemológica destacando la importancia de esta fase para reducir los riesgos y la desconfianza que desde el inicio se tiene sobre la declaración de un aspirante a colaborador eficaz.
- El respeto a la voluntariedad y la defensa penal efectiva del aspirante a colaborador eficaz desde las reuniones informales y la evaluación de su idoneidad para brindar la información, constituyen las condiciones mínimas requeridas para que se inicie la fase de corroboración o verificación de la información aportada.
- La precisión del objeto de las diligencias de corroboración, destacando la idoneidad de las mismas para encontrar elementos de corroboración que verifiquen o no la información aportada, así como, la determinación de un plazo razonable para dichas diligencias que incluyen las reuniones de negociación, son elementos esenciales que deben desarrollarse dogmáticamente a fin de cumplir con la finalidad de la colaboración eficaz: conseguir información eficaz, útil y oportuna para el desbaratamiento de las organizaciones criminales.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Asencio, J. M. (2018). El procedimiento por colaboración eficaz. La ilícita e inconstitucional incorporación de sus actuaciones al proceso penal. En Asencio, J.M. y Castillo, J.L. (Eds.), *Colaboración eficaz* (pp. 10 – 82), Lima, Perú: Editorial Ideas.
- Binder, A. (1997) Política criminal, derecho penal y sociedad democrática. En: El mismo. *Política criminal. De la formulación a la praxis*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Ad-Hoc.
- Castillo, J. (2017). La colaboración eficaz y su empleo en la prisión provisional. En: José María Asencio Mellado y José Luis Castillo Alva (Directores). *Colaboración eficaz, prisión preventiva y prueba*. Lima, Perú: Ideas Solución Editorial.
- Devis Echandía, H. (2002). *Teoría general de la prueba judicial. Tomo II*. 5ta. Edición. Bogotá, Colombia: Editorial Temis S.A.
- De La Jara, E. (2016). *La colaboración eficaz contra el crimen organizado, entre lo permitido y prohibido por el Derecho* (Tesis de maestría). Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, Perú. En página web: <http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/8372>.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. (Traducción de Perfecto Andrés Ibañez y otros). Madrid, España: Editorial Trotta.
- Garapon, A. y Papadopoulos, L. (2008). *Juzgar en Estados Unidos y en Francia*. (Traducción de Viviana Díaz Perilla), 1º edición en español. Bogotá, Colombia: Legis Editores S.A.
- Gascón, M. (2004). *Los hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba*. 2º edición. Madrid, España: Marcial Pons.
- Gómez, M. (2004). *Criminalidad organizada y medios extraordinarios de investigación*. Madrid, España: Editorial Colex.
- González, J. (2007). El renacimiento del pensamiento totalitario en el seno del estado de Derecho: la doctrina del derecho penal del enemigo. *Revista Penal*, 19, pp. 52-69.
- Kahneman, D. (2017). *Pensar rápido, pensar despacio*. Ciudad de México, México: De Bolsillo.
- Langbein, J. (2001). Tortura y plea bargaining (traducción de María Lousteau y Alberto Bovino). En: Julio Maier y Alberto Bovino (Comps.). *El procedimiento abreviado*. Buenos Aires, Argentina: Editores Del Puerto.
- Laudan, L. (2013). *Verdad, error y proceso penal. Un ensayo sobre epistemología jurídica*. (Traducción de Carmen Vásquez y Edgar Aguilar). Madrid, España: Editorial Marcial Pons.
- Lozano, M. (2013). *La declaración de los coimputados*. Navarra, España: Editorial Arazandi.
- Lupo, S. (2016). *Historia de la mafia. Desde sus orígenes hasta nuestros días*. (Traducción Stela Mastrangelo). Ciudad de México, México: Fondo de Cultura Económica.
- Miranda, M. (2012). Prólogo. En: Alonso Peña-Cabrera Freyre. *Los procesos penales especiales y el derecho penal frente al terrorismo* (pp. 9 – 11). Lima, Perú: Editorial Idemsa.
- Muñoz, J. (2008). *De las prohibiciones probatorias al Derecho procesal penal del enemigo*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Hammurabi.
- Muñoz, A. (2011). La influencia de los sesgos cognitivos en las decisiones jurisdiccionales: el factor humano. Una aproximación. *Indret: Revista para el análisis del Derecho*. 2(1). Recuperado de: http://www.indret.com/pdf/820_es.pdf.
- Nieva, J. (2012). *Fundamentos de Derecho procesal penal*. Buenos Aires, Argentina: Editorial BdeF.
- Andrés, P. (2009). *Prueba y convicción judicial en el proceso penal*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Hammurabi
- (2010) *La valoración de la prueba*. Madrid, España: Marcial Pons.
- Ore, A. (2016). *Derecho procesal penal peruano*. Tomo III. Lima, Perú: Editorial Gaceta Jurídica.

Ortiz, J (2018). *Los delatores en el proceso penal. Recompensas, anonimato, protección y otras medidas para incentivar una "colaboración eficaz" con la Justicia*. Madrid, España: Wolters Kluwer España S.A.

Páez, A. (2019). Los sesgos cognitivos y la legitimidad racional de las decisiones judiciales. Recuperado de: <https://philpapers.org/archive/PEZLSC.pdf>. Consultado el 15 de abril de 2020.

Peña, R. (1997). *Procesos penales especiales. Nuevas tendencias en el proceso penal peruano*. Lima, Perú: Editorial San Marcos.

Portilla, G (2004). Fundamentos teóricos del derecho penal y procesal-penal del enemigo. *Jueces para la democracia*, 49, pp. 43-50.

Ragués, R. (2006). ¿Héroes o traidores? La protección de los informantes internos (*whistleblowers*) como estrategia político-criminal. *Indret* 364 (3), pp. 1-19.

Real Academia Española. Diccionario de la lengua española. 23ª edición. Recuperado de: <https://dle.rae.es/corroborar>.

Riquert, M. (2011). *La delación premiada en el Derecho penal. El arrepentido "una técnica especial de investigación" en expansión*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Hammurabi.

Rodríguez, N. (1997). *La justicia penal negociada. Experiencias de Derecho comparado*. Salamanca, España: Ediciones Universidad de Salamanca.

Rojas, F. (2012). Alcances y cuestiones generales del procedimiento especial de colaboración eficaz en el nuevo código procesal penal. *Revista Derecho & Sociedad*. 39 (1), pp. 52-60. Recuperado de: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/13059/13671>.

San Martín, C. (2015). *Derecho procesal penal. Lecciones*. Lima, Perú: INPECCP.

Sferlazza, O. (2006). *Proceso acusatorio oral y delincuencia organizada*. Ciudad de México, México: Editorial Fontamara.

LEGISLACIÓN Y NORMAS ADMINISTRATIVAS PERUANAS

Gobierno del Perú. Congreso de la República (20 de diciembre de 2000). *Ley N° 27378. Ley que establece beneficios por colaboración eficaz en el ámbito de la criminalidad organizada*. Recuperado de: https://www.oas.org/juridico/spanish/per_res31.pdf.

Gobierno del Perú. Ministerio de Justicia. *Decreto Supremo N° 015-93-JUS, Aprueba el Reglamento de la Ley del Arrepentimiento sobre Delito de Terrorismo*. Recuperado de: [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4uibd.nsf/3E9D3734B44BAC5005257BF8008014F9/\\$FILE/4.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4uibd.nsf/3E9D3734B44BAC5005257BF8008014F9/$FILE/4.pdf).

Gobierno del Perú. Consejo de Ministerios (12 de mayo de 1992). Decreto Ley N° 25499, Establecen los términos dentro de los cuales se concederán los beneficios de reducción, exención, remisión o atenuación de la pena, a incurso en la comisión de delitos de terrorismo. Recuperado de: <https://docs.peru.justia.com/federales/decretos-leyes/25499-may-12-1992.pdf>.

Gobierno del Perú. Consejo de Ministros (6 de abril de 1992). *Decreto Ley N° 25418 Ley de Bases del Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional*. Recuperado de: <https://docs.peru.justia.com/federales/decretos-leyes/25418-apr-6-1992.pdf>.

TRATADOS INTERNACIONALES

Organización de las Naciones Unidas (2004). Convención Interamericana contra la Corrupción (B-58), suscrito el 29 de marzo de 1996, artículo 6. Recuperado de: http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_B-58_contra_Corruptcion.asp. Consultado el 8 de abril de 2020.

Organización de las Naciones Unidas (2004). Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus dos protocolos adicionales. Recuperado de: <https://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-s.pdf>. Consultado el 25 de abril de 2020.

LEGISLACIÓN INTERNACIONAL

ARGENTINA

Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina (2016). *Ley 27304, modifica el Código Penal Argentino*. Recuperado de: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/265000269999/267115/norma.htm>.

BRASIL

Cámara Dos Deputados (2 de agosto de 2013). Artículo 3 [Capítulo II]. *Lei de Combate ao Crime Organizado* [Lei 12.850 de 2013]. Recuperado de: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2013/lei-12850-2-agosto-2013776714-norma-pl.html>.

COLOMBIA

Congreso de Colombia (2019). *Ley 906, por el cual se expide el Código de Procedimiento Penal Colombiano (Corregida de conformidad con el Decreto 2770 de 2004)*. Recuperado de: http://www.defensoria.gov.co/public/Normograma%202013_html/Normas/Ley_906_2004.pdf.

JURISPRUDENCIA NACIONAL

Corte Suprema de Justicia, Casación N° 852-2016-Puno.

LA SUSPENSIÓN: “EL JUEGO DE LOS ENCANTADOS” EN LAS CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES EN MÉXICO

THE SUSPENSION: “THE FREEZE TAG GAME” IN CONSTITUTIONAL CONTROVERSIES IN MEXICO

Irvin Uriel López Bonilla

Universidad Veracruzana

<https://orcid.org/0000-0003-0324-0854>

irvlopez@uv.mx

México

Recibido: 27 de marzo de 2020

Aceptado: 3 de junio de 2020

SUMARIO

- Introducción
- El qué, por qué y para qué de las controversias constitucionales
- Las medidas cautelares: concepto, marco constitucional y procedencia
- Significación de la suspensión en los procedimientos de controversias constitucionales
- Conclusiones
- Fuentes de consulta.

RESUMEN

La evolución de la suspensión y su naturaleza como medida cautelar en los medios de regularidad constitucional, demandan el divorcio entre esta y la idea de que su efecto solo implique un afán de encantamiento que imposibilite la ejecución del acto que motiva la controversia constitucional. De esta forma, con miras a enervar cualquier daño de imposible reparación, provocado por un órgano estatal que inobserve disposiciones pilares del texto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) –el sistema de protección del federalismo, la división de poderes y la tutela de la persona humana– deben aplicarse las características connaturales, cautelares, de la suspensión, para adelantar provisionalmente los derechos que, con posterioridad, sean estudiados en su constitucionalidad.

ABSTRACT

The evolution of the suspension and his nature as a precautionary measure in the means of constitutional regularity, they demand the divorce between it and the idea that its effect only implies a desire for enchantment that makes the execution of the act that motivates the constitutional controversy imposible, in this way, with a view to shoveling any damage impossible to repair caused by a state body that doesn't observe pillar provisions of the Political Constitution of the United Mexican States (CPEUM text) - the system of protection of federalism, the division of powers and the protection of the human person -, innates characteristics must be applied, precautionary, of the suspension, to provisionally advance the rights that are subsequently studied in their constitutionality.

PALABRAS CLAVE

Apariencia del buen derecho, controversias constitucionales, medidas cautelares, peligro en la demora, suspensión.

KEYWORDS

Appearance of good law, constitutional controversy, cautionary actions, danger of lateness, suspension.

INTRODUCCIÓN

Es innegable la posición institucional de las controversias constitucionales en una realidad que apremia la guarda de la Constitución, como norma suprema y vinculante de un Estado

Constitucional; es evidente la trascendencia de exigir jurisdiccionalmente el respeto a las facultades delegadas en los órganos originarios del Estado, mediante ese texto constitucional que lo erige como una entidad legítima.

Por lo que en la hipótesis de una trasgresión a los postulados constitucionales y, en tanto el reclamante espera un pronunciamiento de fondo sobre la garantía constitucional, encuentran suma relevancia las medidas cautelares, mediante las que se puede impedir –provisionalmente– se ejecuten los actos y se experimenten los efectos y consecuencias que integran la *litis*, de ahí que su cauce normativo, concepto, evolución e impacto en el seno de las controversias constitucionales, como mecanismos reguladores de la actividad estatal, inciden directa o indirectamente en el interés general, pues se proyectan al seno de la persona humana, como eje rector de toda labor del Estado.

Concisamente, como objetivo general, se plantea examinar la figura de la suspensión como medida cautelar en las controversias constitucionales, para atender el desarrollo de su concepto y la necesidad de adoptarla actualizadamente, tomando como premisa básica que toda ingeniería jurídica, tiene una visión antropocéntrica.

Ese progreso conceptual, ha orillado a que la suspensión deba ser vista desde otra óptica, con mayor dinamismo impregnado de anticipación, dejando de lado su visión inmóvil, con efectos únicamente congelatorios, como si de un “juego de los encantados” se tratara. Vale explicar que, en la tradición mexicana, el juego de los encantados implica que sus jugadores, de ser tocados, permanezcan estáticos ante cualquier hecho. De ahí la equiparación de la intención con la que se ha dotado a la suspensión en las controversias constitucionales, con el efecto de encantamiento de aquella acción de entretenimiento.

Y es que los alcances de la suspensión, como se describe *infra*, no son sinónimo de inmovilización del acto que se reclama, es decir, la inexcusabilidad de detener la ejecución material de un acto, no es la única forma en la que se configura la suspensión, como medida cautelar, por el contrario, cuando se disponen ciertos elementos como el peligro en la demora y la apariencia del buen derecho, su repercusión

puede extremarse en adelantar los efectos que sobrevendrían de la inconstitucionalidad, anticipando los resultados que previenen daños de imposible reparación e incluso la restitución provisional de los derechos que se pudieran considerar agredidos.

Atento a lo anterior, se dividió el presente en tres apartados. En el primero se detalla el concepto, finalidad, objeto y justificación de las controversias constitucionales en el ordenamiento jurídico. En el segundo, dado que la suspensión es la especie del género de las medidas cautelares, se aborda el encuadre conceptual, normativo y de presupuestos para la existencia de estas. Finalmente, en el tercero de los segmentos, se detalla la figura de la suspensión, como medida cautelar, en los citados medios de regularidad constitucional, proyectando la concepción actual y el rumbo que se considera debería tomar, con base en la naturaleza jurídica de las propias medidas cautelares.

Para esta tarea, aplicamos como métodos, el hipotético deductivo, transitando desde la anidación de las controversias constitucionales, la naturaleza de las medidas cautelares y su viabilidad en el marco constitucional mexicano, hasta el papel de la suspensión en el ayuntamiento controversias constitucionales – medidas cautelares; y, dogmático, al contar con un aparato crítico que permite edificar los conceptos de instituciones que requieren un replanteamiento pragmático.

Así, bien se puede adelantar que, a través de la aplicación de la concepción evolutiva de la suspensión, en las controversias constitucionales, no sólo se inmovilizan las cosas para mantenerlas en el estado que guardaban en el momento de decretar la medida cautelar, tal como si se jugara “el juego de los encantados”, sino, por sus propiedades sustanciales y conceptos interpretativos, los efectos se pudieran adelantar para evitar una intromisión en la esfera próxima de la persona humana.

EL QUÉ, POR QUÉ Y PARA QUÉ DE LAS CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES

La justificación del Estado de Derecho, como estado de la razón y de la racionalidad sociopolítica, se haya en el documento constitucional supremo de la entidad;

The suspension: “the freeze tag game” in constitutional controversies in Mexico

vinculante; en funcionamiento para asegurar el cumplimiento de los derechos y la orientación de los poderes públicos, sociedad y gobernados, a través de mecanismos dirigidos de las disposiciones del propio texto constitucional que garantizan su vigencia y fuerza preceptiva (Casarín, 2010).

En el sistema jurídico mexicano, las controversias constitucionales son procesos que permiten, *inter alia*, el aseguramiento de la observancia constitucional a la que se hacía referencia líneas *supra*. A pesar de que los vestigios de estos medios de control datan de la Constitución Mexicana de 1857, la reglamentación actual es producto de diversas reformas al texto constitucional del 5 de febrero de 1917, actualizando en buena medida su proceder y, legitimando a órganos que por imperativo de la norma fundamental estuvieron frenados para incoar dicho proceso.

Previstas en la fracción I del artículo 105 de la CPEUM y, reguladas por la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (LR), las controversias constitucionales, bajo una denominación genérica, agrupan procesos jurisdiccionales con distintas características (Cossío, 2008), cuyo concepto puede entenderse bajo dos ópticas: como un medio de protección del sistema federal de gobierno y, como uno de los mecanismos contemplados por el derecho procesal constitucional (Poder Judicial de la Federación, 2004).

Cierto es que, con independencia de este paralelismo conceptual, se mantiene a flote la posibilidad de que diversos órganos del Estado tengan diferentes puntos de vista con relación al significado de las normas que regulan su actividad competencial y, entonces, se susciten conflictos que deban ser atendidos con miras de constitucionalidad (Cossío, 1997), ya que sumariamente las interpretaciones que aquéllos pudieran tener de estas, impactan en las actuaciones que se ejecutan en el seno social, resultando una afectación indirecta a la propia persona humana, al ser el fin primordial de la protección constitucional.

En tal sentido, las controversias constitucionales son procedimientos jurisdiccionales que pueden promover entidades, poderes u órganos públicos —legitimados constitucionalmente—

ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), persiguiendo el pronunciamiento que determine si los actos o disposiciones generales de otras entidades, poderes u órganos públicos, invaden la esfera de competencia de los primeros (Ovalle, 2011). *I.e.*, dicho mecanismo permite invocar la intervención del Pleno de la SCJN¹ para resolver conflictos de orden jurídico constitucional que se susciten entre poderes o niveles de gobierno (Salgado, 2001), escudriñando una regularidad normativa y, con base en ella, determinar la asignación de competencias sobre cada órgano originario de Estado, siempre que se presuma una invasión de las facultades exclusivas.

Para mayor precisión, Soto Flores (2016, pág. 157) se refiere a las controversias constitucionales como:

[p]rocedimiento de control de regularidad constitucional para resolver conflictos que se susciten entre los tres niveles de gobierno (federal, estatal y municipal) respecto a la nulidad de normas generales o actos de autoridad por ser contrarios a disposiciones contenidas en la Constitución, al sobrepasar atribuciones entre ellos; o bien, conflictos sobre los límites de los Estados cuando éstos adquieren un carácter contencioso.

Con esas consideraciones, como afirma Cossío Díaz (2008), la finalidad de las controversias constitucionales es de naturaleza normativa, debido a que por su medio se conoce de la injerencia nociva a la designación competencial de un órgano, producida de la actuación u omisión de otro. El objeto de dicho mecanismo, experimenta dos modalidades (Cossío, 2008):

- *Directa*. Atiende a la asignación de derechos, facultades, deberes, responsabilidades o competencias a un órgano determinado o a una orden con relación a otros órganos u órdenes; explorable, cuando se busca la efectividad de la supremacía constitucional, estimulando la anulación de normas o actos que desconozcan las

1 A pesar de que en los artículos 105 de la CPEUM y 10 de la *Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación* se establece que la sustanciación y resolución de las controversias constitucionales son competencia del Pleno de la SCJN, mediante el Acuerdo Plenario 5/2001 se facultó a la Sala a la que pertenece el Ministro Instructor, para resolver los asuntos cuando resulte innecesaria la intervención del Pleno del Tribunal (SCJN, 2001; Segunda Sala de la SCJN, 2012)

disposiciones de la CPEUM, tomando como parámetro al texto constitucional como un todo.

- *Indirecta*. Persigue la asignación de bienes y recursos, el reconocimiento de órganos, la validación de procesos, determinación de responsabilidades o cualquier otra posibilidad política, económica, social, clasificada en situaciones de hecho; visible cuando la norma que se persigue anular, es contraria al contenido de aquellas jerárquicamente superiores que, no sean la CPEUM.

Ahora, el cauce de la actuación funcional normativa de las controversias, a través del cual cumple con su objeto –directo e indirecto–, sustentado en los controles de regularidad con los que procede la SCJN, viene al encuentro del deber de efectividad de las disposiciones normativas constitucionales; reconocedoras de atribuciones específicas a distintos órganos originarios; justiciables en los Estados Constitucionales; garantizadoras y fortalecedoras del equilibrio de poderes, la supremacía constitucional y el federalismo (Sánchez Cordero, 2005), pues guardan “[p]rincipios estructurales sobre los cuales descansa la legitimidad del ordenamiento en tanto marco normativo de la convivencia político-social.” (Casarín, 2008).

De esta forma, el papel de las controversias constitucionales dentro del seno del derecho procesal constitucional, se encuentra encaminado –directamente– a la limitación y racionalización del poder político (Casarín, 2010), con miras hacia la construcción del Estado Constitucional de Derecho, pero indirectamente, tutela de la persona humana, que funge como la protagonista de la protección que brindan todos los medios de control constitucional, que disponen importantes niveles de eficacia y eficiencia de los mandatos constitucionales (Casarín, 2008), debido a que su bienestar se encuentra bajo el imperio de los sistemas de descentralización del federalismo y división de poderes (Pleno de la SCJN, 1999).

LAS MEDIDAS CAUTELARES: CONCEPTO, MARCO CONSTITUCIONAL Y PROCEDENCIA

A pesar de que en el devenir histórico – comienzos del siglo XX; Europa– las medidas cautelares fueron consideradas como incidentes procesales para garantizar la ejecución de las sentencias (Rodríguez, 2013) y, apéndices de ejecución forzada (Calamandrei, 1945), cuya traducción representaron procesos accesorios a otro autónomo, que servían para garantizar el buen fin de este último, su concepto se ha diversificado por la amplitud de su teleología.

Concisamente, a través de las medidas cautelares se responde a la expresión concreta de la garantía del equilibrio de las partes en todo litigio, como principio general del derecho procesal (Vázquez, 2010), pues son “[a]ctos que se dictan a favor del demandante, que, salvaguardando los derechos de este participan, por ser manifestación de la misma, en la consecución de una tutela judicial efectiva” (Rodríguez, 2013).

Evolutivamente, aquellas han de dejado de ser procesos accesorios para convertirse en autónomos que, aunque instrumentales,² se articulan para la definición de circunstancias probables de tambalear y perjudicar al justiciable. Esto conlleva a que el órgano jurisdiccional actúe de manera preventiva sobre una situación que pueda agravarse, es decir, el operador jurídico dicta una medida que permita mantener las cosas en el estado en que se hayan en tanto no se dirima la controversia, habida cuenta de que toda contienda judicial es consumidora de tiempo, por lo que se busca que su tránsito no recrudezca el daño que se pretende reparar o la situación que se busca superar (Rodríguez, 2010).

Lo anterior favorece la jurisdicción previsor y preventiva del órgano jurisdiccional. Alba de Alba, señala que esta potestad está caracterizada como una reacción inmediata, efectiva y prudente, que permite encauzar la realidad afflictiva hacia la morigeración de los efectos negativos que se pudieran

2 Sin que implique confusión, la autonomía y la instrumentalidad de las medidas cautelares, se origina al margen de la experimentación de un pequeño desfase temporal desde la solicitud de las cautelares y la incoación del proceso principal, puesto que la medida es dictada en el instante de su petición y persigue resguardar la tutela efectiva que del resultado de un proceso derive (Alba, 2011).

The suspension: “the freeze tag game” in constitutional controversies in Mexico

irradiar por el decurso del tiempo e incluso, retro trayendo las cosas a un estado anterior, pues de nada serviría una sentencia favorable a la controversia planteada en un inicio, si aquélla es imposible de ejecutarse, ya sea porque la situación *de facto*, primariamente planteada, se encuentre modificada o, se produzcan daños de difícil reparación (2011).

En el ordenamiento constitucional mexicano, las medidas cautelares se reducen implícitamente a los derechos de audiencia y de tutela judicial efectiva, consagrados en los diversos 16 y 17 de la CPEUM, respectivamente.

Sobre el particular conviene puntualizar que el derecho de audiencia es un pilar básico en la institución cautelar; en contraste con la naturaleza de esta, que se dicta *inaudita parte*, debe precisarse que el contenido del artículo 16 de la CPEUM arriba un enlace entre la tutela *ex ante* y la previa audiencia. En este sentido, la medida cautelar no vulnera el derecho a ser oído, pues la providencia emitida constituye una resolución provisional que tiene como base la prevención de peligro en la dilación; que suple interinamente la falta de una resolución para asegurar su efectividad, de tal suerte, que sus efectos provisionales quedan sujetos a la resolución del procedimiento en el que se dictaron, mismo en el que el sujeto sobre el que pesa la cautelar es parte y, podrá aportar los elementos probatorios que considere convenientes (Pleno de la SCJN, 1998).

Por otro lado, el derecho a la tutela jurisdiccional impone al Estado la obligación de adoptar los mecanismos necesarios para garantizar su efectividad, de tal manera que este derecho no se limita al acceso a los tribunales y el aseguramiento de un proceso equitativo, sino que demanda el acogimiento de medidas necesarias para que quien obtuvo una sentencia estimatoria pueda lograr que se ejecute efectivamente esta (Alba, 2011), se evite la consumación de actos contrarios a derecho que afecten irreparablemente la esfera jurídica del particular e, incluso, se garantice la utilidad del proceso principal instituido para la defensa de los derechos (Segunda Sala de la SCJN, 2005).

En la correlación de lo preceptuado constitucionalmente, pueden vislumbrarse condiciones particulares de procedencia

que, derivan de la provisionalidad,³ instrumentalidad⁴ y preventividad, pues estas se dictan con la observancia al margen de la apariencia del buen derecho, peligro en la demora y contracautión.

El primero de los presupuestos *–fumus bonis iuris–*, refleja que las medidas cautelares se encuentran basadas en la probabilidad, posibilidad y verosimilitud, pero no certeza de lo que pide (Rodríguez, 2013), *i.e.*, se redime al aparente derecho *–indiciario, no probatorio–* que socorre al peticionario y bajo el cual la medida es dictada.

Por su parte, el *periculum in mora*, es la justificación para que el dictado sea garantizado *inaudita parte*. Este presupuesto fortalece la finalidad *lato sensu* de las providencias precautorias, pues se sustenta en la premisa de que lo que lleva al justiciable a solicitarlas o, en su caso, al juzgador a determinarlas de oficio, es la posibilidad de que el tiempo que consumirá el proceso en el que se resolverá definitivamente el diferendo, puede provocar el detrimento irreparable del derecho o la imposibilidad de superar la situación alegada, de tal forma que, intrínsecamente, el riesgo del paso del tiempo y las consecuencias perjudiciales en la efectividad son lo que legitima su adopción, a sabiendas que el peligro⁵ del que se habla, debe

3 La provisionalidad, como característica de la medida cautelar, no sólo se mantiene en el entendido de que esta tiene una duración temporal, sino detenta su permanencia mientras no sobrevenga un evento sucesivo, en vista del cual, el estado de provisoriedad se mantiene subsistente durante un tiempo intermedio, es decir, tiene una duración limitada a aquel periodo de tiempo transcurrible entre la emanación de la providencia cautelar y la emanación de otra providencia jurisdiccional que, a diferencia de la primera, sea definitiva; no tienen una vocación de perduración indefinida, ni aspiración a convertirse en definitiva, porque su propósito se pierde si se extinguen los efectos que requieran ser asegurados. (Calamandrei, 1945; Marín, 2004; Pérez, 2006).

4 La instrumentalidad, es una propiedad coyuntural en las medidas cautelares; siguiendo a Calamandrei, esta característica asegura que aquellas no son preordenadas, es decir, no constituyen un fin en sí mismas, sino que nacen, a servicio de una providencia definitiva, de tal manera que la extinción de las provisionales sucede en el momento que se dicta la principal y definitiva y, desde luego, se desarrolle su eficacia ejecutiva, *i.e.*, el periodo de vida de una medida cautelar sigue la suerte de la pretensión original, ya que está vinculada y al servicio de la sentencia que deberá pronunciarse en el proceso una vez que transite por todas sus etapas. (Calamandrei, 1945; Marín, 2004; Alba).

5 Marín González afirma que la configuración del peligro en la demora, siguiendo la doctrina italiana, varía según la función de la medida cautelar; en tal sentido, habla de *peligro de infructuosidad y peligro de tardanza o de retardo*, dependiendo si la precautoria asegura, por ejemplo, urgentemente la existencia de bienes o del objeto de la

patentarse cuando existe un daño inminente y, por tanto, la necesidad de urgencia de la tutela cautelar.

ejecutivo,⁶ prejuzgue el fondo del asunto o se convierta en una condena anticipada para la parte demandada (Burbano, 2012). Este requisito efectiviza el contenido de la garantía de audiencia *ex post*. Si existe una presunción de un aparente derecho favorable para el actor de la cautelar, esta condición de procedencia, revela que la providencia definitiva también puede ser favorable para el sujeto pasivo, quien además, debe ser tratado con las mismas garantías y condiciones que el demandante; por lo que, si llegado el momento se acreditar que el actor ha actuado de manera abusiva y se demuestre que pretende, a toda costa, mantener las medidas cautelares como forma de presión ilegítima, es elemental que indemnice todos los perjuicios que la orden cautelar haya generado al demandado (Marín, 2004).⁷

Consecuentemente, el ejercicio práctico de los requisitos enunciados excitan el contrapeso procesal, pues en materia de medidas cautelares, el demandado soporta una cautelar, con injerencia sobre su esfera jurídica, con base en una evaluación requisital, sujeta a la discrecionalidad del juzgador (Rubio, 2018), ya que el cumplimiento de las citadas condiciones se sostienen a la interpretación para verificar el derecho que le asiste al actor, el peligro en la dilación de su dictado y, desde luego, la garantía procesal de contracautela.

SIGNIFICACIÓN DE LA SUSPENSIÓN EN LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES

En la mayoría de las situaciones se recurre a un órgano jurisdiccional para que mediante su intervención se resuelva un conflicto *inter partes*; se invoca a la justicia constitucional

buscando que se dirima un diferendo que, se estima, trasgrede algún principio constitucional o, cuando algún acto no es acorde al sistema jurídico que ha servido de margen para regularlo.

Ahora bien, en las más de las ocasiones dichos reclamos requieren que mientras se resuelve de fondo el conflicto, que se ha sometido a consideración de los tribunales, se suspendan los efectos que pudieran generar la ejecución del acto del que se duele en forma principal, puesto que se alega que ya la sola existencia o su ejecución –futura– vulnera a la esfera del actor. En tal sentido, surte a la vida jurídica la suspensión, como figura provisoria, garante de la conculcación que el tránsito del tiempo, en tanto se resuelve proceso, podría generar en el gobernado.

Parafraseando a Zaldívar (1997), la suspensión del acto que se reclama, tiene dos finalidades primordiales: que se conserve viva la materia motivo de *litis* y, que se eviten a los justiciables daños de difícil o imposible reparación en tanto se falla el fondo del proceso. Es decir, además de asegurar la efectividad de una eventual sentencia estimatoria que se pronuncie, lo que se persigue es evitar que al gobernado se le produzcan perjuicios irreparables durante la pendencia del juicio, por la ejecución del acto reclamado o sus efectos (González, 2006).

Con suma nitidez, Fix-Zamudio (1964) admite que la naturaleza cautelar de la suspensión, se constituye por partir como “[u]na apreciación preliminar de la existencia de un derecho con el objeto de anticipar provisionalmente algunos efectos de la protección definitiva”.

Finalmente, el último de los presupuestos –contracautela– responde a un contenido anticipatorio, sin que sea La suspensión en las controversias constitucionales adquiere demarcación legal y no constitucional,⁸ no

demanda en vista de una futura ejecución o, si aquella se destina a acelerar provisoriamente la satisfacción de la pretensión deducida, ya que de esperarse el completo desarrollo del juicio se puede producir en el demandante perjuicios irreparables (Marín, 2004).

6 Es necesario que la autoridad competente se asegure de que, bajo el manto de la función cautelar no se esconda una verdadera función de ejecución (Marín, 2004).

7 Conviene puntualizar que la contracautela no se presta a las resultados del juicio principal sino solo a las de la medida cautelar, por lo que, debe limitarse a reparar los daños y perjuicios que, por responsabilidad de la providencia cautelar decretada, haya experimentado el demandado (Betchakdjian, 2007).

8 A contrario de la materia de Amparo, en la que la suspensión, además de su normatividad reglamentaria, se encuentra constitucionalizada en las fracciones X, XI y XVII del artículo 117 de la CPEUM, la suspensión en las controversias constitucionales se enmarca en el Título II De las Controversias Constitucionales de la LR de las fracciones I y II del artículo 105 constitucional y, dentro de esta, en la Sección II De la suspensión, hallada en el Capítulo II De los incidentes; por lo que, solo es la LR la que puede aplicarse en cuestiones de suspensión en controversias, puesto que de la redacción del artículo 1 de dicho ordenamiento, se prevé que, cuando exista normatividad que regule la institución jurídica en el seno del *corpus iuris* reglamentario, entonces es imposible recurrir a la supletoriedad del Código Federal de Procedimientos Civiles (CFPC), habida cuenta

The suspension: “the freeze tag game” in constitutional controversies in Mexico

obstante de los criterios emitidos por la SCJN. La LR establece, en los artículos 14 y 16, que aquella puede dictarse por vía incidental –a instancia de parte o de oficio–, hasta antes que se emita la sentencia definitiva, por tanto, la dispone como accesoria, provisional y autónoma; asimismo, en el diverso 17, se señala su modificabilidad o revocabilidad, siempre y cuando en el decurso del proceso sobrevengan hechos supervenientes (Primera Sala de la SCJN, 2009).

Por otro lado, los artículos 14, 15 y 18 de la LR y, diversos criterios de la SCJN han establecido que, para la concesión de la suspensión, se debe examinar que su otorgamiento no incurra en alguna de las siguientes causales:⁹ 1. Antes de que se dicte la sentencia definitiva. 2. No tenga por objeto la suspensión de normas generales.¹⁰ 3. No se ponga el peligro la seguridad y economía nacionales.¹¹ 4. No se pongan en peligro instituciones fundamentales del orden jurídico mexicano.¹² 5. No se afecte

gravemente a la sociedad en una proporción mayor a los beneficios que con ella pudiera obtener el solicitante.¹³ 6. Que se tomen en cuenta las características particulares de la controversia constitucional.¹⁴ Y, 7. Que no se trate de actos consumados.

Este último de los requisitos, derivado de interpretaciones de la SCJN, se estima porque –según el máximo Tribunal– (Segunda Sala de la SCJN, 2000; Primera Sala de la SCJN, 2012) si la sentencia de fondo dictada en el juicio constitucional –en este caso de las controversias– no tiene efectos retroactivos, menos podría tenerlos la resolución que se pronuncie en el incidente cautelar, máxime que el objeto de este es impedir la realización de ciertos actos, lo que lógicamente sólo puede evitarse cuando no se han materializado.

Coyunturalmente, vista la suspensión de esa forma, funciona solo para “encantar” el acto reclamado, *i.e.*, una vez dictada lo inmoviliza y el efecto que mantiene solo es para conservar las cosas en el estado que guardaban al decretarla. Sin embargo, esto se contrapone a la naturaleza intrínseca de la suspensión, como medida cautelar. Además, por otra parte, la SCJN en otras de sus resoluciones interpretó que, excepcionalmente puede otorgarse la suspensión, anticipando posibles resultados que pudieran conseguirse en la resolución de fondo, es decir, cuando se tenga una razonable probabilidad de que las pretensiones del actor tienen una apariencia de juridicidad, amén, que las circunstancias conduzcan a un peligro en la demora de su concesión (Pleno de la SCJN, 2004).

Tocante a la oportunidad, se debe indicar que el tribunal evidenció dos presupuestos genéricos de las medidas cautelares: la apariencia del buen derecho y el peligro en la demora. Pese a que los anuncia de forma excepcional y no por regla general, como lo sustentaría la esencia

que, como señala Pérez Fernández Ceja, la LR “[c]ontiene disposiciones y criterios de interpretación propios, cuya función es regular la substanciación y naturaleza de la medida cautela[r]” (Pérez, 2006).

9 Las causales son de carácter autónomas e independientes, de tal suerte que basta con que se perciba una sola para hacer efectiva la negativa de la suspensión (Primera Sala de la SCJN, 2011).

10 Bajo criterio de la SCJN, los reglamentos, algunos acuerdos del Poder Ejecutivo y los transitorios de las normas generales, son normas generales –abstractas, impersonales y generales–, de esta forma la suspensión es improcedente (Segunda Sala de la SCJN, 2000; Segunda Sala de la SCJN, 2005). Contrario a lo anterior, véase: (Primera Sala de la SCJN, 2011).

11 Pérez Fernández Ceja afirma que la norma predispone que la seguridad y economía nacionales poseen una tendencia nacional, sin embargo, tal situación desencaja con la visión contemporánea de la controversia constitucional, ya que los municipios y los Estados, legitimados constitucionalmente para recurrir a la controversia, se encontrarían en una evidente desigualdad frente a otros órganos originarios (2006). Ahora bien, la SCJN señaló que la hipótesis establecida en la LR sólo se vería actualizado si “[e]n caso de concederse la dicha suspensión, se lesionaran intereses de la sociedad en general y no en forma particularizada de un determinado número de miembros” (Pleno de la SCJN, 1999).

12 Cossío Díaz expone que las instituciones jurídicas del sistema mexicano, no solo pueden estar enunciadas en la CPEUM, sino devienen de diversos ordenamientos. Cuando se refiere a “institución”, hace alusión a la idea de Tamayo, quien la conceptualiza como el acervo de normas que regulan un conjunto de conductas, de modo tal que todas ellas pueden ser identificadas como partes de un cúmulo operativo; agrupadas bajo una denominación específica y, son fundamentales, cuando ese grupo de normas que integran la institución, están recogidas, por lo menos parcialmente en la Constitución, asimismo, establezcan algún elemento del constitucionalismo o de alguno de los elementos definitorios del texto positivo de 1917 y sus reformas (1997; Primera Sala de la SCJN, 2005).

13 Esta causal es congruente con el principio que consigna que, para el otorgamiento o negación de una cautelar, cuando derivan de conflictos entre órganos o entes de poder, siempre será prioritario tutelar el bien público o el interés general de la sociedad (Pérez, 2006).

14 El propio marco jurídico le permite al Ministro Instructor tomar una perspectiva casuística. Así, se dan los elementos de flexibilidad para proteger la materia del juicio principal. De esta manera, la LR prevé que en cualquier criterio de interpretación hecho a ella misma, en materia de suspensión, se debe tomar en cuenta cada uno de los elementos que motivan el otorgamiento o negación de la suspensión (Pérez, 2006).

misma de la suspensión, cuando se refiere al primer presupuesto, tal como se estudió en el apartado anterior, se hace referencia a un conocimiento meramente superficial; orientado por la probabilidad de existencia del derecho discutido; la credibilidad objetiva, seria, debidamente fundada, incuestionable, que no deja cabida a lo temerario, mediante la cual sea posible anticipar que en la sentencia definitiva se declarará la inconstitucionalidad del acto impugnado.

Bajo esta óptica, el concepto de la suspensión se encuentra más apegado a su naturaleza cautelar, ya que no solo impide que el acto del que se duele el órgano legitimado se concrete, sino que además regula los efectos y consecuencias que este pudiera traer, en el entendido que si luego del control de regularidad constitucional, el acto resultó estar en armonía con el sistema jurídico y no contradecir las disposiciones constitucionales, se procede a la reanudación del mismo, haciendo efectiva la contracautela que se hubiere estimado, a fin de reparar los posibles daños y perjuicios que pudiera generar el otorgamiento de la cautela (Pleno de la SCJN, 2004).

Con la mutación de la idea de la suspensión con efectos paralizadores a la posibilidad de que mediante su dictado se adelanten los beneficios de la posible constitucionalidad del acto, con la satisfacción de los presupuestos procesales que debe calificar el juez y, que, se encuentran en una situación privilegiada de facultad discrecional, con parámetros de racionalidad en los aspectos fácticos (Arámburu, 2017), partiendo de la lógica de un concepto evolutivo de la suspensión.

Así, con el efecto anticipatorio que se pretende de la suspensión, esta deja de regir el presente y se proyecta hacia el pasado, no con la intención de constituir un derecho o de modificar o mejorar la situación jurídica del incoante, generando un mayor estatus *de facto* del que ya se tenía antes de la suspensión, sino que, con miras casuísticas, es decir, siempre que las particularidades del caso lo permitan, se restaure provisionalmente en el goce de las facultades trastocadas, partiendo de un aliento de juridicidad y el riesgo en la tardanza de la resolución, que implican un examen superficial –adelantado– que le permita al Máximo Tribunal un avance provisional de los derechos cuestionados, persiguiendo que

la aplicación de la suspensión responda al progreso conceptual que se merma al alejarla de su naturaleza cautelar y que incide, no sólo en los sujetos legitimados para requerirla, sino a todo el cúmulo social.

CONCLUSIONES

La suspensión vista como medida cautelar, juega un papel de vital importancia en la consecución de los fines de las controversias constitucionales, sin embargo, esta debe dejar de verse con los efectos del “encantamiento” de los actos y consecuencias. En otras palabras, la evolución del concepto de la suspensión, y su esencia misma como providencia cautelar, requiere que, con miras a la satisfacción de los mandamientos constitucionales –la protección asignataria de competencias, el sistema federal y la persona humana–, se aparte de ser “el juego de los encantados” que paraliza el acto materia del diferendo y lo activa con la resolución de fondo, para convertirse en una verdadera garantía de protección que adelanta provisionalmente, bajo el efecto de la apariencia del buen derecho y el resto de los presupuestos cautelares, los posibles resultados que pudieran conseguirse con la determinación que resuelva la *litis*.

Lo anterior, bajo la premisa de que la suspensión no sólo se encuentra encaminada a garantizar la efectividad del juicio y la ejecutabilidad de una sentencia, sino eficientemente, la protección de la verdadera ingeniería constitucional: la persona humana, en la cual, descansan todas las instituciones del sistema jurídico mexicano.

FUENTES DE CONSULTA

Bibliografía

- ALBA DE ALBA, J. M. (2011). *La apariencia del buen derecho en serio*. 2ª ed. México: Porrúa.
- ARÁMBURU MEJÍA, A. (2017). “Dimensión neoconstitucional de la suspensión: puede tener efectos restitutorios”. En: MAC-GREGOR, E. & HERRERA, A. [coords.]. *El juicio de amparo en el centenario de la Constitución mexicana de 1917*. Tomo I. México: UNAM.

The suspension: “the freeze tag game” in constitutional controversies in Mexico

BETCHAKDJIAN, S. D., *et.al.* (2007). *Medidas cautelares*. 3ª ed. Buenos Aires: Editorial Astrea.

BURBANO HERRERA, C. (2012). *Medidas provisionales en situaciones de vida o muerte. El caso del sistema interamericano de derechos humanos*. México: Porrúa.

CALAMANDREI, P. (1945). *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina.

CASARÍN LEÓN, M. L. (2010). “Derecho procesal constitucional veracruzano”. En: ASTUDILLO, C. & CASARÍN LEÓN, M. L. [coords.]. *Derecho constitucional estatal. Memoria del VII Congreso Nacional de Derecho Constitucional de los Estados*. México: UNAM.

CASARÍN LEÓN, M. L. (2008). “La justicia constitucional en México: algunas ideas en torno a su consolidación”. En: SÁNCHEZ VÁZQUEZ, R. [coord.], *Administración, procuración e impartición de justicia. Memoria del Congreso Nacional e Internacional*. México: Montiel Editores.

COSSÍO DÍAZ, J. R. (1997). “Similitudes y diferencias entre las controversias constitucionales y las acciones de constitucionalidad”. En: COSSÍO DÍAZ, J. R. & PÉREZ DE ACHA, L. M. [comp.]. *La Defensa de la Constitución*. México: Fontamara.

----- (2008). *La controversia constitucional*. México: Porrúa.

FIX-ZAMUDIO, H. (1964). *Juicio de Amparo*. México: Porrúa.

GONZÁLEZ CHÉVEZ, H. (2006). *La suspensión del acto reclamado en amparo, desde la perspectiva de los principios de las medidas cautelares*. México: Porrúa.

MARÍNGONZÁLEZ, J. C. (2004). *Las medidas cautelares en el proceso civil*. México: Porrúa.

OVALLE FAVALEA, J. (2011). “Las controversias constitucionales y los órganos autónomos”. *Cuestiones constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*. Número 25. Junio-Diciembre. 101-127. Disponible en [https://revistas.juridicas.unam.](https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/5968/7909)

[mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/5968/7909](https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/5968/7909)

PÉREZ FERNÁNDEZ CEJA, Y. (2004). *La suspensión en la controversia constitucional y su interpretación por la Suprema Corte de Justicia de la Nación*. México: Porrúa.

PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN. (2004). *¿Qué son las controversias constitucionales?*. México: Poder Judicial de la Federación.

RODRIGUEZ MEJÍA, M. (2013). *Medidas cautelares en el proceso arbitral*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

RUBIO CHÁVEZ, B. (2018). “La extinción de la teoría de los actos en el análisis de la suspensión en el amparo. Una nueva forma de pensar la suspensión”. *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*. Número 45. Enero-Junio. 137-158.

SALGADO LEDEZMA, E. (2011). *Manual de Derecho Procesal Constitucional*. México: Porrúa.

SÁNCHEZ-CORDERO DE GARCÍA VILLEGAS, O. (2015). *Magistratura constitucional en México. Elementos del juicio*. México: UNAM.

SOTO FLORES, A. G. (2016) “La controversia constitucional y la acción de constitucionalidad como medios de control de la Constitución”. En: SOTO FLORES, A. [coord.]. *Derecho procesal constitucional*. México: UNAM.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. (2001). *Acuerdo General número 5/2001, de veintiuno de junio de dos mil uno, del Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, relativo a la determinación de los asuntos que conservará para su resolución y el envío de los de su competencia originaria a las Salas y a los Tribunales Colegiados de Circuito. (Versión actualizada considerando la modificación del punto décimo noveno, mediante instrumento normativo del catorce de marzo de dos mil trece*. Disponible en https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/acuerdos_generales/documento/2016-11/Acuerdo%20General%20Plenario%205-2001%20%28Versi%C3%B3n%20Actualizada%29%20I.N.%2014-03-13_0.pdf

VÁZQUEZ ORTÍZ, L. (2010) *Las medidas provisionales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Como autentica jurisdiccional de carácter preventivo*. México: Porrúa.

ZALDIVAR, A. (1997). *El juicio de amparo y la defensa de la constitución*. En: COSSÍO DÍAZ, J. R. & PÉREZ DE ACHA, L. M. [comp.]. *La Defensa de la Constitución*. México: Fontamara.

Jurisprudencia

Pleno de la SCJN. (1998-marzo). Jurisprudencia: P./J. 21/98. Novena Época. Tomo VIII. P

Pleno de la SCJN. (1999-junio). Jurisprudencia: P./J. 45/99. Novena Época. Tomo IX. Pág.

Pleno de la SCJN. (1999-septiembre). Jurisprudencia: P./J. 101/99. Novena Época. Tomo X.

Pleno de la SCJN. (2004-marzo). Jurisprudencia: P./J. 14/2004. Novena Época. Tomo XIX.

Pleno de la SCJN. (2004-octubre). Tesis: P./J. 109/2004. Novena Época. Tomo XX.

Primera Sala de la SCJN. (2005-junio). Tesis: 1a. LI/2005. Novena Época. Tomo XXI.

Primera Sala de la SCJN. (2009-abril). Tesis: 1a. LVII/2009. Novena Época. Tomo XXIX.

Primera Sala de la SCJN. (2011-noviembre). Jurisprudencia: 1a. CCXXXVIII/2011 (9a.). Novena Época. Tomo IX.

Primera Sala de la SCJN. (2011-mayo). Tesis: 1a. LXVII/2011. Novena Época. Tomo XXXIII.

Primera Sala de la SCJN. (2012-octubre). Tesis: 1a. CCXLI/2012 (10a.). Décima Época. Libro VIII. Tomo 2.

Segunda Sala de la SCJN. (2000-junio). Tesis: 2a. LXVII/2000. Novena Época. Tomo XII.

Segunda Sala de la SCJN. (2000-mayo). Tesis: 2a. CXVI/2000. Novena Época. Tomo XII.

Segunda Sala de la SCJN. (2005-marzo). Tesis: 2a. XXXII/2005. Novena Época. Tomo XXI.

Segunda Sala de la SCJN. (2005-septiembre). Tesis: 2a. /J.112/ 2005. Novena Época. Tomo XXII.

Segunda Sala de la SCJN. (2012-abril). Tesis: 2a. XXV/2012 (10a.). Décima Época. Libro VII. Tomo II.

INVOLUCRAMIENTOS DE ADOLESCENTES EN EL CRIMEN ORGANIZADO: ABORDAJE MEDIÁTICO, JURÍDICO Y CRIMINOLÓGICO

ADOLESCENT INVOLVEMENT IN ORGANIZED CRIME: MEDIA, LEGAL AND CRIMINOLOGICAL APPROACH

Wael Sarwat Hikal Carreón

Facultad de Filosofía y Letras

Doctorando en Filosofía con Acentuación en Estudios de la Educación

(Becario CONACYT)

<https://orcid.org/0000-0003-1278-567X>

wael.hikalcrr@uanl.edu.mx

México

Recibido: 2 de abril de 2020

Aceptado: 31 de mayo de 2020

SUMARIO

- Introducción
- Objetivo
- Método
- Discusión
- Conductas criminales en los jóvenes.
- Extensión a las juventudes del crimen organizado.
- Revisión periodística de casos.
- Protección a las juventudes.
- Fuentes de información.

RESUMEN

La participación activa de los jóvenes en los hechos ilícitos relacionados al crimen organizado va en crecimiento, factores como la pobreza, marginación, falta de oportunidades, desarrollo social y humano, entre otros, siguen impactando en los grupos vulnerables, y se generan más condiciones que vulneran aún más a los ya desprotegidos, como a nuevas generaciones, por ello, se observa que las edades de los jóvenes involucrados oscilan entre los 18 y 30, pero se ha observado la presencia de menores de edad, encontrando niños y adolescentes en bandas de grupos criminales. El presente trabajo expone un análisis de este problema desde un enfoque

integral de la criminología, primeramente, se ofrece la articulación entre esta y el estudio de la juventud, así como una explicación del crimen organizado; y se plantea el objetivo que es analizar algunas condiciones sociales que reflejan el involucramiento de los menores en la criminalidad organizada, basado en cifras y casos periodísticos.

PALABRAS CLAVE

Conflicto social; Criminología; Delincuencia juvenil; Estilos de desarrollo; Malestar de la juventud.

ABSTRACT

The active participation of young people in the illicit acts related to organized crime is growing, factors such as poverty, marginalization, lack of opportunity, social and human development, among others, continue to impact vulnerable groups, and create more conditions that further violate the already unprotected, as well as new generations, so it is observed that the ages of young people range from 18 to 30, but the presence of minors has been observed, finding children and adolescents in gangs of criminal groups. This paper sets out an analysis of this problem from a holistic approach of the criminology, first offering the articulation between this and the study of youth, as well as an explanation of organized crime, the objective is to analyze some social conditions that reflect the involvement of minors in organized crime, based on figures and journalistic cases.

KEYWORDS

Criminology; Development styles; Juvenile delinquency; Social conflicts; Youth unrest.

INTRODUCCIÓN

La criminología es un campo en el que convergen diversos conocimientos que han tomado en su interés de estudio el fenómeno de la criminalidad en sus diversas expresiones. Al ser diversas ciencias las que interpretan este problema, existen perspectivas variadas, que, recopiladas por la criminología, permiten visualizar el campo de estudio (Velázquez, 2005, p. 1) con aproximaciones diferentes, pero integradas en un objetivo, que es el de explicar la criminalidad (Escobar Marulanda, 2006). Dada la mencionada variedad de interpretaciones sobre este objeto, da oportunidad a tener multitud de términos entre violencia, crimen, delito, psicopatía, sociopatía, agresión, desviación, conducta antisocial, entre otros, los cuales, para neutralizar su diversidad, en el presente trabajo, se hará referencia de manera general al término “criminalidad” (crimen y criminal).

Por otra parte, de la generalidad de la criminología, la que se ocupa del estudio de la conducta criminal en los menores, es, entre otras, la criminología infanto juvenil, siendo desde esta, en su enfoque múltiple e integrador, sobre la cual se aborda este artículo, permitiendo ofrecer nociones antropológicas, sociales, psicológicas, jurídicas, históricas, entre otras.

El fenómeno que se pretende explicar es el de la participación de los jóvenes en actividades de crimen organizado en el contexto mexicano, los cuales han tenido una relevante y notoria presencia, lo que es preocupante por el deterioro social en el que se encuentra el país, dañando más a las juventudes y que provoca que en la actualidad, en los hechos criminales graves, estén presentes jóvenes de entre 10 y 25 años, estos se han convertido en un grupo vulnerable, sobre el cual, el crimen organizado ha distribuido sus brazos para reclutar y ofrecer salidas y oportunidades de vida diferentes a las que en el contexto político, económico y social actual, se pudiera tener, el cual, no es alentador para los jóvenes, por lo que una parte, se desvía para adherirse a las actividades ilícitas.

Durante el artículo, se desarrollan nociones de la criminología infanto juvenil para conocer el tipo de abordaje integral que esta realiza, en esta misma dirección, se muestran conceptos jurídicos del crimen organizado, basado en la legislación mexicana federal, pero también en la conceptualización internacional, por otro lado, se dan explicaciones interpretativas desde la óptica psiquiátrica y psicológica, así como la percepción sociológica. En otro momento, se recurre a la recopilación y estudio periodístico para ejemplificar con casos reales sobre el involucramiento de los jóvenes en hechos criminales. Finalmente, se acude a la visión holística interdisciplinaria para ofrecer opciones en la atención y prevención de este problema.

OBJETIVO

Comprende el análisis criminológico, el involucramiento de los adolescentes y niños en las actividades del crimen organizado en México, enfocado a mencionar factores de riesgo asociados a las condiciones de deterioro social que presionan como plataforma al desvío de la conducta normal a la antisocial. Anteriormente, se mostraron en tres partes las clasificaciones de edades: Niño, previo a los 12, adolescente, entre los 12 y 18, y joven, entre los 18 y 29, aquí se hará referencia al término “adolescente”, en constatación a los individuos involucrados en actos criminales, excluyendo otras formas de crímenes que no estén vinculados exclusivamente con la matriz del crimen organizado. El análisis descarta a los jóvenes del rango entre 18 y 29, puesto que el interés aquí se limita a los menores de edad. Tampoco se hará referencia al término “delito”, puesto que es una clasificación jurídica apta para mayores de edad, por lo que se optan por términos como “conducta antisocial” o “crimen”.

MÉTODO

Para el desarrollo del trabajo se recurrió a la metodología de revisión bibliográfica, la cual consiste en la búsqueda de información a través de documentos para recopilar información sobre el tema específico; es decir, búsqueda de un tema adecuado. Se recurrió a artículos para obtener conceptos, términos objeto de estudio del presente, e información relacionada con los factores de riesgo. Se buscaron cifras

estadísticas en documentos de instituciones nacionales e internacionales. También se recurre al análisis periodístico, previa identificación del tema en concreto, así como clasificación y discriminación de los medios, para obtener de estas notas, información de calidad, vista desde la observación directa, entrevista a expertos, datos estadísticos obtenidos de instituciones confiables, historia de vidas, y revisión de datos existentes. Lo anterior enfocado a la parte dedicada a los jóvenes participes en actividades del crimen organizado. También de esta fuente de información, se obtienen aportes sobre los factores de riesgo.

DISCUSIÓN

La criminología infanto-juvenil tiene en su interés de estudio el comportamiento de los menores desde el nacimiento hasta la adolescencia. Pero sobre todo se interesa en el momento y orden de aparición de problemas que dan lugar a las conductas antisociales. De esta manera, los criminólogos intentarán explicar las semejanzas y las diferencias entre los niños, así como su comportamiento y desarrollo, tanto normal como anormal. El objetivo de conocer desde momentos tempranos es para detectar si ha sido un niño procreado en determinadas condiciones que pudieran conducir desvío de su conducta, o si su estilo de vida pudiera peligrar su desarrollo, ya sea por el contexto familiar o social en el que se encuentra. Sobre la base de estas detecciones, se puede prevenir la repercusión de los efectos que pudiera tener. Esto puede ser visto a nivel individual o colectivo, siendo la infancia y las juventudes, las más vulnerables de padecer riesgos en su desarrollo.

La conceptualización de la niñez, adolescencia y juventud, está determinada por la sociedad, donde se involucran aspectos culturales, geográficos, ambientales, históricos, entre otros (Dávila León, 2005). La noción de estos términos tiene mayor arraigo desde la psicología, que mira los procesos de madurez emocional y la interacción de estos con la sociedad, estudiando además sus procesos culturales y adaptación, pero cuando se refiere a lo que corresponde estudiar en el presente escrito sobre su participación en la criminalidad organizada, es interpretado más desde una mirada sociológica, analizada como producto de la serie de factores culturales, familiares,

económicos, escolares y de interacción con otras personas. Tomando la adolescencia desde la psicología como un momento crítico en el que ocurren cambios significativos y que implica un estado de crisis, donde se padece sobre la ruta que la vida debe tomar, generación de metas, descontento con el entorno, consigo mismo, insatisfacción, agresividad, etcétera (Hernández Moreno, 2011).

La Organización Mundial de la Salud (2020) se refiere al periodo de la adolescencia como un momento de desarrollo del humano, que comprende entre los 10 y 19, cuyas características son el acelerado crecimiento y cambios, los cuales, marcan el rumbo al futuro en su vida (Dávila León, 2005). Respecto la niñez, esta comprende un periodo de desarrollo motriz, emocional, crecimiento físico y establecimiento de rasgos comportamentales y de pensamiento, determinados por los agentes que le formen (Calderón Carrillo, 2015).

Durante el desarrollo de los niños y adolescentes, intervienen primeramente la familia como primer agente socializador y desarrollador de este nuevo humano en crecimiento, posteriormente, el segundo agente es la escuela, otros agentes pueden ser las amistades u otros contactos que el niño/joven establezca (Jaramillo, 2007), estos últimos, siendo de relevante interés cuando ocurre algún hecho criminal, pero también, es invitación obligada a mirar la dinámica familiar. En ambos periodos, es un proceso de dependencia hacia otras personas, donde los niños jóvenes, son receptores de actitudes, palabras, condiciones, ambientes, influencias familiares, o de amistades, incluso de medios de comunicación, todos estos, son referentes de orientación y construcción de su propia realidad interna, así como la externa que estos construyen, interpretan o visualizan para sí mismos, ya sea de maneras positiva o negativa (Lansdown, 2005).

En este apartado, no se abundará en el concepto jurídico de niñez, puesto que de manera abreviada, se considera que es niño aquel que está en un rango menor a los 12 años, y por adolescente, el que está entre los 12 y 18 años (Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2018), estos rangos comprende la minoría de edad, concepción aceptada y sugerida incluso a nivel internacional (UNICEF Comité Español, 2006), mientras que la mayoría de edad, en

México, comienza a los 18 años, esto quiere decir, que es sujeto de más derechos, adquiere obligaciones y responsabilidades (para las cuales tal vez no está capacitado). El periodo de juventud comprende de los 18 a los 29 (Castillejos Cifuentes, 2011).

El crimen organizado ha sido tan relevante en México, que la norma que le atiende es federal, así del Código Penal Federal, se creó una ley especial en 1996 para tratar este tema, así, es considerado según la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada en el artículo 2º “Cuando tres o más personas se organicen de hecho para realizar, en forma permanente o reiterada, conductas que por sí o unidas a otras, tienen como fin o resultado cometer alguno o algunos de los delitos siguientes” (Cámara de Diputados, 2019, p. 1), a los delitos que comprenden, son: terrorismo, tráfico de armas y acopio, tráfico de órganos, corrupción de menores, trata de personas, secuestro, contrabando, defraudación fiscal, y contra el ambiente. En el artículo 5 de la misma ley señala el aumento de penas cuando sean partícipes servidores públicos o cuando se auxilien de menores de edad (Cámara de Diputados, 2019, p. 5).

La Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito especifica en la Convención de las Naciones Unidas contra el Crimen Organizado Transnacional que un grupo criminal organizado es:

un grupo de tres o más personas que no fue formado de manera aleatoria; que ha existido por un periodo de tiempo; viene actuando de manera premeditada con el objetivo de cometer un delito punible con, al menos, 4 años de encarcelamiento; y con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero o material (oficina de las naciones unidas contra la droga y el delito, 2020).

CONDUCTAS CRIMINALES EN LOS JÓVENES

Como se señaló, los menores de edad dependen del cuidado de los padres porque no miden las consecuencias de los actos que realicen, podría ser fácil cuestionar qué daño puede hacer un niño o adolescente, pero esta interrogante ha venido siendo respondida con actos crueles donde están involucrados los “jóvenes” (Martínez Gonzáles, Robles

Haydar, Utria Utria y Amar Amar, 2014). En la edad más productiva de la vida, los jóvenes se involucran en actividades también ilícitas, por ello que sea visto este proceso como uno de los más vulnerables donde hay que poner más atención y evitar se desvíen de la expectativa de la sociedad (Martínez Corona, Méndez Cadena y Pérez Nasser, 2014).

En esa época de la vida donde la distinción entre realidad y la fantasía propia del menor o la fomentada en medios de comunicación, mezcladas y con las inquietudes internas del adolescente, necesidades, aspiraciones, confusiones, entre otras apariciones de la vida que le resultan tal vez difícil de comprender manejar, llevan a un estado de inestabilidad y crisis que involucra a su propia personas y familiares, comenzando un reto de medir fuerzas que equilibren conductas, preferentemente a través del fomento a la concientización en algunos casos, pero en otros, se vuelve una lucha y disputas (Horacio Luis, 2015).

Pareciera común que, entre la niñez y adolescencia, el juego entre iguales lleva una fuerte carga de fantasías y creatividad (Suárez Beltrán, 2009), producto natural del mismo ser, así como del trasmitado en medios de comunicación, haciendo una mezcla de la realidad con aquella fantasía, misma que en momentos, desearían que fuese parte de su realidad, es la imaginación de estos, la que construye su realidad con enfoque de la cultura propia y la observada en otros (Alessandroni, 2017).

Aquellos brotes de creatividad y fantasía, pueden llevar a que mientras se encuentren jugando con alguna herramienta, el niño no pensará en el daño físico o mental que causará porque a su edad no tiene noción de lo que hace, ni la experiencia de consecuencias (Bayo Margalef, 1987). Nuestro comportamiento es en parte resultado de imitaciones, el juego brusco en menores puede ser resultado de caricaturas que tengan contenidos directamente violentos o la violencia como parte de un juego, el perseguirse, atraparse, jugar a matar al otro, a comérselo, son características presentes en programas, caricaturas, videojuegos, y actividades lúdicas entre menores (Ochoa Rojas, 2007).

También, es frecuente que los menores jueguen a darse golpes que pudiera ocasionar daños sin pensar en sus resultados, por ello que los padres deben estar al cuidado de los menores y aproximarlos a las realidades. El menor realiza actividades sin tener conciencia de la realidad, se le enseña a que puede diferenciar entre lo bueno y lo malo, pero no sabe de las consecuencias que le traerán las acciones que realiza, aunque esto no es exclusivamente de los menores, la ignorancia de la ley lleva a cometer muchos daños sin saber sus consecuencias (Manrique, 2013).

La participación de los menores en conductas criminales con consecuencias graves ha sido tal que el Estado (Sánchez Galindo, 2017) se vio en necesidad de crear centros de reclusión para estos (Bayón Guareño, 2005), y que ha llevado un alza estadística “en México son los más jóvenes quienes están cometiendo la mayoría de los delitos y, en consecuencia, quienes están poblando las prisiones” (México SOS, s.f.). Según el último censo (2016) realizado por el Instituto Nacional de Estadística y Geografía, en México, en el año 2015, ingresaron 7,785 adolescentes a los sistemas carcelarios de las entidades federativas, por delitos de orden común; es decir, no de orden federal, como lo es el crimen organizado, de lo cual, según un estudio realizado en 2019 por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y la Universidad Nacional Autónoma de México, indicó: “no existen estadísticas oficiales sobre el número y el tipo de delitos cometidos por los niños y las niñas involucrados en el crimen organizado. Cifras de la academia hablan de unos 30,000 niños, niñas y adolescentes que cooperan con los grupos criminales de varias formas” (p. 177).

Dependiendo de la edad puede ser la tendencia hacia la conducta antisocial, aunque hay menores que cometen actos verdaderamente sorprendentes, extraños y violentos, demostrando un alto grado de peligrosidad (Cornellá i Canals y Llusent i Guillamet, s.f.). Cuando el individuo está en una edad mayor, que es consciente de lo bueno y lo malo, aumenta su peligrosidad si decide actuar en contra de la ley, ya que los actos que realiza son voluntarios y consientes. Aunque a consideración, son actos que tienen como base desórdenes psíquicos y sociales que llevan a actuar de cierta manera y desarrollar un rechazo

a la sociedad y a las personas, con notoria falta de empatía (Conde Alvarado, 2015).

Dentro de los factores que, como consecuencia tienden a influir la conducta antisocial del menor, se encuentran la violencia familiar, la misma desintegración negativa de la familia, el medio ambiente, la condición económica, el abandono, falta de acceso a educación, poca expectativa positiva al futuro, condiciones de vivienda inadecuada, dificultad al acceso a servicios, entre otras (Senado de la República, 2014). Es mencionado que la desintegración familiar negativa y las condiciones sociales, son motivos fuertes por el que los menores se convierten en infractores de la ley, lo que puede ser desde un ladrón hasta un homicida. Factores como desatender a los menores por problemas familiares como la violencia o la separación de los padres, puede provocar que estos vayan buscando refugio en el alcohol, drogas o compañía de personas que los conllevan a actos antisociales (Martínez González, Robles Haydar, Utria Utria y Amar Amar, 2014).

El comportamiento antisocial comienza a menudo en los primeros años de la adolescencia con pequeños robos, lesiones, peleas, escaparse de obligaciones, evitar responsabilidades. En gran medida, estas infracciones son de forma ocasional; es decir, que rara vez es premeditada y que puede surgir del deseo de divertirse con los amigos o para obtener algunos bienes materiales (Cornellá i Canals y Llusent i Guillamet, s.f.). En algunos puede que sea un momento temporal, pero otros van más allá y cometen infracciones más graves, o lo adoptan como un estilo de vida, por lo que se convierte en un patrón (American Psychiatric Association, 2014). Estos a menudo han pertenecido a grupos antisociales y, a través de un proceso de socialización, se han habituado a un modo de vida antisocial. El problema en la adolescencia es el de una adaptación a los medios en los que se desenvuelve, medios que muchas veces lo llevan a adquirir conductas violentas y a la vez lo llevan al consumo de alcohol u otras drogas como medio de rebeldía o descarga (Becoña Iglesias, 2000). Con la madurez física, el adolescente va notando sus capacidades para desvelarse, aguantar muchas horas de ocio, entre otras conductas que, a largo plazo, son dañinas. Una fórmula que permite entender el curso desfavorable de la conducta

en los jóvenes es: Agresión + rechazo social = conducta desviada. Teniendo como base las observaciones anteriores, se puede dar cuenta de la conducta desviada de un adolescente, la cual deberá de atenderse lo antes posible, para evitar posteriores deformaciones en la personalidad que conduzcan a un trastorno antisocial de la personalidad (American Psychiatric Association, 2014).

El adolescente tiene que enfrentar la adaptación al medio que lo rodea, y muchas veces no lo logra, manifiesta un rechazo a todas las normas de control y se vuelve agresivo contra su familia, religión y sociedad. El adolescente al sentirse incomprendido, se refugia en sus amigos, y sus amigos en la misma situación se refugian en otras actividades con las cuales se sienten cómodos o prometen ser mejores que en las condiciones en las que están agobiados. “Los jóvenes hoy no creen en nada o en casi muy poco, en cosas desechables que surgen un día y para el atardecer ya son obsoletas, no tienen sentido, de ahí que sean presas fáciles (clientes frecuentes) del mercado el cual plantea solo gozar y gozar” (Ramírez Garza, 2009). El adolescente entra en un período en el que la competencia por demostrar quién es el más fuerte o quién es el que tiene más, hace que actúe sin pensar, muestran una exagerada rebeldía, volubilidad emocional y extrañeza por no sentirse cómodos con su ambiente. Se deben a debilidades mentales y a inclinaciones por lo que otras personas dicen.

Para imaginar los problemas de un adolescente hay que observar su modo en el que se desarrolla, que lo envuelve, y, además, el medio principal que es el familiar. Es muy común que los hijos no tengan relación durante el día con sus padres, y también es común que los hijos en su mayoría no conozcan a éstos. El tiempo que el adolescente pasa fuera de su hogar, es el tiempo en el que va formando su actitud hacia el futuro, las alteraciones que se den en esa etapa son las que marcarán la vida adulta del sujeto. Problema hoy propio de la adolescencia e inicios de ésta son: el pandillerismo, el *bullying* (comúnmente relacionado con los planteles escolares), el *cyberbullying* (subir videos a *YouTube* u otros donde se muestran las riñas o el acoso electrónico), y más gravemente su ingreso al crimen organizado, donde las cosas son de poder, satisfacción y placeres. Cuanto más se permita persistir en este tipo de conductas antisociales, más difícil

será detenerlas mediante medidas sociales o de intervención con fines preventivos. Por ello, resulta decisivo impedir lo antes posible que los niños y adolescentes se dejen atraer por conductas antisociales que, al ser mayores de edad se convierten en criminalidad.

EXTENSIÓN A LAS JUVENTUDES DEL CRIMEN ORGANIZADO

En México existe un entorno de violencia que se ha ido fabricando socialmente desde hace años, con la suma de factores múltiples como las condiciones escolares deficientes, dificultad de acceso a diversos servicios públicos, como a los centros escolares, salud, agua, luz, limpieza en calle, pavimentación, alumbrado público, parques para deporte, recreación, lejanía de las viviendas, transporte público tardío o de difícil acceso, horarios extensos por parte de los padres en sus obligaciones laborales, salarios bajos, que no facilitan la distribución de la economía, entre tantos problemas que laceran tanto a la población en general, pero sobre todo a los jóvenes en su desarrollo (México SOS, s.f.).

Para cualquier individuo las dificultades para acercarse a servicios satisfactorios, y actividades productivas, le hundeen en situaciones de ansiedad, frustración, disgusto, agresividad y violencia (Mustaca, 2018). Estas situaciones son focos de alerta, que se tienen identificados, pero difícilmente tratados con resultados positivos visibles en la sociedad, y no maquillados en cifras de programas políticos.

En México, tomando como referencia tres administraciones gubernamentales federales (presidentes: Felipe de Jesús Calderón Hinojosa, 2006-2012, Enrique Peña Nieto, 2012-2018, y Andrés Manuel López Obrador, 2019-actual), como cifra oficial, suman alrededor de 300,000 únicamente relacionados con el crimen organizado (Lara Bermúdez, 2018; La Redacción 2013; Zuckerman, 2019); es decir, cercana cantidad de población que existe por ejemplo, en Islandia, que, para julio de 2019, eran 360,390 habitantes (*Statistics Iceland, 2019*), siendo este el país considerado como el más pacífico del mundo según el Índice de Paz Mundial 2019 (Institute for Economics & Peace, 2018); es decir, en México, se ha matado a casi la misma población que un país.

En su momento, el sexenio de Felipe Calderón, se hubiese considerado como el más violento de los últimos 50 años de México, además de una llegada a la presidencia de manera cuestionada y turbia (Ortega Ortiz y Somuani Ventura, 2015), esta calificación de violencia se da a razón de emprender una guerra contra el crimen organizado sin tener las condiciones policiales, sociales ni militares, adecuadas para ello, a la par de los decesos, el deterioro social se agravaba, lo que conducía a una reproducción de criminales unidos al crimen organizado, situación que al cambio de presidencia nacional, parecía disminuir el problema, pero al cabo de poco tiempo (Bizberg, 2015), se mantuvo y agravó en modalidad de expresión de la criminalidad organizada, así como en cantidad de muertes.

Las actividades del crimen organizado en México se han destacado principalmente por el tráfico de drogas, cobro de piso, secuestros, extorsiones, tráfico de personas, prostitución forzada, entre otras. Y aunque el mero término pudiera parecer cotidiano, las formas de expresión que se han dado, pasaron de ser sorprendentes y desrealizantes, a perder la sorpresa y asombro, en México, antropológicamente hubo la necesidad inconsciente y colectiva de acostumbramiento a los hechos de crimen organizado (Martínez Pacheco, 2016), ya no es extraordinario saber de enfrentamientos entre bandas rivales o fuerzas públicas entre estos mismos, o entre el grupo criminal contra la fuerza pública, la corrupción de las policías municipales, estatales y federales, entre los militares y marinos, así como los servidores públicos gobernantes, ya no es ausente en presencia mediática, ni en la realidad de los hechos, incontables actos donde estos han estado involucrados, México, viene a ser el país donde todo puede pasar.

Por otra parte, las modalidades: balceras a cualquier hora del día, en diferentes localidades, emboscadas, bolsas con partes de cuerpos, incluso los cuerpos abandonados en cualquier sitio público, vehículos incendiados, carreteras bloqueadas, cuerpos sin vida colgados de puentes peatonales y viales, videos de torturas, cuerpos desechos en ácido, entambados, chats entre aficionados al crimen o por estos mismos, entre más sucesos, no son ya sorpresa (Mendoza García, 2011). Lo que actualmente es sorprendente, es la participación de menores de edad en todos estos actos mencionados,

preocupa por la precocidad, crueldad, y deterioro social, así como lo atractivo que se ha vuelto el crimen para las juventudes, en lugar de optar por estilos de vida lícitos.

REVISIÓN PERIODÍSTICA DE CASOS

En las siguientes líneas se listan algunas notas periodísticas relevantes para analizar, no pueden recopilarse todas, dado que los hechos sobrepasan los límites de este trabajo, lo que ocupa cientos de páginas de los periódicos locales. Se mencionan algunos hechos para resaltar la magnitud del problema de los jóvenes en las actividades del crimen organizado, lo que ha trascendido de crímenes cotidianos como robo, lesiones, a ser sicarios, realizar operaciones de vigilancia, descuartizamiento, extorsiones, entre otros. Se recurre a fuentes periodísticas digitales serias, con arraigo y presencia a nivel nacional en México, descartando notas de presencia alarmista o conjugación de crimen con erotismo o fútbol, atendiendo a medios con columnistas reconocidos por su trabajo de investigación, análisis, debate público y recopilación metódica. En relación a la cifra de muertos mencionados en el apartado anterior, a pesar de haber sostenido una guerra directa contra los integrantes de grupos criminales, estos mismos se incrementaban y no llegaba a un fin el problema de los grupos, si se desmenuza la problemática social de México, al ser muchas las causas (Romero, 2004) de pobreza, desigualdad, miseria, corrupción, entre otras, las juventudes desprotegidas, son la siguiente fila de escudo y acción para las bandas criminales, aprovechándose de su vulnerabilidad, para adoptarlos y que trabajen de manera voluntaria o forzada, en contraste, con políticas públicas y programas que al corto plazo no remiendan las situaciones de riesgo, el crimen organizado se vuelve atractivo para muchos.

La siguiente nota publicada por periódico *Excelsior*, se presenta bajo el título de “Adolescentes, los sicarios desechables del Narco”, por Flores Martínez (2019) presenta cifras estadísticas extraídas del Instituto Nacional de Estadística y Geográfica, para señalar la población de menores que habitan en México (alrededor de 40 millones), de los cuales, el mismo instituto censó que de estos algunos son criados solo por su madre

o por abuelos, resaltando que las causas de su involucramiento en la criminalidad es la falta de apego, desintegración familiar, falta de oportunidades, entre otros, por lo que al estar desprotegidos y sin expectativas al futuro, el crimen organizado los acoge ofreciendo modos de vida excitantes, acelerados, atención, dinero, y poder, pero de modo desechable, puesto que al ser población vulnerable, son fáciles de acceder, cumplir con ciertas funciones, y por su inexperiencia en la vida, ser víctimas de asesinato. En entrevista que realiza a Juan Martín Pérez García, de la Red por los Derechos de la Infancia, apunta: “Los grupos criminales no están pensando formar criminales profesionales, los usan porque están en una condición de desprotección, de vulnerabilidad y para ellos son desechables de tal suerte que si los detienen o los asesinan tienen otros miles para disponer usarlos como tal” (Flores Martínez, 2019). “8 de cada 10 víctimas de homicidio menores de 18 años fueron asesinadas con arma de fuego, esto quiere decir que fueron ejecutados o murieron en un enfrentamiento” (Flores Martínez, 2019) según el Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública.

Otra nota titulada como “Joselyn, “la niña sicaria” que apareció descuartizada en una hielera”, publicada en el periódico Infobase, el 6 de Setiembre de 2019, se refiere a una joven que formaba parte de un cártel de mujeres que pretendían competir con otros carteles y que operaban en la zona norte del país (Infobase, 2019).

La siguiente nota “Asesinaron a presunto sicario en Río Verde: tenía antecedentes criminales desde los 10 años”, del mismo periódico, relata la vida de un joven encontrado muerto a sus 20 años, pero con historial criminal desde los 10 años, la misma nota menciona una cifra tentativa de 30,000 niños reclutados por el crimen organizado, y que se corrobora por un estudio de la Organización de los Estados Americanos (2015, p. 71).

También refiere a “La peque sicaria”, una joven encargada de decapitaciones en un grupo criminal, la cual, previo a esto, se prostituía y tuvo relación con el tráfico de drogas (Infobase, 2019).

Otro caso es el titulado como “Juanito Pistolas”: el sicario de 16 años que tenía su propio *rap* y

murió decapitado en Nuevo Laredo”, quien era un joven sicario perteneciente a la Tropa del Infierno, que operaba al norte del país. La nota “Niño “narco”, que tiene de mascota a un tigre, amenazó a rivales del “Mayo” Zambada”, hace mención a un video que circulaba en redes, de este niño amenazando a otro grupo rival, portando arma y emitiendo un discurso de odio, intimidación (Infobase, 2019).

En la nota del periódico *Informador*, titulada “Adolescentes sicarios revelan que los atraen vida de lujos y narcocultura”, que se deriva de una investigación realizada por Barragán Bórquez (2018), donde luego de entrevistas directas a jóvenes recluidos, revela que el interés de los adolescentes por pertenecer a los grupos de crimen organizado, es motivo de acceder a los lujos (Informador, 2019).

Tal motivo así sea por corto plazo, supera los estándares de vida que se tienen en la sociedad mexicana, ante el panorama desolador de falta de oportunidades, la “vida exprés” de lujos, resulta parecer más satisfactoria, que vivir a largo plazo en miseria y hambruna. Según el periódico *Milenio*, en la nota “En las filas del crimen, al menos 30 mil niños” (Rivera, 2017), las bandas de grupos criminales reclutan a los menores de entre 9 y 12 años, en actividades de tráfico de drogas, espiar las actividades de las fuerzas públicas, o de grupos contrarios, posteriormente, alrededor de los 15, les encomiendan labores de ejecución, enfrentamientos armados, incluso descuartizamientos, secuestros, etcétera, por lo que no es de extrañar ya, encontrar a menores en retenes ilegales, tomando por la fuerza transportes públicos para bloquear avenidas, quemar llantas, disparos al aire, grabar sus actos, subirlos a redes (en México existe el blog titulado El Blog del Narco, donde se suben videos de torturas, interrogatorios, descuartizamientos, entre otros).

Otra nota enmarca la cantidad de niños reclutados, “Inegi: en el país, 5 mil 888 niños bajo proceso o con sentencia” (Job, 2019), señala la vulnerabilidad de los niños al ser más fáciles de reclutar dado el abandono y falta de oportunidades, además de que la legislación mexicana en materia de menores, no permite sentencias a largo plazo, por lo que, de ser encarcelados, en menos de 5 años quedan libres, y comúnmente, retornan a las actividades ilícitas.

En el artículo 109 de la *Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes* (Cámara de Diputados, 2016) establece que la prescripción de la pena se divide en tres momentos según la edad, estableciendo que de entre 1 a máximo 5 años; es decir, no puede exceder de este tiempo su sanción, apunta: “Lo previsto en las fracciones anteriores aplicará para las conductas cometidas por las personas adolescentes de conformidad con la presente Ley. En los demás casos, la prescripción será de un año” (Cámara de Diputados, 2016, p. 35), en otro párrafo del mismo artículo se refiere a la gama de delitos sexuales, donde “el plazo de prescripción empezará a correr cuando la víctima cumpla dieciocho años” (Cámara de Diputados, 2016, p. 35).

No es el caso castigar por imponer, lo ideal sería que se mejoren las causas ya mencionadas y realizar modificaciones estructurales en las ciudades, así como potencializar el alcance e influencia de los programas sociales, para mejorar las condiciones de vida, de tal modo, otro resultado sería (Romero, 2004). Continuando con la nota, señala que a los criminales de más experiencia o los líderes, eligen a los jóvenes porque se deslumbran y manipulan con facilidad, además de por la capacidad física, el crimen organizado ofrece riquezas y beneficios, que una vida lícitamente llevada, no daría a corto plazo, incluso ni a largo plazo (Job, 2019; Torres Castro, 2005).

Son incontables los casos que se presentan en México, casos al extremo del terror (Puértolas, 2019), hoy, no importa la edad, horario, lugar, autoridad, el crimen organizado está muy penetrado en el país, sumado a las condiciones de deterioro que agravan la búsqueda de soluciones efectivas a corto plazo. Pero a pesar de la gravedad de los hechos, desde diversos ámbitos, debe fluir la colaboración para disminuir el impacto en las consecuencias sociales de la criminalidad, y que no siga afectando a los menores.

En el siguiente apartado, el último, se plantean algunas estrategias que se pudieran poner en acción desde la óptica cívica y académica. Cuanto más se permita persistir en este tipo de conductas antisociales, más difícil será detenerlas mediante medidas sociales o de intervención con fines preventivos. Por ello, resulta decisivo impedir lo antes posible que los niños y adolescentes se dejen atraer por

conductas antisociales que, al ser mayores de edad se convierten en delincuentes insalvables.

PROTECCIÓN A LAS JUVENTUDES A MANERA DE CONCLUSIÓN.

Muchas líneas se han escrito sobre los programas sociales de los gobiernos locales y nacional para dar atención a los problemas en las juventudes, niños y niñas, pero no se distingue un mejoramiento en las condiciones, por el contrario, aumentan las estadísticas y el deterioro es más visible, mismo que parece se viene acumulando. La atención en este documento se centra en la identificación de los factores de riesgo que se diagnostiquen en las localidades, sobre las características demográficas y formas de violencia (Romero, 2004), se debe trabajar en tales causas a modo de revertir la tendencia al riesgo; es decir, aquellos factores que estimulan a la criminalidad, con base a estos mismos se puede trabajar, reconstruyendo aquellas situaciones olvidadas, obsoletas y nuevas que la sociedad necesite; es decir: “La protección del bienestar, el desarrollo, los derechos y los intereses de todos los jóvenes” (Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, 2007, p. 79). De acuerdo con las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil, postula:

La creación de oportunidades, en particular educativas, para atender a las diversas necesidades de los jóvenes y servir de marco de apoyo para velar por el desarrollo personal de todos los jóvenes, en particular de aquellos que están patentemente en peligro o en situación de riesgo social y necesitan cuidado y protección especiales” (Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, 2007, pp. 78 y 79).

Para diagnosticar qué es lo que requiere la población, se pueden establecer mecanismos de consulta a través de reuniones de consulta sobre necesidades en las localidades, intercambiar experiencias, discutir políticas que se tienen para atender las problemáticas, si estas existen, si llegan a la población necesitada, involucrar a todos los agentes institucionales y culturales para que participen en los cambios (Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, 2007). Realizar talleres de detección de problemáticas en las comunidades, incluyendo a los ciudadanos, para juntos diseñar las estrategias para evitar, prevenir y controlar los riesgos, diseñar los planes de operación

mediante mecanismos de participación ciudadana, que, a modo cuantitativo, se puede lograr más con una población informada, involucrada y comprometida con el cambio (Torres Castro, 2005). Esto extiende las oportunidades de colaboración compartida con mejores alcances; es decir: “Tanto el Estado como la sociedad deben trabajar mancomunadamente en apoyo a los jóvenes” (México SOS, s.f.). Los cambios a nivel social tienen que ser significativos y a plazo inmediato, mejorando las condiciones deterioradas que se han olvidado, así como recuperando espacios, manteniendo los programas que hayan funcionando y estableciendo nuevos de acuerdo a los cambios y necesidades de la sociedad contemporánea.

Elemento importante es la educación, es necesario ampliar la cantidad de centros escolares con educación de calidad, en buenas condiciones de infraestructura al interior y exterior, evitando que la educación se vea maltratada por ausencia de docentes, laboratorios, equipos tecnológicos, y básicos para las funciones de aprendizaje, estimulando la cultura cívica para generar factores de protección de las violencias, concientizar que los resultados del estudio son de mayor beneficio a nivel personal, familiar y social a largo plazo. Que la educación sea el reflejo también de buenas oportunidades de desarrollo y empleos satisfactorios, para contrarrestar la percepción y tentación de que las actividades criminales a corto plazo, dejan mejores resultados (Romero, 2004), las juventudes se ven agobiadas por el panorama incierto, lo que vulnera su interés por la permanencia en la escuela o empleos temporales que no permiten la adquisición de bienes materiales básicos para sobrevivir. Programas atractivos de becas para estudios y manutención, permitirán que los menores se liberen de problemas emocionales laborales o familiares y se ocupen enteramente de su capacitación (Torres Castro, 2005).

¿Sin lugar a dudas, la educación y empleos bien remunerados pueden impedir que los jóvenes desvíen la mirada hacia ámbitos de actividad que les permitan encontrar en su entorno inmediato: empleo, dinero fácil y el ansiado ascenso económico. Condiciones que tiene a raudales la delincuencia organizada, llámese ésta narcotráfico, robo, secuestro, extorsión, etcétera, y que suelen seducir y satisfacer las expectativas de muchos jóvenes sin alternativas (México, SOS, s.f.).

La población y los jóvenes deben sentir apoyo y respaldo que brinde sensación de seguridad y certidumbre al futuro, las oportunidades de desarrollo deben contribuir a eliminar la tentación que un estilo de vida basado en lujos y “dinero exprés”, provoca, así como el pesimismo por condiciones desfavorables, y que estas sean catapulta a el auto mejoramiento. “Adherimos a la idea que sostiene que, para implementar cualquier articulación respecto de menores, deberán tenerse presentes (...) planos o dimensiones: la condición jurídica, la realidad biopsicosocial y el diseño instrumental que torne eficaz tal intervención” (Raffo, 2000, p. 68). La prevención de las conductas antisociales en los menores consiste en el mejoramiento de las condiciones ambientales, elevando la atención y la situación económica en los casos en los que es baja y en los que es lo contrario, aumentar la atención a los menores y no descuidarlos. Los menores deben sentir seguridad en todos los sentidos: Social, emocional y mental. Puede ser tratado por diferentes intervenciones, ya sean, educativas, clínicas, familiares, sociales, entre otras. Los programas de prevención social de la violencia tienen por objetivo prevenir la conducta antisocial en la población infantil-juvenil, mediante la implementación de estrategias y acciones dirigidas a la reorientación de los menores.

FUENTES DE INFORMACIÓN

aproximación a su enfoque sociocultural. *Actualidad en Psicología*, 31(122), 45-60. Recuperado de <https://www.scielo.sa.cr/pdf/ap/v31n122/2215-3535-ap-31-122-00045.pdf>

American Psychiatric Association (2014). *Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales. DSM-5*. Ciudad de México: Editorial Médica Panamericana.

Bayo Margalef, J. (1987). Estudio sobre el desarrollo de la percepción visual en el niño. Análisis de la exploración visual de la pintura moderna por una muestra infantil (tesis doctoral). Barcelona: Universitat de Barcelona. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=135160>

Bayón Guareño, F. (2005). Juventud y prisión. *Revista de Estudios de Juventud*, 69, 9-29. Recuperado de <http://www.injuve.es/sites/default/files/revista69completa.pdf>

- Becoña Iglesias, E. (2000). Los adolescentes y el consumo de drogas. *Papeles del Psicólogo*, 77, 25-32. Recuperado de <https://www.redalyc.org/pdf/778/77807705.pdf>
- Bizberg, I. (2015). México: Una transición fallida. *Desacatos*, 48, 122-139. Recuperado de <https://www.redalyc.org/pdf/139/13938788009.pdf>
- Calderón Carrillo, D. (2015). Los niños como sujetos sociales. Notas sobre la antropología de la infancia. *Nueva Antropología*, 28(82), 125-140. Recuperado de <http://www.scielo.org.mx/pdf/na/v28n82/v28n82a7.pdf>
- Cámara de Diputados (2019). *Ley Federal contra la Delincuencia Organizada*. Ciudad de México: Cámara de Diputados. Recuperado de http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/101_081119.pdf
- Cámara de Diputados (2016). *Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes*. Ciudad de México: Cámara de Diputados. Recuperado de <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LNSIIPA.pdf>
- Castillejos Cifuentes, D.A. (2011). Análisis constitucional sobre el uso del término menor, y los de niños, niñas y adolescentes. Publicación Electrónica, 5. Recuperado de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3011/10.pdf>
- Alessandroni, N. (2017). Imaginación, creatividad y fantasía en Lev. S. Vygotski: una Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2015). *Violencia, Niñez y Crimen Organizado*. Washington: Organización de los Estados Americanos. Recuperado de <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/ViolenciaNinez2016.pdf>
- Comisión Nacional de los Derechos Humanos, Universidad Nacional Autónoma de México y Coordinación de Humanidades (2019). *Niñas, Niños y Adolescentes Víctima del Crimen Organizado en México*. Ciudad de México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos. Recuperado de <https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/documentos/2019-11/Estudio-ninas-ninos-adolescentes-victimas-crimen.pdf>
- Comisión Nacional de los Derechos Humanos (2018). *Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. Ley General de Prestación de Servicios para la Atención, Cuidado y Desarrollo Integral Infantil*. Ciudad de México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos. Recuperado de https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/doc/Programas/Ninez_familia/Material/ley-guarderias-ninos.pdf
- Conde Alvarado, E. (2015). Empatía y conducta antisocial en adolescentes: convergencia de dos medidas de empatía y su relación con la conducta antisocial (tesis doctoral). Albacete: Facultad de Derecho, Centro de Investigación en Criminología, Universidad de Castilla-La Mancha. Recuperado de <https://ruidera.uclm.es/xmlui/bitstream/handle/10578/10014/TESIS%20Conde%20Alvarado.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Cornellá i Canals, J. y Llusent i Guillamet, Á. (s.f.). Agresividad y violencia en el niño y en el adolescente. Sociedad Española de Pediatría Extrahospitalaria y Atención Primaria. Recuperado de https://sepeap.org/wp-content/uploads/2014/02/Ps_inf_agresividad_violencia.pdf
- Dávila León, Ó. (2004). Adolescencia y juventud: De las nociones a los abordajes. *Última década*, 12(21), 83-104. Recuperado de <https://scielo.conicyt.cl/pdf/udecada/v12n21/art04.pdf>
- Escobar Marulanda, G. (2006). La enseñanza en criminología. Algunas consideraciones. 8. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 1-8. Recuperado de <http://criminol.ugr.es/recpc/08/recpc08-r2.pdf>
- Flores Martínez, R. (2019). Adolescentes, los sicarios desechables del Narco. *Excelsior*. Recuperado de <https://www.excelsior.com.mx/nacional/adolescentes-los-sicarios-desechables-del-narco/1335471>
- Hernández Moreno, L. (2011). *Salus*. Adolescencia: ¿Adolcer es padecer? 15(2), 5-8. Recuperado de <http://ve.scielo.org/pdf/s/v15n2/art03.pdf>

- Horacio Luis, P. (2015). “Ganarse el respeto”. Un análisis de los conflictos de la sociabilidad juvenil en la escuela secundaria. *Revista Mexicana de Investigación Educativa*, 67(20), 1105-1130. Recuperado de <https://www.redalyc.org/pdf/140/14042022005.pdf>
- Infobase (2019). Joselyn, “la niña sicaria” que apareció descuartizada en una hielera. Recuperado de <https://www.infobae.com/america/mexico/2019/09/06/joselyn-la-nina-sicaria-que-aparecio-descuartizada-en-una-hielera/>
- Infobase (2019). “Juanito Pistolas”: el sicario de 16 años que tenía su propio rap y murió decapitado en Nuevo Laredo. Recuperado de <https://www.infobae.com/america/mexico/2019/09/07/asesinaron-a-presunto-sicario-en-rio-verde-tenia-antecedentes-criminales-desde-los-10-anos/>
- Infobase (2019). Asesinaron a presunto sicario en Rio Verde: tenía antecedentes criminales desde los 10 años. Recuperado de <https://www.infobae.com/america/mexico/2019/08/28/juanito-pistolas-el-sicario-de-16-anos-que-tenia-su-propio-rap-y-murio-decapitado-en-nuevo-laredo/>
- Infobase (2019). Niño “narco”, que tiene de mascota a un tigre, amenazó a rivales del “Mayo” Zambada. Recuperado de <https://www.infobae.com/america/mexico/2019/08/31/nino-narco-que-tiene-de-mascota-a-un-tigre-amenazo-a-rivales-del-mayo-zambada/>
- Informador (2019). Adolescentes sicarios revelan que los atraen vida de lujos y narcocultura. *Informador*. Recuperado de <https://www.informador.mx/mexico/Adolescentes-sicarios-revelan-que-los-atraen-vida-de-lujos-y-narcocultura-20191105-0067.html>
- Institute for Economics & Peace (2018). *Global Peace Index 2019*. Sydney: Institute for Economics & Peace. Recuperado de <http://visionofhumanity.org/indexes/global-peace-index/>
- Instituto Nacional de Estadística y Geografía (2016). Población reclusa y adolescentes infractores. Recuperado de <https://www.inegi.org.mx/temas/poblacion/>
- Jaramillo, L. (2007). Concepciones de infancia. *Zona Próxima*, 8, 108-123. Recuperado de <https://www.redalyc.org/pdf/853/85300809.pdf>
- Job, V. (2019). Inegi: en el país, 5 mil 888 niños bajo proceso o con sentencia. *Milenio*. Recuperado de <https://www.milenio.com/policia/inegi-5-mil-888-ninos-proceso-sentencia>
- Lanadown, G. (2005). La Evolución de las Facultades del Niño. Florencia: Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia. Recuperado de <https://www.unicef-irc.org/publications/pdf/EVOLVING-E.pdf>
- La Redacción (2013). Más de 121 mil muertos, el saldo de la narcoguerra de Calderón: Inegi. *Proceso*. Recuperado de <https://www.proceso.com.mx/348816/mas-de-121-mil-muertos-el-saldo-de-la-narcoguerra-de-calderon-inegi>
- Lara Bermúdez, I.T. (2018). Hubo más ejecuciones con Enrique Peña Nieto que con Felipe Calderón. *Proceso*. Recuperado de <https://www.proceso.com.mx/562597/hubomas-ejecuciones-con-enrique-pena-nieto-que-con-felipe-calderon>
- Manrique, M.L. (2013). Ignorancia deliberada y responsabilidad penal. *Isonomía*, 40, 163-195. Recuperado de <http://www.scielo.org.mx/pdf/is/n40/n40a8.pdf>
- Martínez Corona, B.; Méndez Cadena, E.; y Pérez Nasser, E. (2014). Expectativas de vida, género y ruralidad de jóvenes en una comunidad migrante del estado de Puebla, México. *Agricultura, Sociedad y Desarrollo*, 3(11), 337-357. Recuperado de <http://www.scielo.org.mx/pdf/asd/v11n3/v11n3a5.pdf>
- Martínez Gonzáles, M.; Robles Haydar, C.; Utria Utria, L.; y Amar Amar, J. (2014). Legitimación de la violencia en la infancia: Un abordaje desde el enfoque ecológico de Bronfenbrenner. *Psicología desde el Caribe*, 1(31), 133-160. Recuperado de <https://www.redalyc.org/pdf/213/21330429007.pdf>
- Martínez Pacheco, A. (2016). La violencia. Conceptualización y elementos para su estudio. *Política y Cultura*, 46, 7-31. Recuperado de <https://www.redalyc.org/pdf/267/26748302002.pdf>

México SOS (s.f.). **Jóvenes: Entre la delincuencia y la agresión.** Recuperado de <http://www.mexicosos.org/dossier/librerosos/870-jovenes-entre-la-delincuencia-y-la-agresion>

Mendoza García, J. (2011). La tortura en el marco de la guerra sucia en México: un ejercicio de memoria colectiva. *Polis: Investigación y Análisis Sociopolítico y Psicosocial*, 7(2), 139-179. Recuperado de https://www.redalyc.org/pdf/726/Resumenes/Resumen_72621412006_1.pdf

Mustaca, A.E. (2018). Frustración y conductas sociales. *Avances en Psicología Latinoamericana*, 36(1), 65-81. Recuperado de <http://www.scielo.org.co/pdf/apl/v36n1/1794-4724-apl-36-01-00065.pdf>

Ochoa Rojas, A.C. (2007). Análisis de la percepción infantil con respecto a la familia a partir de la caricatura "Franklin y sus amigos". *Investigación Universitaria Multidisciplinaria: Revista de Investigación de la Universidad Simón Bolívar*, 6, 35-47. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2695341.pdf>

Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (2020). Crimen Organizado Transnacional. S.P: Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito. Recuperado de <https://www.unodc.org/ropan/es/organized-crime.html>

Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (2007). *Recopilación de Reglas y Normas de las Naciones Unidas en la Esfera de la Prevención del Delito y la Justicia Penal*. Nueva York: Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito.

Organización Mundial de la Salud (2020). Desarrollo en la adolescencia. Recuperado de https://www.who.int/maternal_child_adolescent/topics/adolescence/dev/es/

Ortega Ortiz, R.Y y Somuani Ventura, M.F. (2015). El periodo presidencial de Felipe Calderón Hinojosa. *Foro Internacional*, 55(1), 5-15. Recuperado de <http://www.scielo.org.mx/pdf/fi/v55n1/0185-013X-fi-55-01-00005.pdf>

Puértolas, M.Á. (2019). Hoy sicarios matan niños. *Milenio*. Recuperado de <https://www.milenio.com/opinion/miguel-angel-puertolas/en-frecuencia/hoy-sicarios-matan-ninos>

Raffo, H. (2000). *Menores infractores y libertad asistida*. Buenos Aires: La Rocca.

Ramírez Garza, C. (2009). Delincuencia juvenil. Psicoanálisis, Cultura, Arte y Tecnología. Recuperado de <http://camiloramirez-garza.blogspot.com/2009/>

Rivera, C. (2017). En las filas del crimen, al menos 30 mil niños. *Milenio*. Recuperado de <https://www.milenio.com/policia/en-las-filas-del-crimen-al-menos-30-mil-ninos>

Romero, I. (2004). Desvelar la violencia: Una intervención para la prevención y el cambio. *Papeles del Psicólogo*, 25(88), 19-25. Recuperado de <https://www.redalyc.org/pdf/778/77808803.pdf>

Sánchez Galindo, A. (2017). Historia del penitenciarismo en México. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Recuperado de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4770/29.pdf>

Statistics Iceland (2019). The population increased by 1,610 in the second quarter of 2019. Recuperado de <https://www.statice.is/publications/news-archive/inhabitants/population-in-the-2nd-quarter-2019/>

Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública (2019). Incidencia delictiva. Recuperado de <https://www.gob.mx/sesnsp/acciones-y-programas/incidencia-delictiva-87005>

Senado de la República (2014). Situación actual y factores que influyen en la delincuencia juvenil. *Mirada Legislativa*, 51. Recuperado de <http://www.bibliodigitalibd.senado.gob.mx/bitstream/handle/123456789/1993/ML51.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Suárez Beltrán, M.L. (2009). La experiencia de la imaginación creadora como elemento primordial de la creación poética en la infancia. *Civilizar*, 9(17), 169-179. Recuperado de <http://www.scielo.org.co/pdf/ccso/v9n17/v9n17a12.pdf>

Tieghi, O.N. (2010). Acerca de la edad de inimputabilidad en Argentina. *Archivos de Criminología, Criminalística y Seguridad Privada*, 4, 1-7. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5255514.pdf>

Torres Castro, C. (2005). Jóvenes y violencia. *Revista Iberoamericana de Educación*, 37. Recuperado de <https://rieoei.org/historico/documentos/rie37a03.htm>

UNICEF Comité Español (2006). Convención sobre los Derechos del Niño. Madrid: UNICEF Comité Español. Recuperado de <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>

Velázquez, I. (2005). Una aproximación al mapa disciplinar de la pedagogía. *Revista Iberoamericana de Educación*, 35(2), 1-15. Recuperado de <https://rieoei.org/historico/deloslectores/811Velazquez.PDF>

Zuckermann, L. (2019). ¿Los muertos de AMLO? *Excelsior*. Recuperado de <https://www.excelsior.com.mx/opinion/leo-zuckermann/los-muertos-de-amlo/1350994>

AFECTACIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS INTERSEXUALES EN EL PERÚ COMO CONSECUENCIA DE LA FALTA DE REGULACIÓN LEGAL

AFFECTION OF THE RIGHTS OF INTERSEXUAL PEOPLE IN PERU AS A CONSEQUENCE OF THE LACK OF LEGAL REGULATION

Jenny Carla Vásquez Pezutti
Contraloría General de la República
Magister en Derecho Constitucional
<https://orcid.org/0000-0001-6630-2982>
jevasquezpezutti@hotmail.com
Perú

Recibido: 29 de abril de 2020

Aceptado: 29 de junio de 2020

SUMARIO

- Introducción
- ¿Intersexual o hermafrodita?
- Personas intersexuales: derechos vulnerados por falta de regulación
- Propuesta para la regulación legal de la situación de las personas intersexuales
- Conclusiones
- Fuentes de información.

RESUMEN

El presente trabajo pretende demostrar que existe una falta de regulación en nuestro país respecto a las personas intersexuales, que lleva no solo al desconocimiento de su existencia, sino que además deja en zozobra la protección de sus derechos fundamentales, trayendo como consecuencia la intervención médica para la reasignación del sexo, donde la mutilación de genitales se convierte en la práctica más común para dar solución a lo que la sociedad ve como un cuerpo nacido imperfecto, sin importar para ello el consentimiento del paciente. Existen derechos que, pese a que están invocados en la Constitución, no pueden ser alegados a entera satisfacción por la persona intersexual. No hablamos de un trato diferencial o privilegiado, sino de uno que tenga como fin alcanzar los mismos resultados. Por tanto, si entendemos que los derechos fundamentales

le corresponden de manera igual a toda persona, ¿por qué en el caso de las personas intersexuales esto no ocurre?

ABSTRACT

The present work tries to demonstrate that there is a lack of regulation in our country regarding intersex people, which leads not only to the ignorance of their existence, but also the protection of their fundamental rights is left in distress, resulting in medical intervention for the reassignment of sex, where genital mutilation becomes the most common practice to solve what society sees as an imperfectly born body, regardless of the patient's consent. There are rights that despite being invoked in the Constitution, cannot be alleged to the satisfaction of the intersex person. We are not talking about differential or privileged treatment, but rather one that aims to achieve the same results. Therefore, if we understand that fundamental rights correspond equally to every person, why in the case of intersex people this does not happen?

PALABRAS CLAVE

Ambigüedad sexual; consentimiento informado; identidad; mutilación; tercer sexo.

KEYWORDS

Sexual ambiguity; informed consent; identity; mutilation; third sex.

INTRODUCCIÓN

Durante mucho tiempo se ha clasificado al ser humano como varón o como mujer, identificados cromosómicamente como XY y XX, gónada (testículos u ovarios) y con genitales (pene o vagina) respectivamente, sin embargo cuando los espermatozoides o el óvulo poseen más de 23 cromosomas, se presentan conformaciones genéticas distintas a las tradicionalmente conocidas, estas nuevas conformaciones pueden apreciarse como XXY o XXXY, que pueden ser vistas como alteraciones físicas que definen a los intersexuales.

Las personas intersexuales enfrentan muchos desafíos, uno de los mayores es que algunas están siendo sometidas a cirugías que pueden ser innecesarias y que alteran sus vidas cuando apenas son bebés, ello se ve reflejado con los procedimientos de normalización de su apariencia genital, sin tomar en cuenta su derecho de decidir a someterse o no a los mismos.

En el Perú la palabra intersexual es objeto de desconocimiento y es confundida con la homosexualidad, la transexualidad, el travestismo, etc. No existe regulación especial en la que se haya abordado alcances específicos del tema.

La falta de regulación legislativa para el caso de los intersexuales, genera la imposición de una identidad documentaria que no tiene en cuenta la circunstancia propia de la persona.

El presente artículo tiene como objetivos: 1) identificar cuál es la problemática actual de las personas intersexuales, 2) dar a conocer que el vacío legislativo en los casos de personas intersexuales genera la vulneración de sus derechos fundamentales; y finalmente, 3) plantear una propuesta que pueda ser aplicable como medida de solución.

Veremos cómo el tema de intersexualidad suele ser tan desconocido que muchas personas podrían llegar a identificar su definición si se le menciona la palabra hermafrodita, el cual conforme lo veremos no resulta ser un término acorde.

Haremos un comparativo entre la situación de las personas intersexuales y las personas que integran la comunidad LGTB, que, si bien

tienen enfoques de interés en común, existe una distinción notoria que resulta importante poner en manifiesto para ayudar a tener claro el tema.

Un punto importante a dar a conocer son las prácticas médicas en intersexuales, cuyo sustento para las intervenciones (muchas veces irreversibles) es “normalizar” la apariencia de los genitales para ayudar al desarrollo emocional del intersexual. Para un sector de los médicos, una persona con genitales ambiguos es inaceptable ante una sociedad que no está preparada para entender su apariencia; por tanto, la intervención surge como una solución para evitar la discriminación a la que se verían expuestos, otorgarles una identidad a las personas intersexuales es evitar que se vean afectados en el tiempo. Sin embargo, dicha idea conlleva a dejar de lado aspectos importantes, como es el consentimiento informado del paciente, y trae consigo además la vulneración de derechos fundamentales de la persona.

A continuación, detallaremos cómo es que varios derechos fundamentales vienen siendo vulnerados en las personas intersexuales ante la falta de regulación legal. Asimismo, daremos a conocer las legislaciones extranjeras que se han emitido relacionadas a la situación y protección de las personas intersexuales; y finalmente propondremos una propuesta como solución a la situación por la que atraviesan estas personas.

¿INTERSEXUAL O HERMAFRODITA?

El término “hermafrodita” surge como un término biológico que se usa para hablar de especies que poseen órganos sexuales de hembra y macho, como por ejemplo los caracoles y lombrices, también se relaciona a un término de la mitología griega, relacionada a Hermafrodito, hijo de Hermes (admirado por su hermosura) y Afrodita (la diosa del amor), distinguido por tener rasgos de ambos sexos.

Fuera de la mitología, Foucault (2001), en su obra *Los anormales* expone cómo en tiempos antiguos (edad media) los hermafroditas eran vistos como monstruos y dicha identificación era castigada con su ejecución. Relata que, a partir del siglo XVII, el hermafrodita podía escoger ser de un determinado sexo, vivir tranquilo y sin ser cuestionado o discriminado, y solo era condenado (con la hoguera) si no

respetaba la opción establecida y usaba el sexo anexo.

Con el tiempo se estableció que no era correcto que se conocieran a estas personas con un término acuñado para un tipo de especie animal o vegetal, es así que surge la palabra “intersexualidad” al asemejarla como un punto intermedio entre varón y mujer, dicho término fue reconocido en el siglo XX con la publicación del libro *Los estados intersexuales en la especie humana* del médico Gregorio Marañón. Cabe precisar, que en aquella época la intersexualidad no era referida sólo a personas con genitales ambiguos, sino a todo aquel que no se encuadraba dentro de los parámetros de mujer o varón.

Se resalta a Marañón pues sus pensamientos plasmados en su obra, hicieron que la medicina, en especial en los campos de medicina legal y criminología, despertara otros intereses en torno a la sexualidad. Marañón señalaba que la medicina tenía que ir más allá en cuestiones de sexualidad, resaltó los beneficios de la endocrinología y dio cara al tema de las anomalías sexuales en grados diversos.

Ante el interés expuesto por Marañón, aparecen nuevos estudios, siendo importante el realizado por el médico y psicólogo John Money, un médico influyente en esa época sobre los estudios de identidad de género. La teoría de Money consistía en que solo se puede ser de un sexo determinado, pues señalaba que los niños al nacer tenían un sexo neutro y que por eso el género era algo que se podía enseñar y aprender; para él, un intersexual era una persona sexualmente inacabada (errores en el desarrollo sexual), por lo que debía de asignársele el sexo de varón o mujer; si era necesario, el recién nacido debía ser operado a fin de que sea visiblemente identificado, pues lo demás dependía de la educación de los padres. Añadía:

Sin intervención médica, el destino de los muchos bebés hermafroditas es la muerte. (...) No tiene sentido hablar de un tercer sexo, de un cuarto o de un quinto cuando el esquema filogenético es de dos sexos. Los que genítalmente no son ni masculinos ni femeninos sino incompletos, no son un tercer sexo. Tienen un sexo mixto, o un sexo intermedio. Impedir la intervención médica es irresponsable. (Money, 2002, p.33)

Para Money, el nacimiento de un bebé intersexual, era incompatible también con la salud mental de los padres.

La teoría de John Money tuvo gran acogida y a fin de probar la eficacia de la misma, Money presentó en 1966 el caso de un gemelo llamado David Reimer, con el que, pese a que no se trataba de un caso de intersexualidad, quería demostrar los varios aspectos para un adecuado desarrollo de la persona. Este caso que aparentemente respaldaba su teoría, terminó por ser el que le trajo los mayores cuestionamientos.

David Reimer fue sometido a una mala intervención médica que eliminó su pene cuando apenas tenía 8 meses de edad; basados en la recomendación de Money, fue reasignado como mujer y a través de una operación sus testículos fueron removidos, creándosele una vulva y cambiándosele el nombre a Brenda. Money recetó el tratamiento hormonal, solicitó que no se le dijese sobre su cambio de sexo y que sea educado como una niña. Este caso fue calificado por Money como el éxito de su teoría; sin embargo, en 1997 se supo que Reimer nunca se había identificado como mujer y que tampoco había tenido las conductas típicas de dicho sexo. A los 14 años, después de años de terapia e intentos de suicidio Reimer fue informado de todo y decidió someterse a tratamientos de hormonas masculinas, adquiriendo un nuevo nombre (David), pese a ello el 5 de mayo de 2004 David Reimer se suicidó. (BBC, 2009).

Se puede encontrar muchos antecedentes sobre la existencia de personas intersexuales, se dice que uno de los orígenes del llamado hermafroditismo lo encontramos en las comunidades nativas de Norteamérica donde se habla de la existencia de niños con genitales ambiguos que eran considerados como bendición divina, poseedores de poderes especiales pues tenían dos espíritus a la vez (Espert, 2014, video de History Channel).

Asimismo, en la India existe la comunidad Hijras, integrada principalmente por personas intersexuales. Los Hijras se dedican, además de adorar a su diosa madre “Bajuchara Mata” a cuidar de niños nacidos con genitales ambiguos, es tradición que cada mes de abril se celebre el festival de Koovagam en la que

realizan una serie de festividades, una especie de ferias en la que no solo se muestra sus tradiciones, sino además se realizan actividades con el fin brindar información de prevención de enfermedades de transmisión sexual.

Uno de los casos más conocidos de intersexualidad es el de Caster Semenya, la atleta surafricana que se proclamó campeona del mundo de los 800 metros en el Campeonato Mundial de Berlín 2009, sin embargo, debido a sus rasgos masculinos se puso en duda su género femenino y al hacersele un estudio se determinó que era una persona intersexual (no dispone ni de útero ni de ovarios y tiene testículos sin descender) lo que le proporcionaba el triple nivel de testosteronas que otras atletas. Se le recomendó someterse a una intervención quirúrgica pese a que la atleta señaló identificarse con el sexo femenino, la discriminación que sufrió fue grande hasta podría decirse aberrante, pues se hizo de su caso un sin fin de artículos y notas que llevaron a señalar que ella no era la única persona intersexual que participaba en estos eventos deportivos y que al no existir una regulación jurídica no se les debía permitir su participación; en una entrevista a la revista Surafricana “You” la atleta señaló: “Dios me hizo como soy y yo me acepto así”. Finalmente, dirigentes del atletismo internacional reconocieron que se habría actuado de manera indebida en su caso y se le permitió su partición con el sexo de mujer.

Como referencia de que la intersexualidad en el Perú data de hace mucho tiempo, uno de los huacos que acoge el Museo Larco, figura la imagen denominada: “Hermafrodita amputándose el pene”, del que se ha dicho se trata de:

Un cántaro antropomorfo perteneciente al estilo Virú o Gallinazo, que conserva el Museo Rafael Larco Herrera, es la única representación que muestra claramente los genitales pertenecientes a ambos sexos. Con una de sus manos, al parecer, trata de insertar el pene, en la vulva. Otro caso de representación hermafrodita, figura en una botella escultórica Moche en el que el individuo aparece amputándose el pene. La pieza en mención, pertenece también a la colección del Museo Rafael Larco Herrera (Cáceres, 2007, pp. 140-141).

Si bien actualmente se sigue relacionando a las personas que presentan ambigüedad sexual como hermafroditas, cada vez es más común

encontrar la palabra intersexual, tal es así que hay fechas especiales para el reconocimiento y protección de las personas intersexuales. Todos los 26 de octubre se celebra el “Día de la Visibilidad Intersexual”, en reconocimiento de la presencia de Max Beck y Morgan Holmes (dos jóvenes representantes de la Intersex Society of North América – ISNA) en la convención anual de la Academia Americana de Pediatría de 1996, quienes acudieron a la convención con la idea de hablar como delegados de la ISNA de la situación por la que venían pasando las personas intersexuales, sin embargo al llegar se enteraron que no estaban en el itinerario del programa, frustrándose sus intenciones. Ante la decepción de no ser oídos, Max Beck y Morgan Holmes, junto a otras personas se plantaron a las afueras de la convención con pancartas, protestando por la situación que estaba sucediendo, consiguiendo con ello la atención de la prensa y de cierta forma lo que pretendían, dar a conocer la existencia de personas intersexuales y los derechos que exigían. Aunado a ello, la organización emitió una declaración de prensa que describía los estándares de atención para los diagnósticos y el tratamiento de bebés y niños intersexuales.

Otro día en que se reconoce la presencia y exigencia de la protección a los derechos de intersexuales, es el 8 de noviembre, denominado “Día Internacional de la Solidaridad Intersexual”, en concordancia y homenaje con el nacimiento de Herculine Barbin (8 de noviembre de 1938).

No existe en el Perú una estadística sobre el grupo de personas en nuestro país que puedan ser identificados como intersexuales. Según la Organización Mundial de la Salud el 1.7% de la población mundial es intersexual. La Intersex Society of North América señala que 1 de cada 1,500-2,000 nacimientos son de bebés intersexuales cada año.

Por su parte, el colectivo “No Tengo Miedo”, que elabora diversas publicaciones a nivel nacional con el fin de apoyar y brindar un diagnóstico de la situación LGTBIQ en Lima, expuso en su edición 2014, capítulo 1 datos generales de historias negativas, haber recogido en cuatro meses un total de 305 historias. De los resultados, los referentes a “historias negativas por identidad de género”, se atribuye un 0.4% del total a historias sobre intersexualidad.

En el año 2017, se realizó la primera encuesta virtual para personas LGTBI, con la finalidad de generar información estadística que permitiera formular políticas, acciones y estrategias que garanticen el reconocimiento y la protección de los derechos de la población LGBTI. La encuesta virtual fue respondida por 12,026 personas LGBTI de 18 y más años de edad. De este total, el 72%, es decir, 8,630 personas son jóvenes cuyas edades fluctúan entre 18 y 29 años, el 65% de los encuestados fueron de Lima. Al respecto, un porcentaje de 4.3% señaló ser intersexual. (Instituto Nacional de Estadística e Informática, 2017)

Los casos conocidos de personas intersexuales en nuestro país son muy pocos. A través de los medios de comunicación hemos podido conocer los siguientes:

Caso 1:

Fuente: Sentencia del Tribunal Constitucional Peruano N.º 2868-2004-AA/TC

Fecha que se dio a conocer el caso: 24.11.2004

Lugar: Áncash

Historia: Se resuelve la acción de amparo interpuesta por José Antonio Álvarez Rojas. En dicha sentencia se da a conocer que el recurrente mantuvo una convivencia con Óscar Miguel Rojas Minchola, quien asumió la identidad de Kelly Migueli Rojas Minchola. El reconocimiento médico legal de fecha seis de agosto de mil novecientos noventa y seis, de la Dirección Regional de Salud de Huari, diagnosticó como un caso de “hermafroditismo”, debido a que no se puede definir su sexo inicial por existir plastia previa en órganos genitales.

Caso 2:

Fuente: RPP Noticias – Sitio Web

Fecha que dio a conocer el caso: 11.01.2010

Titular: “Revelan caso de dos pequeños hermanos hermafroditas en Bagua Grande”

Lugar: Amazonas

Historia: Se informa el caso de dos hermanos, uno de 4 y otro de 1 año de edad, que nacieron con dos sexos. La madre de los menores refiere “mi sueño es ver a mis hijos sanos como un hombre, un verdadero hombre, no así (...) queremos que sean normales y que se sanen”. La nota señala que los padres por vergüenza y temor al rechazo mantuvieron en silencio la condición de sus

hijos. Los menores fueron traídos a la ciudad de Lima a efectos de someterlos a pruebas médicas, a fin de determinar su condición genética.

Caso 3:

Fuente: Perú 21 – sitio web

Fecha que dio a conocer el caso: 18.02.2012

Titular: “Nace bebé hermafrodita en Pucallpa”

Lugar: Pucallpa

Historia: Se refiere al caso de un bebe de dos meses al que los médicos de Pucallpa calificaron como hermafrodita. La nota informa que, “tiene los órganos reproductivos tanto de un hombre como de una mujer, aunque señalan que se inclina más al sexo femenino”. La madre lo trajo al Hospital del Niño – Lima.

Caso 4:

Fuente: RPP Noticias – sitio web

Fecha que dio a conocer el caso: 07.07.2013

Titular: “Niño hermafrodita necesita ayuda para operación”

Lugar: Piura

Historia: Se da a conocer el caso de un niño piurano de 11 años de edad, que ha sido diagnosticado al nacer con genitales ambiguos. El menor ignora su condición biológica. Ha sido rechazado en las escuelas, razón por la que no sabe leer ni escribir. A efectos de solucionar su caso, los padres lo trasladaron al Hospital del Niño. Refieren que según los cálculos su operación costará más de 75 mil nuevos soles.

Caso 5:

Fuente: Diario Correo – sitio web

Fecha que dio a conocer el caso: 18.05.2016

Titular: “Bebe hermafrodita nace en hospital ‘El Carmen’ de Huancayo”

Lugar: Huancayo

Historia: Alude al caso de un bebe nacido en el hospital ‘El Carmen’. Indica que en la ecografía que le practicaron a la madre cuando estaba gestando al bebé se apreciaba los genitales masculinos, pero también se visualizaba que tenía un clítoris grande, lo que se asemejaba a una vagina. En este caso, el personal de salud llenó los documentos con la palabra “indeterminado” al momento de definir el sexo. Se añade que ha

generado un impacto psicológico en los padres. El menor sería traído al Hospital del Niño, para que sea sometido a estudios de ADN a fin de que se determine el sexo que predomina.

Relación con las personas LGTB

La heterosexualidad se ha establecido tradicionalmente como el patrón socialmente aceptado de la orientación sexual, “en nuestra sociedad la heterosexualidad no funciona como insulto, sino como requerimiento de normalidad” (Romero, García y Bargueiras, 2005, p. 19). Aunque la heterosexualidad en la actualidad ya no constituye la única orientación sexual, es la única estancia de las relaciones de pareja que sigue primando, y que solo basada en ella, se logra la reproducción biológica. Este sistema de heterosexualidad, pretende ser destruido o al menos criticado como única orientación sexual por grupos sexuales conocidos comúnmente como “LGTB” que incluyen en sus siglas a las personas lesbianas, gays, transgénero y bisexuales, está compuesto por activistas defensores de su propia identidad y orientación sexual.

A los integrantes de este colectivo se les ha llamado minorías sexuales. Han sido vistos, como un grupo de personas que se enfrentan al parámetro establecido en referencia al término de mujer y varón que se le ha asignado. Unen esfuerzos de forma organizada desde diferentes ámbitos con el fin de ayudarse mutuamente y lograr satisfacer sus pretensiones. En general, el fin común siempre será erradicar la homofobia existente, en tanto esta se puede ver reflejada en leyes que sancionan con muerte la homosexualidad, como ocurre en Arabia e Irán. En Pakistán y Libia se castiga con meses de prisión; y en Ghana y Kenia con multa o trabajos forzados.

¿Por qué resulta necesario hacer una distinción entre las personas intersexuales y el colectivo LGTB? Porque puede pensarse que la situación por la que atraviesan las personas intersexuales es la misma y ello no es así, porque en el caso de las personas LGTB están referidas a su orientación sexual; esto es, estamos ante personas nacidas con características físicas y biológicamente típicas al de un varón o al de una mujer, pero con orientaciones sexuales diferentes, distinto al caso de las personas intersexuales que nacen con una diferenciación sexual y características propias de ambos sexos.

Sin embargo, si bien la situación de las personas intersexuales es distinta a la del colectivo LGTB, en algunas comunidades al término LGTB se ha agregado la I referente a los intersexuales, ello se da porque muchos de los derechos que exigen este colectivo son los mismos que exigen las personas intersexuales, como lo es el derecho a la igualdad, a no ser discriminados, etc.

Es cierto que el colectivo LGTB cada vez tiene mayor presencia, pero en el campo de la intersexualidad, también se ha hecho presente el inicio de movimientos dirigidos exclusivamente a que se reconozca no solo el estado intersexual, sino sobre todo se pare con las mutilaciones a las que estas personas se ven expuestas. Así, tenemos a la Sociedad Intersexual de Norte América o a la Organización Internacional – Hispanoparlante.

Semejanzas y diferencias

Semejanza: Se basa en la lucha contra la discriminación, en el ámbito familiar, en la escuela, salud, laboral (estigmatización de su apariencia), religioso (posibilidad de participar del culto), legal (beneficios) y político (participación en un cargo político).

Asimismo, se enfrentan a los llamados crímenes de odio, asesinatos y ataques. La falta de protección a la que se ven expuestos, los lleva en muchos casos a no denunciar por temor y por falta de confianza en el sistema.

Diferencias: A nivel genético: los intersexuales presentan un distintivo muy notorio, que es su anatomía, la distinción de sus patrones cromosómicos, la ambigüedad en sus genitales.

La ambigüedad genital a la que están vinculados los intersexuales, está relacionada a la presencia de un recién nacido con falo de tamaño intermedio entre un pene normal y un clítoris normal, conforme lo señala la Red de Salud Hormonal Hormone Healtha Network (2011):

Significa que los órganos de un recién nacido se ven diferentes a los típicos de, ya sea, los niños o las niñas. Los padres y médicos no pueden determinar de inmediato el sexo del recién nacido. Por ejemplo, un bebé puede tener un clítoris grande (parte de los órganos genitales femeninos), que se asemeja más a un pene pequeño, y fusión de los labios de la vagina, por lo que tienen una apariencia más similar al

Affection of the rights of intersexual people in Peru as a consequence of the lack of legal regulation

escroto (la bolsa que contiene los testículos). En algunos bebés, el pene no se forma o es muy pequeño, y la apertura por la cual sale la orina puede estar en la base del pene en vez de la punta. Las afecciones de estas características se denominan trastornos del desarrollo sexual. (p.1).

Así, podemos ver que la estructura tradicionalmente binominal deja un cuadro aparte a las personas intersexuales, quienes tienen que alinearse dentro del cuadro tradicional de la diferenciación sexual.

En sus intereses particulares si bien las estrategias o intereses pueden ser similares, las personas intersexuales deben batallar en una situación particular, que es evitar la mutilación de sus órganos sexuales.

PERSONAS INTERSEXUALES: DERECHOS VULNERADOS POR FALTA DE REGULACIÓN

Intervenciones médicas y el consentimiento informado

En tiempos pasados los temas de personas intersexuales han sido tratados de manera clandestina, tratando de ocultarlo, por temor, aberración y por ignorancia. A esta forma de pensamiento García (2015) la denomina como “la administración del cuerpo hermafrodita”, definiéndola como el paso de la decisión del juez sobre el futuro de un intersexual, a la de los médicos quienes serán los encargados de hacer lo posible para que el intersexual encaje en el binomio de mujer o varón. Así, los encargados de modificar esta anomalía eran los médicos, quienes con el uso de sus conocimientos debían evitar a todas luces la distinción de estas personas frente a las demás, pues “la asignación de sexo estará generalmente condicionada por la anatomía de los genitales externos, por las posibilidades de reconstrucción quirúrgica, por la respuesta hormonal en la pubertad y también, en parte, por las preferencias de los padres” (Piró, 2001, p. 130), por lo que,

no hay tiempo que perder en reflexiones sosegadas o consultas con los progenitores. No hay tiempo para que los nuevos padres consulten a otros que hayan tenido hijos de sexo mixto antes que ellos o hablen con intersexuales adultos. Antes de veinticuatro horas, el bebé debe abandonar el hospital con un solo sexo,

y los progenitores deben estar convencidos de que la decisión ha sido la correcta (Fausto, 2006, p.65).

Para la medicina la justificación de someter a un recién nacido con genitales ambiguos a una intervención (pudiendo éstas terminar en varias intervenciones) es normalizar la apariencia de los genitales. Una justificación adicional es la discriminación a la que se ve expuesta la persona intersexual, por lo que la intervención quirúrgica, “parecería” justificada ante esos aspectos.

Hay que reconocer también que muchas de estas intervenciones son iniciativas de los padres que pretenden conseguir la “normalidad” de su hijo(a) con características de intersexualidad, sin considerar adicionalmente – lo que no debería ser tenido como secundario – el poner en peligro la salud del menor o que puedan dañar los genitales, disminuir su sensibilidad y privarle de su verdadera identidad.

En la sentencia de la Corte de Colombia N° T-622/14 de fecha 28 de agosto de 2014 se señala en el punto 2.3:

Como puede verse, los estados intersexuales cuestionan una de las convicciones sociales y culturales más profundas, toda vez que pone en tela de juicio la existencia biológica de sólo dos sexos; el masculino y el femenino. Esta situación a nivel cultural ha llevado a que las personas que nacen con estados intersexuales, se les trate como individuos que sufren un trastorno físico, y por ende, requieren de un tratamiento y una cirugía médica de readaptación o resignación que defina necesariamente alguno de los dos sexos.

La Organización Internacional de Intersexuales ha denunciado las intervenciones quirúrgicas, señalando que éstas en su mayoría, terminan asignando el sexo de mujer, pues es más factible construir los genitales de dicho sexo a los de un varón y que negarse a enfrentar el estado de los intersexuales, es no querer enfrentar un estado de ser humano que necesita ser identificado. La existencia de los binomios del sexo (mujer y varón) y género (femenino y masculino), no puede alarmar y creer que la rápida solución es adecuar el cuerpo del intersexual a uno de ellos, no es la solución para el intersexual, lo es para el tercero ajeno que no concibe una anatomía del ser humano distinta a la que regularmente conoce, a la normal o correcta, lo que Foucault llama el “Bipoder”, aquel poder que se ejerce sobre el cuerpo de las personas.

Por su parte la Organización de Naciones Unidas, en el informe sobre tortura infantil (Resolución 1952), estableció la cirugía de normalización intersexual como un tratamiento médico innecesario, calificándolo de tortura.

¿Qué es lo que se deja de lado en estas intervenciones médicas de personas intersexuales? El consentimiento del paciente. El consentimiento informado, que es una relación médico-paciente, implica un asentimiento, una voluntad de la persona para someterse a intervenciones o tratamientos previos, el conocimiento de los efectos y las consecuencias que de las mismas se pueden derivar.

El doctor Fernández Sessarego, expuso en una publicación realizada en sus redes sociales (Facebook) que la razón que lo llevó a escribir sobre derecho médico, es su siempre interés de precisar qué es la libertad, y como ella cambia la vida del ser humano y del derecho. Como la libertad ingresa al derecho y ocupa el primer plano de nuestras inquietudes. Así, precisaba que la libertad ingresa a la medicina con el consentimiento informado, ya el médico no debe dar diagnóstico o emitir recetas sin informar debidamente al paciente y pedir su consentimiento. Ante los cuestionamientos que pudieran surgir de su posición, colocaba el siguiente ejemplo: ¿Puede usted invadir un domicilio ajeno? No. ¿Qué necesita? Una orden judicial. Pues con mayor razón para ingresar al cuerpo humano ajeno se necesita el consentimiento de éste.

Las intervenciones médicas a los genitales de bebés intersexuales, es para la medicina la corrección de genitales (anormales o dañados para el desarrollo social), y para los organismos intersexuales, la destrucción y/o castración de genitales seguida de una afectación a la identidad que sufre el sujeto a largo plazo que no necesariamente coincide con la intervención realizada.

Lo esencial y primordial en las intervenciones de intersexuales es que la propia persona y nadie más que ella decida por propia voluntad la intervención médica, pues es ilógico la consulta a los tutores, quienes no definirán a largo plazo la identidad de la persona, aquella identidad que solo puede ser formada por cada uno, sobre la construcción de varios elementos que termina haciéndolo a uno mismo único.

Nuestro Tribunal Constitucional (Expediente N° 2273-2005-PHC-TC) ha señalado,

[...] que, entre los atributos esenciales de la persona, ocupa un lugar primordial el derecho a la identidad consagrado en el inciso 1) del artículo 2° de la Carta Magna, entendido como el derecho que tiene todo individuo a ser reconocido estrictamente por lo que es y por el modo cómo es. Vale decir, el derecho a ser individualizado conforme a determinados rasgos distintivos, esencialmente de carácter objetivo (nombres, seudónimos, registros, herencia genética, características corporales, etc.) y aquellos otros que se derivan del propio desarrollo y comportamiento personal, más bien de carácter subjetivo (ideología, identidad cultural, valores, reputación, etc.).

La Corte Constitucional de Colombia en la sentencia N° 622-14, haciéndose referencia a la sentencia N° 337-99 (que marcó un antes y un después de los casos de intersexualidad), exaltó la exigencia del consentimiento informado del paciente, indicando sus características:

a) debe ser libre, previo e informado, es decir, al margen de coacciones y engaños; b) la decisión debe ser informada, es decir, debe fundarse en un conocimiento adecuado y suficiente de todos los datos que sean relevantes para que el paciente pueda comprender los riesgos y beneficios de la intervención u operación a realizar, y debe estar acompañados de la oportunidad de valorar las demás alternativas, incluso la ausencia de cualquier tipo de tratamiento; c) el paciente debe gozar de aptitudes emocionales y mentales para decidir si acepta o no el tratamiento, lo que quiere significar que debe ser un ser autónomo y comprenderse como sujeto con identidad sexual propia; d) tratándose de intervenciones médicas extraordinarias que implican una invasión al cuerpo de riesgo mayor a las terapias ordinarias, el deber de revelación de la información es más exigente y la manifestación del paciente debe ser más clara y calificada; e) si la intervención es riesgosa y las posibilidades favorables del paciente son bajas, el consentimiento manifestado por el paciente debe ser más preciso y rigurosamente informado [...]

Creemos que el consentimiento de las intervenciones debe ser prioritario y necesario, un consentimiento y decisión al que el intersexual haya llegado luego de habersele surtido de la información necesaria que engloba la intervención médica, sus riesgos y las consecuencias que puede generar. Por tanto, este deber de consentimiento debería suspenderse hasta que la persona intersexual, pueda emitir su propia decisión.

¿Existe discriminación en el entorno familiar del intersexual?

Sin duda la preocupación inicial del nacimiento de un intersexual será de los progenitores, quienes se verán con interrogantes desde que el médico les informe de la ambigüedad sexual del recién nacido o del menor que se descubre intersexual mucho tiempo después de su nacimiento, ¿cómo criarlos? Resulta razonable que los padres tengan angustia por un hijo que no tenga conformidad con el género asignado, que no logre cumplir los roles que ameritaría consuetudinariamente y no sepa cómo enfrentarlo. Ante dicha preocupación los padres buscaran todas las soluciones que tengan a su alcance, razonablemente las que opten por escuchar serán las que les brinden los médicos especialistas y psicólogos, la opinión de ellos será decisiva en el enfrentamiento de la situación. Otra opción, podría ser la de recabar información de libros, redes sociales, páginas de internet y todo lo que ayude a informarse del tema. Para los padres es necesario y útil intentar satisfacer la incertidumbre que tienen sobre el tema. ¿Pero qué sucede, si cuando los progenitores de un intersexual comienzan buscando una “solución” a la incertidumbre que en diferentes aspectos (biológicos, físicos y sociales) les afligen y en ese transcurso en que indagan una respuesta que ayude al menor y a su seguridad, terminan por confundir hacia quien va dirigida la ayuda por buscar satisfacerse a ellos mismos?

De esta incertidumbre en la que se ven inmersos, y en la búsqueda de cómo manejarla en el hogar, con la familia, como resolverla ante instituciones, en los trámites que conciernen al menor y cómo enfrentarla ante terceros y sus comentarios (varios discriminatorios), terminan quizás por separar el interés de dar la mejor alternativa para su hijo, por la de buscar la forma de sentirse cómodos ellos mismos.

Esta situación que puede presentarse en las primeras impresiones al conocer la situación de intersexualidad puede ir disminuyendo posteriormente, si la información que se va recibiendo es la correcta. Es trascendente respetar sus cuerpos y no someterlos a cirugías que pueden llegar a ser devastadoras; el interés de ocultar, el intento de borrar cualquier rastro de la intersexualidad, termina por ser trágica la situación (traumas psicológicos, transformación física irreversible). Nos

preguntamos si ello, ¿configuraría una discriminación de los padres? creemos que sí. De lo que se trata es de proteger la autonomía de la persona intersexual hasta que esta tenga la capacidad de escoger libremente la identidad que ha decidido asumir.

¿Hasta dónde alcanzan las prerrogativas que se concede a los padres sobre su menor hijo? La Declaración de los Derechos del Niño refiere en su preámbulo que el menor por “su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”. Es obvio que esa protección y cuidado la ejercen en orden de primacía los padres, pero el Estado deberá brindar las condiciones de supervisión que corresponde para que estas se logren. La labor de los padres respecto a la de sus hijos debe consistir en proteger su salud (física y psicológica), y transmitirles valores y conocimientos. Pero los hijos no son propiedad de los padres ni de la sociedad, son personas que en un futuro correrán con la misma cadena de cuidar a otras personas, por lo que es importante que nadie se atribuya el derecho de accionar en situaciones tan íntimas, sobre todo cuando estas repercutirán en su futuro.

Si bien la participación de los padres en el procedimiento que se siga es necesario e importante y su actuación se entenderá de buena fe, es una situación difícil en la que el interés superior del niño puede ser visto desde dos perspectivas: del lado de quienes creen que la inmediatez en la intervención quirúrgica o tratamientos hormonales para adecuar los genitales ambiguos a la “normalidad” es lo más favorable para la salud del menor, y además encuadraría en el sistema binario de sexo establecido; y del lado de quienes consideran que intentar desaparecer los rasgos de la intersexualidad termine por ser más dañino que el acontecimiento actual de intersexualidad.

La afectación de derechos fundamentales

Los derechos fundamentales corresponden a todas las personas sin distinción alguna, no puede pretenderse que su ejercicio se realice en grados distintos, pues el simple status de persona le otorga la garantía de ejercerlos, y al mismo tiempo el deber del Estado de procurar que todos en la misma calidad los gocen.

El derecho a la identidad se fundamenta en la creencia que el ser humano es un ser libre y proyectivo, es decir que no surge dado, sino que continuamente se hace. Por ello, la identidad no se reduce al documento que le identifica sino también a lo que quiere ser y lograr. Fernández (1990), refiere que se va configurando la noción del derecho a la identidad sobre la base de la percepción de un interés existencial digno de tutela jurídica.

La identidad, como todo derecho, debe ser alcanzada en su máxima expresión. En el caso de los intersexuales no existe una regulación legal que no solo de a conocer la existencia de personas intersexuales, sino que permita su desenvolvimiento libre a lograr su propia identidad, y no la que se pretenda otorgar sin su consentimiento, pues de lo contrario seguiremos dejando en manos de médicos y progenitores la construcción/destrucción de una identidad que aún no se hace, es por ello la necesidad de prohibir las intervenciones quirúrgicas como paso previo para identificar la identidad de género de una persona.

Al igual que la identidad, existen otros derechos que se ven afectados como lo es, el del libre desarrollo de la personalidad. La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, indica en su artículo 4 que,

La libertad consiste en poder hacer todo aquello que no perjudique a otro; por eso, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene otros límites que los que garantizan a los demás miembros de la sociedad el goce de estos mismos derechos. Tales límites solo pueden ser determinados por la ley.

Este derecho, como señala el Tribunal Constitucional (Expediente N°2868-2004-PA),

garantiza una libertad general de actuación del ser humano en relación con cada esfera de desarrollo de la personalidad. Es decir, de parcelas de libertad natural en determinados ámbitos de la vida, cuyo ejercicio y reconocimiento se vinculan con el concepto constitucional de persona como ser espiritual, dotada de autonomía y dignidad, y en su condición de miembro de una comunidad de seres libres.

Debe diferenciarse cómo es que la sociedad espera que seamos a cómo nosotros decidamos ser. La persona intersexual, como ser libre debe actuar como ella misma lo determine, no

se le puede imponer la intervención médica para “normalizar” su cuerpo como condición a su desarrollo. Creemos en la posibilidad que la persona intersexual elija quien decida ser, pues el prototipo de hombre o mujer no puede obligarla a la adaptación de su cuerpo sin importar su decisión. Es importante que tenga acceso a los beneficios de la ciencia si así lo decide.

Exponer a un intersexual a tratamientos quirúrgicos sin su consentimiento es justificar que la percepción de los médicos y que los intereses de otros (ejemplo: los padres) prevalezca sobre los intereses del intersexual sobre su vida.

Es cierto que debe asignarse un sexo a los intersexuales con el fin de establecerse una identidad social, el punto está en que dicha identidad no puede ser impuesta por un tercero sino establecida por la propia persona intersexual.

Si bien nuestra Constitución ha prevenido en su contenido una amplia protección de derechos fundamentales a la persona, mientras no se acepte en nuestra legislación la existencia y problemática que genera la incertidumbre que atraviesa una persona intersexual, todos estos derechos no podrían ser protegidos con entera efectividad.

Por ello podría decirse que el daño a la persona de una persona intersexual, es un daño actual, permanente que no encuentra tutela en nuestra legislación. Se trata de dar a conocer la situación que atraviesa una persona intersexual, el contexto jurídico en que se encuentra y la necesidad de que el Estado le brinde soluciones. Ya en el 2015 la ONU emitió un documento denominado “Ficha de Datos sobre intersexuales de las Naciones Unidas”, en la que además de brindar información general sobre el tema, exhortan a los Estados a tomar medidas como las de prohibir la cirugía y procedimientos en menores intersexuales, garantizar que las violaciones de los derechos humanos de los intersexuales se investiguen, promulgar leyes a fin de simplificar los procedimientos para modificar los marcadores de sexo, formar a personal sanitario sobre las necesidades y los DD.HH. de los intersexuales, etc.

PROPUESTA PARA LA REGULACIÓN LEGAL DE LA SITUACIÓN DE LAS PERSONAS INTERSEXUALES.

Legislación extranjera a considerar

A continuación, veremos los pronunciamientos de legislaciones extranjeras sobre este tema.

Colombia: En su Sentencia N° 337/99 de fecha 12 de mayo de 1999, resalta la autonomía de la persona a decidir sobre el mismo, sobre su cuerpo, sobre su identidad y salud, que deviene del derecho a la libertad de la persona a decidir. Fija criterios que deben ser considerados para llevar a cabo una intervención quirúrgica en menores intersexuales. Además, se da cuenta de la importancia del consentimiento informado del paciente, de los padres o tutor del menor, lo que significa los riesgos y consecuencias, la necesidad del apoyo de un equipo disciplinario, que corrobore que se está tomando la decisión más adecuada.

Australia: Desde el 2011, Australia habilita la emisión de pasaportes sin necesidad de especificar un género, como una solución para que aquellas personas que no se identifican como masculino o femenino, puedan identificarse con una "X" en su pasaporte. Pero es desde el 2014 que la Alta Corte Australiana estableció que dicha regulación se podrá hacer en los documentos oficiales. Cabe precisar que esta la ley no está dirigida solo para casos de intersexuales, sino también por ejemplo para los transexuales.

Malta: Aprobó una ley de identidad de género que prohíbe las intervenciones quirúrgicas como paso previo para identificar la identidad de género de una persona, lo que significa con ello la prohibición de cirugías genitales sin consentimiento en menores intersexuales. Esta ley tiene una particular notoriedad, pues si bien antes de su promulgación otros países se pronunciaron sobre el rechazo de intervenciones quirúrgicas en menores intersexuales como Colombia a través de su Corte de Justicia (Sentencia de Unificación 337/99), Malta realizó un adelanto mayor al que hizo Alemania, pues reconoce el derecho a la identidad de género y a la autodeterminación de la persona, sin la necesidad de tratamientos quirúrgicos o hormonales, psiquiátrico o psicológico; además, el trámite para dicho reconocimiento es menos complejo de lo que podría pensarse.

En el caso que el intersexual sea una persona mayor de edad, los requisitos específicos conforme el artículo 5, de dicha ley son: 1. Una copia del acta de nacimiento del solicitante, 2. Una declaración clara, inequívoca e informada del solicitante que la identidad de género no corresponden al sexo asignado en el acta de nacimiento, 3. Una especificación del género, 4. El nombre con el que el solicitante desea ser registrado, y 5. Elementos prescritos exigidos de un acta notarial. Cumplido todo ello se expedirá la partida de nacimiento.

Además, Registros Públicos está prohibido de brindar información contenida en el registro que indique el acta de nacimiento original, salvo cuando exista la necesidad de la información, cuando un Tribunal de justicia así lo considere, para salvaguardar un derecho o un interés legítimo. La regla general es que el acta de enmienda del acta de nacimiento, será limitado, única y exclusiva.

Tal es la protección de esta ley a la identidad de esta persona, que especifica que quien exponga dicha información será condenado con una multa.

En el caso de menores de edad intersexuales, el trámite se hará ante un juez, solicitando el cambio de sexo. En estos casos, el juez debe considerar el interés superior del niño, teniendo en cuenta la opinión del menor y la relación con su edad y madurez.

Aquí un punto que resulta especialmente importante para nuestro tema, en el caso de menores que no fueron declarados (identificados su sexo) al nacer, sus tutores o quien ejerza la patria potestad del menor, presentaran ante el Tribunal Civil, antes que el menor tenga la edad de dieciocho años, una información de dicha acta de nacimiento, a efectos de declarar el sexo y nombre del menor, lo que podrá cambiarse, previo consentimiento del menor, teniendo en cuenta la evolución de sus capacidades e intereses. Asimismo, el artículo 14 sanciona como ilegales a los tratamientos de asignación de sexo y/o intervenciones quirúrgicas sobre las características sexuales de tratamiento y/o intervención realizada por los médicos y otros profesionales. Ello solo está permitido con el consentimiento del paciente. La ley establece una excepción que está referida que, ante un riesgo de vida del menor, se podrá realizar una intervención. Para ello se requiere de un

acuerdo entre el equipo interdisciplinario y las personas que ejercen la patria potestad o tutoría del menor.

Chile: el veintidós de diciembre de 2015, el Ministerio de Salud de Chile, con el aporte de los informes emitidos por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre estos temas, y luego de reuniones con el Consejo Nacional de Infancia (creado en el año 2014), emite la Circular 18, en el que se da instrucciones al servicio de salud nacional de Chile, a efectos que cese la intervención quirúrgica de bebés intersexuales, las cirugías llamadas de “normalización” de genitales, hasta que ellos tengan la capacidad de dar su consentimiento. Esta circular también precisa que “la asignación de sexo” registralmente hablando se debe realizar en función de las “mejores expectativas”. Es decir, se propone que los conductos regulares que se llevan a cabo el día de hoy para tomar la decisión sobre el sexo registral (exámenes médicos como cariotipo, análisis interdisciplinario de los casos, etc.) sigan el mismo curso. Pese a ser una circular, las instrucciones que contiene, viniendo del Ministerio de Salud, coadyuvan a poner en alerta la situación de vulnerabilidad en la que se encuentran los recién nacidos intersexuales.

Alemania: En el 2013, Alemania saca la llamada “ley del tercer género”, ella es el inicio de una promulgación legislativa dirigida específicamente para casos de bebés intersexuales. Su importancia es que, mediante esta ley, los padres de recién nacidos intersexuales tienen la opción de dejar en blanco el espacio del Certificado de Nacimiento del bebé, en el que se consigna el sexo. Pero ello no quedaría ahí, sino que permite además que el intersexual pueda decidir posteriormente el sexo que se considere suyo, o dejarse como un sexo indefinido, y es justamente esta última alternativa que origina que esta ley sea vista como la ley del “tercer género”. En el 2017, una sentencia del Tribunal Alemán instó a que en dicho país se reconozca en el registro de nacimiento la opción para las personas intersexuales. En el 2018 el gobierno aprobó un proyecto de ley para introducir en el registro de nacimiento un tercer sexo, además del masculino y el femenino, bajo la denominación de «otro» o «diverso». Se estima que en Alemania hay aproximadamente

80.000 intersexuales, algo menos del uno por ciento de la población.

Propuesta

De lo expuesto sobre la situación de personas intersexuales y considerando las legislaciones que sobre la problemática han emitido otros países, consideramos la necesidad que se emita una legislación que en principio prohíba las intervenciones quirúrgicas que pretendan la “corrección” de genitales ambiguos en bebés intersexuales, y exalte la necesidad del respeto a su identidad. No se trata que al decidir el intersexual no someterse a intervenciones quirúrgicas para verse físicamente con la anatomía de hombre o mujer, se esté reconociendo un tercer sexo. Ello no es así, porque aun cuando el intersexual deseara mantener la anatomía con la que nació, al final generará una identidad sexual inclinada a uno de los géneros establecidos, sea el de femenino o masculino. Por lo que no es válido exigir el sometimiento quirúrgico, lo que resultaría más grave aún en el caso de recién nacidos, cuyo interés debe ser cautelado por el Estado de manera prioritaria.

Por ello, podría optarse por una de las soluciones dadas en otras legislaciones: dejar en blanco el sexo del recién nacido, hasta que este adquiera la madurez suficiente para decidir. Es cierto que, en algunos casos, es exigible contar con el sexo con el que se identifica una persona para celebrar un acto jurídico, como por ejemplo el matrimonio; por lo que resultaría indispensable que el intersexual pueda decidir cómo se identifica antes de adquirir la mayoría de edad (distinto a lo que orientación sexual significa). Para ello, resulta necesario brindar la información necesaria, lo que incluye se otorgue a los padres y al niño intersexual apoyo profesional.

Cabe precisar que cuando se trate de personas intersexuales mayores de edad, la admisión de rectificación del sexo que aparece en su partida de nacimiento también sería posible, en base a los fundamentos que se ha venido exponiendo respecto a su situación particular. Así lo ha expresado referencialmente el Tribunal Constitucional Peruano (Expediente N°139-2013-PA/TC, numeral 12) con respecto a la intersexualidad, en un caso de transexualidad, en el que señaló que “queda claro que P.E.M.M.

no presenta un caso de intersexualidad o hermafroditismo que haya ocasionado un error al momento de registrar su sexo y que, por tanto, éste deba ser rectificado”. Con dicha expresión el Tribunal Constitucional hace la salvedad que en caso de personas intersexuales es posible la rectificación del sexo que haya sido registrado inicialmente.

Por tanto, la acción legislativa no sólo es necesaria, sino obligatoria para dar protección a las personas intersexuales que en la actualidad son desconocidas en nuestra sociedad.

Podemos resumir nuestra propuesta de la siguiente manera:

- El sometimiento de cirugías debe condicionarse a que corra riesgo la vida del menor.
- Dejar en blanco en el registro de nacimiento la opción del sexo.
- Sea el propio menor quien, con apoyo constante de un equipo disciplinario, decida la identidad sexual que le corresponde.
- Al adquirir la mayoría de edad debe haber determinado la identidad sexual con la que se desenvolverá.

CONCLUSIONES

Las personas intersexuales son aquellas que nacen con genitales ambiguos, presentan por lo general una distribución gonadal y cariotipo (constitución cromosómica) distinta a la de un varón y una mujer.

Actualmente las personas intersexuales padecen de discriminación, incluso dentro del entorno familiar. No hay en la actualidad un goce efectivo de sus derechos, ocultar su identidad real (dinámica), ser sometida a cirugías (mutilaciones), o tener que inscribirse en la partida de nacimiento con una identidad que no corresponde a la suya es la situación actual en la que viven estas personas.

Al ser poco conocida la situación que padecen las personas intersexuales, su situación llega a ser asemejada con los casos de orientación sexual, esto es como homosexual o lesbiana. Si bien dentro del colectivo LGTB se podría encontrar personas intersexuales, por ser sus reclamos similares en cierta medida, es un

error pensar que la situación de estos pueda ser equiparables con los de las personas LGTB; por el contrario, se dice que justamente el desconocimiento de los estados intersexuales hace que dichas personas se unan a grupos LGTB por considerarlo una manera de reclamar por sus derechos y luchar contra la discriminación en la que viven.

La falta de protección de las personas intersexuales, acarrea una afectación de derechos fundamentales, dicha afectación se da con la exposición de la persona intersexual a tratamientos quirúrgicos sin un previo consentimiento informado, y con la idea que dichas intervenciones médicas normalizarán su cuerpo. Dada la importancia del consentimiento informado que debe considerarse para intervenir medicamente a las personas intersexuales, su intervención obligatoria sin dicho consentimiento podría ser justificada cuando se tratase de un recién nacido sin cuya intervención se pondría en riesgo su vida.

Se propone un pronunciamiento a nivel legislativo que alerte de la existencia y situación de las personas intersexuales, evidencie la discriminación de las que son víctimas, que impide el goce efectivo de sus derechos, y donde se priorice la eliminación de prácticas médicas que pretendan la “corrección” de los genitales ambiguos de los recién nacidos con características de intersexualidad.

FUENTES DE INFORMACIÓN

Fuentes bibliográficas

Fausto-Sterling, Anne. (2006), *Cuerpos sexuados*. Barcelona: Melusina.

Fernández Sessarego, Carlos (1990). *Nuevas tendencias en el Derecho de las Personas*. Lima: Publicaciones de la Universidad de Lima.

Foucault, Michael (2001). *Los anormales*. Madrid:Ediciones Akal

Foucault, Michel (2007). *Herculine Barbin llamada Alexine B*. Madrid: Talasa Ediciones, S.L.

García López, Daniel. (2015). *Sobre el derecho de los hermafroditas*. España: Melusina. pp.76.

Marañón y Posadillo, Gregorio. (1930). *La evolución de la sexualidad y los estados intersexuales*. Madrid: Morata, Segunda Edición.

Money, John (2002). *Errores sexuales del cuerpo y síndromes relacionados*. Argentina: Editorial Biblos.

Romero Bachiller, Carmen; García Dauder, Silvia y Bargeiras Martínez, Carlos (2005). *El eje del mal es heterosexual*. Madrid. Traficantes de Sueños

Piró Biosca, Carmen. (2001). *Estados intersexuales. Tratamiento quirúrgico, en estados intersexuales e hipogonadismo*. Sociedad Española de Endocrinología Pediátrica. Bilbao.

Fuentes hemerográficas

Gregori Flor, Nuria. (2006). Los cuerpos ficticios de la biomedicina. El proceso de construcción del género en los protocolos médicos de asignación de sexo en bebés intersexuales. España: AIBR, *Revista de Antropología Iberoamericana*, Vol. 1, N°1, 103-124

Mejías Sánchez, Yoerquis; Duany Machado, Orgel y Taboada Lugo, Noel. (2007). Trastornos de la diferenciación sexual: presentación de un caso de genitales ambiguos y revisión del tema. Cuba: *Revista Cubana Pediatría*, 1.

No tengo miedo (2014). Estado de Violencia: Diagnóstico de la situación de personas lesbianas, gays, bisexuales, transgénero, intersexuales y queer en Lima Metropolitana.

Fuentes electrónicas

BBC (2009) Psicología – el Dr. Money y el niño sin pene. Disponible en <http://www.youtube.com/watch?v=E8ewHzh2WSA>.

Instituto Nacional de Estadística e Informática (2017). Primera Encuesta Virtual para Personas LGTBI, 2017. Disponible en <https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/boletines/lgbti.pdf>

Espert, Raúl (2014). History Channel. Historia de la Intersexualidad [video]. Disponible en http://www.dailymotion.com/video/xgmdsz_historia-de-la-intersexualidad-identidad-de-genero_school

Red de Salud Hormonal Hormone Health Network (2011). Órganos Genitales Ambiguos. pp.1-2. Disponible en <http://www.hormone.org/audiencias/pacientes-y-cuidadores/preguntas-y-respuestas/2011/organos-genitales-ambiguos>

Carrillo Soriano, Salvador. Estados Intersexuales. Genitales Ambiguos. Hospital Pediátrico Universitario “William Soler”. Disponible en www.sld.cu/galerias/doc/sitios/renacip/gbp._intesexo.doc

Daylimotion (18 de enero 2011). Historia de la intersexualidad: Identidad de género. Disponible en http://www.dailymotion.com/video/xgmdsz_historia-de-la-intersexualidad-identidad-de-genero_school

Müller, E y De Benito E. (2013). Alemania crea un tercer sexo- El País. Disponible en http://sociedad.elpais.com/sociedad/2013/08/19/actualidad/1376938559_453077.html

Sentencias

Sentencia del Tribunal Constitucional Peruano N° 00606-2004-PA/TC.

Sentencia del Tribunal Constitucional Peruano N° 06040-2005-PA/TC.

Sentencia del Tribunal Constitucional Peruano N°2273-2005-PHC/TC.

Sentencia del Tribunal Constitucional Peruano N° 00139-2013-PA/TC.

Sentencia de la Corte de Colombia N° T-622/14.

Sentencia de la Corte de Colombia N° T-337/99.

INTERCEPTACIÓN, DIFUSIÓN DE LAS COMUNICACIONES PRIVADAS Y LIBERTADES INFORMATIVAS EN EL PROCESO DE JUDICIALIZACIÓN PERUANO. PONDERACIÓN, LÍMITES E INTERÉS PÚBLICO

INTERCEPTION, DISSEMINATION OF PRIVATE COMMUNICATIONS AND INFORMATIONAL FREEDOMS IN THE PERUVIAN JUDICIALIZATION PROCESS. WEIGHTING, LIMITS AND PUBLIC INTEREST.

Juan De la Puente Mejía

Abogado

Universidad de San Martín de Porres

kotoshperu@gmail.com

<https://orcid.org/0000-0002-6302-497X>

Lima, Perú

Recibido: 15 de setiembre de 2020

Aceptado: 21 de octubre de 2020

SUMARIO

- Introducción.
- La tensión de derechos
- La penalización
- La ponderación
- El interés público
- Conclusiones
- Bibliografía.

RESUMEN

El trabajo aborda desde un nuevo ángulo el juicio mediático, a partir de la difusión de las interceptaciones obtenidas ilegalmente, dando cuenta de los movimientos en favor de la penalización de estas conductas, la ponderación en el proceso de judicialización, y el valor que adquiere el interés público como un concepto/principio y parámetro que permite administrar el conflicto entre el secreto de las comunicaciones y las libertades informativas.

ABSTRACT

The paper approaches the media judgment from a new angle, from the dissemination of illegally obtained interceptions, accounting for the movements in favor of the criminalization of these behaviors, the weighting in the judicialization process, and the value acquired

by the public interest as a concept / principle and parameter that allows managing the conflict between the secrecy of communications and information releases

PALABRAS CLAVE

Interceptación ilegal, interés público, intrusismo, juicio mediático, libertades informativas, secreto de las comunicaciones.

KEY WORDS

Illegal interception, public interest, intrusion, media judgment, informational freedoms, secrecy of communications.

INTRODUCCIÓN

El año 2016, en un evento de la Singularity University, de California (EEUU), el científico alemán Udo Gullob pronosticó la debacle del derecho; dijo que los abogados jóvenes ya no consiguen trabajo, porque en IBM Watson -la plataforma de inteligencia artificial más avanzada del mundo, que contesta preguntas formuladas en lenguaje natural- se puede recabar consejos legales en poco tiempo con una exactitud del 90%, contra el 70% de la exactitud del abogado "humano". Gullob recomendó a los jóvenes dejar de estudiar derecho y dedicarse a otras especialidades, sentenciando que en el futuro habrá 90% de abogados menos y que solo los abogados que elaboren leyes tendrán empleo, porque

en el año 2030 las computadoras serán más inteligentes que el ser humano.

Esta predicción es tan exagerada como romántica. Pretende que el desarrollo tecnológico suprime los conflictos y las formas de encararlos, además de reducir el derecho a lo estrictamente normativo. Más allá de la deformación, refleja una lectura inocente de la tecnología, como un agente pacificador solitario de la sociedad y extintor de infracciones.

La irrupción de Internet ha impulsado la civilización hacia adelante. La sociedad de la información es una constante inevitable. Nos ha convertido en receptores y emisores al mismo tiempo, un hecho que potencia los derechos y las libertades, en tanto que las Tecnologías de la Información y Comunicación (TIC) forman un haz de sistemas y medios que nos integra, envuelve y relaciona.

Ese mundo es nuestro y es vulnerable. Puede llegar a operar de modo injusto y servir de plataforma desde donde se violan derechos y libertades, de modo que no hay nada más lejos de la realidad que pronosticar un desarrollo inmaculado de las TIC.

Por ahora, en una clasificación inicial y general, los riesgos de Internet relevantes para el derecho son las amenazas sobre bienes jurídicos tradicionales como la intimidad (*sniffers*, *cookies*, *spyware*), el trasiego de datos personales de las grandes corporaciones, el patrimonio, suplantación de identidad, pornografía infantil, propiedad intelectual, entre otros; y el ataque a la infraestructura electrónica mediante el acceso no identificado, la difusión de virus, bombas lógicas (*malware*), entre otros (Barrio, 2018).

La lucha contra el cibercrimen en términos específicos (referido a los delitos que se cometen en Internet) es una parte del desafío. La otra es la lucha contra la criminalidad informática en términos generales, que también está en auge en el mundo. En nuestro país, para ambos fenómenos, se ha definido tipos penales y expedido normas especializadas, como la Ley de Delitos Informáticos, Ley N° 30096 del año 2013.

El cibercrimen no es propio de las personas o empresas sino también de los estados que recurren ilegalmente y de modo creciente a sistemas de vigilancia y de interceptación de las

comunicaciones de millones de ciudadanos a través de operaciones secretas bajo el pretexto de la seguridad nacional, una constante que Edward Snowden ha llamado capitalismo de vigilancia, y que opera con absoluta impunidad a pesar de las denuncias (Snowden, 2019). En esa dirección se inscriben las operaciones de estado contra estado para propósitos específicos; un ejemplo fue la estrategia de Rusia para interferir en las elecciones presidenciales de EE.UU del año 2016, conocido luego como la “trama rusa”, para ayudar a Donald Trump a ganar los comicios. Espías informáticos rusos llegaron a robar 50 mil correos de Hillary Clinton y lo publicaron a través del sitio web Wikileaks.

El presente trabajo se ocupa de establecer el estado de la cuestión señalando los elementos de la tensión entre el secreto de las comunicaciones y las libertades informativas, los intentos de penalización de las violaciones al primero de estos, la ponderación de estas tensiones y el rol que desempeña el concepto/principio del interés público.

LA TENSIÓN DE DERECHOS

La tecnología genera la expansión de derechos e incrementa el riesgo de su violación, de modo que la legislación intenta acortar la brecha de seguridad jurídica que genera esta interacción. El Perú ya sanciona el acceso ilícito, fraude informático, ataque a proveedores de servicios, suplantación de identidad, pornografía infantil, obtención ilegal de correos, espionaje, clonación de tarjetas, interceptación de comunicaciones electrónicas, comercio ilegal de equipos o softwares destinados a interceptar ilegalmente las comunicaciones, entre otros ilícitos.

En el debate entre la tesis que asume que los delitos informáticos tutelan un bien jurídico específico, propiamente informático, diverso del que protegen los delitos tradicionales, y la otra que propone que los delitos informáticos no tutelan un bien jurídico específico, donde lo informático no es más que un contexto delictivo o un particular medio de afectación de bienes jurídicos tradicionales (Mayer, 2017), nos hemos decantado por lo primero, produciendo legislación específica, aun cuando también se ha impactado el Código Penal, especialmente el capítulo del secreto de las comunicaciones. Tres de sus artículos (162°, 162A° y 162B°)

son objeto de insistentes cambios o de intentos de cambio¹.

En ese proceso, se registra la colisión entre el derecho a la intimidad personal y el secreto de las comunicaciones, y las libertades informativas. Esta colisión es reconocida y para resolverla se tiene jurisprudencia nacional e internacional y leyes, una realidad que se escribe todos los días y en la que sobresalen principios y teorías como de los Derechos Preferentes, Riesgo, Ponderación y Control Posterior, entre otros, actualizadas y recreadas en el contexto digital.

La relación conflictiva estalla en la medida que se hace más frecuente la interceptación de comunicaciones privadas que luego son difundidas en medios de comunicación. En la última etapa, en el Perú, se han tenido casos que permitieron apreciar la tensión explosiva entre ambos derechos especialmente los llamados “petroaudios”, “potoaudios”, “cornejoleaks”, el caso “Rudy Palma”, los “panamapapers”, entre otros.

Si el contenido de la interceptación implica la probable comisión de delitos, debe tenerse en cuenta que no todos se mediatizan, y cuando lo hacen las razones son distintas debido a fenómenos no siempre concurrentes, estableciéndose por lo menos dos tipos de delitos que interesan al público, el crimen mediático y el delito político mediático. En el primer caso, el morbo público opera como un gran dinamizador de la atención de los ciudadanos, y en el segundo, es decisiva la desconfianza a los líderes políticos y funcionarios del Estado, y el deseo de sanción de la corrupción. En el primer caso, lo sustantivo son la novedad y la trama, y en el segundo, el castigo a las malas prácticas y el fin de la impunidad.

La periodista Paula Corroto, autora del libro *El crimen mediático, por qué nos fascinan las noticias de sucesos*, señala las causas de la atención a estos hechos: 1) el desarrollo de las redes sociales; 2) la voracidad de los medios,

especialmente digitales; y 3) la canibalización informativa de la televisión, que marca la agenda noticiosa que arrastra a todos los demás medios (Corroto, 2019).

Estas causas son aplicables al crimen mediático. En el caso del delito político mediático, aquellas pueden ser más complejas y distintas. No se descarta el efecto de las redes sociales y la competencia comercial de los medios, aunque debería añadirse otras razones: 1) el auge del periodismo de investigación; 2) el suministro de información a los medios desde los despachos fiscales, judiciales y de los procuradores; 3) la agenda política de los grandes medios tradicionales; 4) la presión de la opinión pública a favor de la transparencia de los funcionarios; y 5) el control legislativo que, aunque con desorden y sesgo político, impulsa investigaciones.

Por otro lado, sobre la difusión de las comunicaciones obtenidas ilícitamente, la jurisprudencia ha señalado cuatro elementos que implica un punto de partida: 1) igualdad de derechos; 2) optimización de contenidos; 3) veracidad como contenido de valor; y 4) ponderación. Estas consideraciones fueron establecidas a propósito del caso Adaro/Medina tanto en el ámbito penal como cuando el TC ventiló el recurso extraordinario interpuesto por Magaly Medina y Ney Guerrero contra la Resolución de la Cuarta Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, del 6 de julio de 2005.

LA PENALIZACIÓN

Es evidente que el intrusismo vuela y el derecho camina. El derecho penal ha encarado estos desafíos a través de procesos de reforma penal que, de acuerdo al profesor Ulrich Sieber (citado por Riquert, 2012), son: la primera reforma, a comienzos de la década de los años setenta, de la protección de la privacidad; la segunda, a comienzos de la década de los ochenta, de la represión de delitos económicos cometidos mediante ordenadores; la tercera, en la segunda mitad de la misma década, de la protección de la propiedad intelectual en el ámbito de la informática; y la cuarta, en la década de los noventa, de las reformas procesales referentes a la adquisición, preservación y validación en juicio de la prueba en entorno digital. El profesor Marcelo

1 En los últimos años, a razón de la lucha contra la criminalidad organizada, se ha legislado desde una óptica no siempre protectora de los derechos, como la Ley N.º 28774, Ley del Registro Nacional de Terminales de Telefonía Celular (2006); la Ley N.º 29499; la Ley N.º 29733, Ley de Protección de Datos Personales (2011); la Ley N.º 30096, Ley de Delitos Informáticos (2013); el D. Leg. N.º 1218, Ley que Regula el Uso de las Cámaras de Videovigilancia (2015); y el D. Leg. N.º 1182, Ley de Geolocalización de Equipos de Comunicación (2015).

Riquert (2012) ha añadido una quinta etapa, la de “la lucha contra el enemigo terrorista y la consolidación de un panóptico tecnológico” (pág. 4).

La difusión de las comunicaciones interceptadas ilegalmente es una conducta no recogida por el artículo 162° del Código Penal. Ello motivó la presentación de iniciativas para sancionarla. Una de ellas correspondió a la Corte Suprema, presentada en julio de 2011, en la que se planteaba sancionar con pena de prisión la difusión de comunicaciones obtenidas a través de una interceptación telefónica ilegal. Al momento de la presentación del proyecto, se habían presentado en el Congreso otras nueve iniciativas referidas al tema².

En el proyecto de la Corte Suprema se afirmaba que los derechos comprometidos no se referían exclusivamente a la intimidad en su componente del secreto de las comunicaciones, sino a un “nuevo” derecho, que es el honor de las personas involucradas en las comunicaciones, conversaciones o imágenes privadas. El proyecto proponía la exención de la pena si el agente actúa “en interés de causa pública” para evitar o denunciar un delito perseguible de oficio, adoptando para el caso la opinión del Instituto Prensa y Sociedad (IPYS) expresada en las consultas llevadas a cabo por la Corte Suprema, que señalaba que únicamente el interés público en la difusión de las comunicaciones privadas obtenidas indebidamente exonera de responsabilidades ulteriores a quien realiza dicha difusión, siempre que no se haya intervenido en las interceptaciones³.

La ley aprobada en el Congreso en razón de estos proyectos, especialmente del Poder Judicial, hizo dos modificaciones al artículo 162° Código Penal: incluyó entre las conductas típicas del delito la difusión de las comunicaciones privadas obtenidas ilegalmente; y exceptuó de responsabilidad penal la difusión de una comunicación privada referida a un hecho delictivo o que contravenga el orden legal vigente.

La ley fue observada por el presidente de la República el 12 de enero de 2012. El argumento

más importante se refiere al uso del concepto de interés público, que se había propuesto en el proyecto del Poder Judicial, pero de un modo general. El Ejecutivo consideró que la exención de la pena debería proceder en caso que el contenido sea perseguible por acción pública o de interés público, siempre y cuando el que difunde no haya participado en la interceptación, es decir, independizando el interés público.

La posición expresada en la observación era concurrente con la que señalaron el Consejo de la Prensa (CPP) y el Instituto Prensa y Sociedad (IPYS), especialistas y medios de comunicación, en el sentido que la iniciativa limitaba la libertad de informar en lo siguiente: 1) iba a impedir difundir comunicaciones que pudieran revelar hechos de connotación pública, como por ejemplo un accionar reprochable en lo ético o moral de altos funcionarios, aunque ello no constituyan un delito ni contravenga la ley; 2) las contradicciones de un gobernante entre su discurso público y privado, en asuntos de interés nacional; 3) la falta de idoneidad en el cargo por parte de un funcionario público o en lo referido a asuntos de interés público; y 4) la identificación de los autores de una campaña de difamación en contra políticos opositores al gobierno⁴.

Para efectos de la penalización, el caso Quimper presentó una concurrencia de los elementos bajo análisis, es decir, la interceptación con fines comerciales, la difusión con propósitos de transparencia pública, y el juicio mediático como una expresión -no la única- del interés público. Como en ningún otro, en este caso se apreciaron las tensiones entre el secreto de las comunicaciones y las libertades informativas.

En el caso, la sentencia del Tribunal Constitucional (TC) frente al el Recurso de Agravio Constitucional presentado por Carmen Luisa Castro Barrera de Quimper (TC, EXP. N.º 00655- 2010-PHC/TC, 2008) desató un debate especialmente por el fundamento jurídico 23, que señaló.

Por esta razón, los medios de comunicación social se encuentran prohibidos de divulgar o difundir interceptaciones y grabaciones de

2 Proyectos de Ley N° s. 2203-2007-CR, 2979-2008-CR, 2993-2008-CR, 3068-2008-CR, 3221-2008-CR, 4362-2010-CR, 4376-2010-CR, 4397-2010-CR y 4560-2010-CR.

3 Proyecto de Ley N° 04899/2010-PJ.

4 Los pronunciamientos del CPP y del IPYS se publicaron en diversos medios de comunicación en diciembre del 2011 y fueron reseñados por el periodista Fausto Rodríguez Sotelo (2011).

conversaciones telefónicas, salvo que exista la autorización de los interlocutores grabados para que sea conocida por terceros o un mandamiento judicial motivado que permita su difusión por ser de interés público, bajo responsabilidad de ser denunciados penalmente.

Frente a la polémica producida, el Tribunal Constitucional publicó rápidamente una resolución aclaratoria del fundamento N° 23 en la que señaló lo siguiente.

Que, en relación a la interceptación de las telecomunicaciones y su divulgación por los medios de comunicación, está prohibida la difusión de información que afecte la intimidad personal o familiar, o la vida privada del interceptado o terceras personas, salvo que ella sea de interés o relevancia pública, lo que debe ser determinado en cada caso por el propio medio de comunicación. En caso de exceso tanto el periodista, como los editores y/o los propietarios de los medios de comunicación, serán responsables por tales excesos, según lo determine la autoridad competente.

Que los medios de comunicación social han entendido el fundamento 23 de la sentencia de autos como si se tratara de una censura previa. Con la finalidad de que dicho fundamento no sea malinterpretado, corresponde precisar, de oficio, que lo que debe ser sancionable es la conducta de quienes promueven, instigan o participan en la interceptación de las telecomunicaciones, aun cuando sean periodistas, medios o empresas dedicados a las telecomunicaciones. No debe olvidarse que la propia Constitución establece en el artículo 2.10° que *“Las comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos solo pueden ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos por mandamiento motivado del Juez, con las garantías previstas en la ley”*. (TC, EXP. N° 00655-2010, p. 1)

De este modo, el Tribunal Constitucional repuso el concepto/principio del interés público que expuso en sentencias anteriores y que la sentencia objeto de aclaración había desechado, cerrando así el paso a la penalización de la difusión por los medios de las interceptaciones obtenidas ilegalmente.

LA PONDERACIÓN

No puede desconocerse que el aumento de la interceptación de las comunicaciones privadas se ve favorecida por las posibilidades de su difusión, en aplicación de las libertades informativas, consideradas de modo cotidiano

como libertades preferentes. No obstante, esta difusión a través de los medios de comunicación no puede ser penalizada sin debilitar los derechos y libertades informativas y el interés legítimo de la sociedad de poner al descubierto el uso abusivo del poder para la comisión de ilícitos penales. En el juego de tensiones, de esfuerzos fallidos en favor de la penalización y avances y retrocesos de la jurisprudencia, se abre paso las tesis de la ponderación como una salida que administra esta tensión.

El Tribunal Constitucional ha definido la ponderación como un método que consiste en una utilización mixta de los criterios de razonabilidad propios de cualquier relación entre derechos fundamentales y de desarrollo colectivo, exclusivo de los derechos de respeto de la persona y las libertades comunicativas (TC, EXP. N° 6712-2005-HC, 2005, FJ 40).

En este punto, es crucial una afirmación previa: la excepción de la sanción de la difusión de las interceptaciones ilegales con contenido de interés público no tiene como propósito fortalecer el juicio político mediático, sino la deliberación democrática en un país donde las libertades informativas desempeñan la función de contribución a la transparencia pública.

En el método de ponderación, para efectos de reivindicar las libertades comunicativas en la difusión de un acto que viola la intimidad personal, resulta significativo lo siguiente: 1) el respeto de la persona humana; 2) la utilidad para la democracia; 3) el ejercicio del derecho fundamental a la información sin excesos; 4) la acreditación del objetivo de informar; 5) la evidencia de la voluntad de poner en conocimiento de las autoridades los supuestos ilícitos penales; 6) que se aprecie con facilidad el interés por el mejoramiento social y personal de la sociedad; y 7) que se acredite que el asunto reviste un interés público y no solo por la proyección pública del personaje sujeto del acto.

Asimismo, interesa para los fines de la ponderación la determinación de los alcances de la proyección pública de las personas. El Tribunal Constitucional consideró que existen diversos tipos de personas con esa calidad de proyección, cada una de las cuales cuenta con una protección distinta, divididas en tres grupos.

Según el grado de influencia en la sociedad, se pueden proponer tres grupos de acuerdo con el propósito de su actuación:

Personas cuya presencia social es gravitante: Determinan la trayectoria de una sociedad, participando en la vida política, económica y social del país. Ellas son las que tienen mayor exposición al escrutinio público, por cuanto solicitan el voto popular;

Personas que gozan de gran popularidad sin influir en el curso de la sociedad: Su actividad implica la presencia de multitudes y su vida es constantemente motivo de curiosidad por parte de los particulares, aunque tampoco se puede negar que ellos mismos buscan publicitar sus labores, porque viven de la fama;

Personas que desempeñan actividades públicas, aunque su actividad no determina la marcha de la sociedad: Sus actividades repercuten en la sociedad, pero no la promueven, como puede ser el caso de los funcionarios públicos. (TC, EXP. N.º 6712-2005-HC, 2005, FJ 54)

En la misma sentencia, el Tribunal Constitucional precisó que los elementos que permiten apreciar cómo se establece la importancia de la opinión pública y su correcta determinación.

(...) Para determinar correctamente la formación de la opinión pública, se ha considerado pertinente observarla desde un doble punto de vista. Normativamente, se protege exclusivamente el discurso cuya importancia implica una real y efectiva participación de los ciudadanos en la vida colectiva, en clara referencia a las materias relevantes para el proceso democrático de autogobierno. Descriptivamente, es el discurso que interesa a una parte del público o a todo él en el sentido de presentarse, en el ámbito ético-político, como actitud que tiende a compartir e identificarse con las inquietudes y necesidad ajenas, y, de forma jurídica, como un compromiso de los poderes públicos de hacer efectiva la igualdad material. (TC, EXP. N.º 6712-2005-HC, 2005, FJ. 57)

El Tribunal Constitucional no tiene una postura definida sobre la tensión objeto de este análisis. El año 2001 estableció que las libertades informativas tenían la condición de preferidas (TC, EXP. N.º 0905-2001-AA, 2002, FJ. 14), aunque luego, el 2003, retrocedió en casi toda la línea, señalando que es inadmisibles la afirmación de que en el seno de la Constitución exista un orden jerárquico

entre los derechos fundamentales, agregando lo siguiente, “(...) Que, en supuestos de colisión entre ellos, la solución del problema no puede consistir en hacer prevalecer unos sobre otros, sino en resolverlos mediante la técnica de la ponderación y el principio de concordancia práctica.” (TC, EXP. N.º 1219-2003-HD, 2004, FJ. 6)

Luego retornó a la idea de las libertades preferidas, aunque precisó que ello no significa un orden jerárquico entre los derechos fundamentales (TC, EXP. N.º 2579-2003-HD, 2003, FJ. 6), aunque se había decantado por la utilización mixta de los criterios de razonabilidad, propios de cualquier relación entre derechos fundamentales (TC, EXP. N.º 6712-2005-HC, 2005, FJ. 40). En otras sentencias, el Tribunal Constitucional ha orillado una calificación expresa de las libertades informativas, como en el caso Iriarte vs Cateriano (TC, EXP. N.º 00442-2017-PA/TC, 2017), o en el caso Lamadrid vs Editora El Gato (TC, EXP. N.º 03079-2014-PA/T, 2018) en el que anota que estas libertades requieren de un “margen de optimización más intenso”, o en la sentencia sobre la inconstitucionalidad de la llamada Ley Mulder (TC, EXP. N.º 0012-2018-PI/TC, 2018) donde señala que la libertad de información merece una protección calificada en atención a su condición de “libertad especial” en el engranaje democrático.

Por otro lado, no se puede afirmarse con rotundidad que en el Perú los audios y videos obtenidos ilegalmente son pruebas absolutamente prohibidas. Desde el año 2001, los tribunales, en un proceso con avances y retrocesos, se han orientado por considerar su validez en aplicación del interés público, un concepto cuya vigencia también encara el Derecho Penal, o en dirección de la ponderación, estableciendo un valor de uso de la prueba. Diversas sentencias han precisado excepciones a la regla de la exclusión de la prueba prohibida para que sean usadas en los procesos judiciales.

Es relevante que la Corte Suprema haya fijado criterios que determinan la validez de la grabación de una conversación privada, es decir, que uno de los interlocutores tenga conocimiento de la grabación y que no se afecte el derecho a la intimidad. En la base a esta consideración se ubica la teoría que no

existe deber jurídico que obligue a las personas a guardar reserva sobre sí mismas⁵.

Por otro lado, la doctrina ha empezado a desproteger en cierto modo al sujeto pasivo de una interceptación al considerar que una persona grabada sin su consentimiento en determinadas circunstancias debe asumir el riesgo de ser registrado. La Teoría del Riesgo, señala que se valida la interceptación por la delación voluntaria que asuma una persona ante otra a la que realiza revelaciones sobre un delito o actividades relacionadas con este. Por lo tanto, las grabaciones se legalizan procesalmente si al menos uno de los interlocutores tiene conocimiento de la grabación, y si el contenido está referido a la comisión de hechos punibles y perseguibles por acción pública. El Plenario Jurisdiccional de las Salas Penales de la República del 11 de diciembre del 2004 acordó admitir la doctrina de la Ponderación de Intereses -entendiendo que un interés mayor prevalece sobre un interés menor- y la Teoría del Riesgo.

EL INTERÉS PÚBLICO

El concepto del interés público en la relación entre la intimidad personal y las libertades informativas adquiere mayor relevancia y se convierte en un concepto/principio que administra estas tensiones y permite un eficaz ponderación, muy útil en un país donde al

mismo el mismo tiempo que aumenta la intrusión en la vida privada de las personas, se incrementa el morbo público por la falta de autorregulación de los medios, el juicio mediático de los grandes casos, y los actos ilegales o ausentes de ética por parte de funcionarios.

Con distinta relevancia, según la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH, 1986), el concepto de interés público es abordado en las legislaciones del hemisferio. De hecho, la mención que hace de él la CIDH, se relaciona con el bien común e interés general: “el requisito según el cual las leyes han de ser dictadas por razones de interés general significa que deben haber sido adoptadas en función del bien común, concepto que ha de interpretarse como elemento integrante del orden público del Estado democrático” (p. 29).

Este concepto/principio incluye y trasciende la noción de interés público que subyace en el principio de legalidad procesal mediante el cual el Estado se obliga a perseguir todo hecho punible, y tiene una utilidad distinta a la señalada en el artículo VIII del Código Penal (“*La pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho. La medida de seguridad sólo puede ser ordenada por intereses públicos predominantes*”), o a la que subyace en la aplicación del principio de oportunidad en el artículo 2° del Nuevo Código Procesal Penal para justificar la abstención de ejercitar la acción penal (“*Cuando se trate de delitos que no afecten gravemente el interés público*”). También asumen una connotación menos utilitarista que las alusiones pragmáticas a este término como sinónimo de urgente, como es el caso, por citar un ejemplo, del D. Legislativo N.º 1229 que declara de interés público y prioridad nacional el fortalecimiento de la infraestructura y los servicios penitenciarios, de 2015.

Este concepto se asocia a la potestad del Estado para asumir, o si fuese el caso recuperar, su capacidad decisoria tanto para controlar conductas ilícitas como para ponderar su relación con otras actividades, colocando límites a los derechos como fundamento de restricciones que puede imponer la autoridad o criterio para resolver conflictos (Correa, 2006).

El interés público alude a tres procesos que corren a veces en paralelo o en líneas que

5 Sobre si la interceptación o grabación ilegal y su valor probatorio, el año 2001 la Corte Suprema señaló que las pruebas no son lícitas o ilícitas, “estas valen o no valen, son eficaces o no son eficaces, son pertinentes o no lo son; por lo tanto, es incorrecto sostener que existen pruebas ilícitas por ser obtenidas sin consentimiento de quien las posee, lo que es ilícito o lícito son las conductas; en consecuencia si las pruebas reproducen hechos realmente acontecidos, tienen legalmente perfecto valor; este fundamento se sostiene en el artículo 283 del Código de Procedimientos Penales que establece que los jueces penales evalúan las pruebas con el criterio de conciencia (Corte Suprema. Sala Penal Especial Exp. N.º 06-2001. Caso: Kouri Bumachar. Enriquecimiento ilícito. Lima. Considerando N.º Siete). No obstante, también es cierto que, en el caso Petroaudios, en febrero del año 2016, la Tercera Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Lima absolvió a Rómulo León Alegría y a los otros procesados de los cargos formulados en su contra (en el caso de Quimper aceptó la prescripción). La sentencia esgrimió como argumento principal la invalidez probatoria de los llamados “Petroaudios” -por la violación del derecho al secreto de las comunicaciones- de los correos electrónicos que devienen directamente de los audios, y hasta de los informes de la Contraloría General de la República, consideradas como pruebas ilícitas derivadas (Exp. N.º 105-2008 Tercera Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Lima). En agosto del 2017, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema confirmó esta sentencia, e hizo suyo el argumento de la prueba prohibida.

se entrecruzan, pero casi nunca de modo integrado: por un lado, la criminalización desde el ciberespacio y/o usando las TIC; por el otro, los esfuerzos de los estados en desarrollar formas intrusivas de la intimidad de sus ciudadanos; y, en una tercera pista, los esfuerzos normativos para sancionar la violación del derecho a la intimidad.

Ante la imposibilidad de establecer legalmente el contenido del interés público, a través de una norma expresa, desde la jurisprudencia y la doctrina, y a través de una dilucidación general, sobre la base de la ponderación y la razonabilidad es posible establecer las diferencias entre el interés público en el caso de la difusión de interceptaciones obtenidas ilegalmente y el morbo o la curiosidad pública.

El concepto de interés público tampoco acoge las prácticas estatales de recolección de datos privados, espionaje de las comunicaciones de los ciudadanos y penetración de la intimidad familiar, frecuentemente asociados a “cuestiones de Estado” o “secretos de Estado”, entendiéndose que el interés público no justifica prácticas sistemáticas invasivas que, si son necesarias para la investigación del delito, deben ser judicializadas, y para lo cual se tiene a la mano una legislación especial.

En el caso peruano se aprecia que el modelo de interés público que ha desarrollado la jurisprudencia tiene definiciones y parámetros respecto a la agenda pública, el papel de los medios, la veracidad y la distinción con el morbo público. Sobre la definición misma, la jurisprudencia constitucional ha reconocido su condición de concepto jurídico indeterminado relacionado a los fines públicos.

El interés público tiene que ver con aquello que beneficia a todos; por ende, es sinónimo y equivalente al interés general de la comunidad. Su satisfacción constituye uno de los fines del Estado y justifica la existencia de la organización administrativa. La administración estatal, constituida por órganos jerárquicamente ordenados, asume el cumplimiento de los fines del Estado teniendo en cuenta la pronta y eficaz satisfacción del interés público. (TC, EXP. N.º 0090-2004-AA/TC, 2004, FJ 11)

En pronunciamientos, el Tribunal Constitucional ha elevado el interés público a la categoría de un concepto/ principio.

(...) el interés público es simultáneamente un principio político de la organización estatal y un concepto jurídico. En el primer caso opera como una proposición ético-política fundamental que informa todas las decisiones gubernamentales; en tanto que en el segundo actúa como una idea que permite determinar en qué circunstancias el Estado debe prohibir, limitar, coactar, autorizar, permitir o anular algo (TC, EXP. N.º 05608-2013-PA/TC, 2013, FJ30).

El Tribunal Constitucional desarrolló tempranamente el concepto de interés público como un concepto/principio que también fortalece el ejercicio de las libertades informativas.

(...) En el análisis de la validez del derecho a la información o a la vida privada, se tendrá como característica esencial e imprescindible su acercamiento a una base razonable para el mejoramiento social y personal de los miembros de la colectividad porque solo de esta forma podrá ser entendido el interés público en una información vertida por los medios de comunicación social. Este desarrollo colectivo se materializa en dos ámbitos: uno subjetivo (proyección pública) y otro objetivo (interés del público) (TC, EXP. 6712-2005-HC, FJ 52).

En otras sentencias, el Tribunal Constitucional ha desarrollado la relación entre el interés público y la agenda pública (TC, EXP. 02976-2012-PA/TC, 2012, FJ 16) y sobre el papel de los medios en la formación de ese interés público (TC, EXP. 0027-2005-PI/TC, 2005, F16).

La jurisprudencia se ha ocupado también de otro elemento concurrente al interés público, la veracidad.

(...) En el caso de la información, y tal como se ha desarrollado en la sentencia del Expediente N. 0 0905-2004-AA/TC, su contenido esencial se encuentra en la veracidad de lo que se manifiesta, lo cual no se refiere explícitamente a una verdad inobjetable e incontestable, sino más bien a una actitud adecuada de quien informa en la búsqueda de la verdad, respetando lo que se conoce como el deber de diligencia, y a contextualizada de manera conveniente; es decir, se busca amparar la verosimilitud de la información (TC, EXP. 6712-2005-HC, 2005, FJ 35).

En la definición de estos parámetros ocupa un lugar importante la diferencia entre el interés del público y la mera curiosidad o morbo público, y la formación de la opinión pública.

(...) Es deleznable argumentar que cuando muchas personas quieren saber de algo, se está ante la existencia de un interés del público, si con tal conocimiento tan solo se persigue justificar un malsano fisgoneo. Este Colegiado ha reconocido la importancia del derecho a la información, pero en estrecha vinculación con su rol democrático, cosa inexistente cuando se está ante un acto de curiosidad. (TC, Exp. N.º 6712-2005-HC, 2005, FJ. 58)

Debe evitarse, no obstante, absolutizar el interés público como un conjunto de percepciones y valores inmutables imputándole per sé contenido democrático. En este sentido Habermas (2010), explica que en el espacio de la opinión pública se lucha por poder ejercer influencia sobre otros, y se conforma el conjunto de influencias que pueden incidir sobre las decisiones en el ámbito de lo público. En esa lucha no solo participan aquellos que ya se posicionaron en la esfera de la política a través de su experiencia acumulada, como los que logran ocupar determinados cargos públicos, sino también especialistas que se lograron ubicar en determinados espacios. Es decir, señala que el espacio público no se observan simples interacciones, sino que dentro de él se ubican organizadores, oradores y oyentes, “arena y galería”, entre “escenario y espacio de espectadores”, una dinámica de la que el “público de los ciudadanos” ha de ser convencido por intervenciones que tengan interés para las mayorías. Ello supedita en gran medida el interés público a una opinión pública con actores diferenciados.

CONCLUSIONES

Podría decirse que, en lo concerniente al conflicto entre el secreto de las comunicaciones y el derecho a la intimidad, y las libertades informativas, el derecho penal está a la búsqueda de un modelo de control y sanción que salvaguarde los derechos y pondere su garantía y eficacia en caso de colisión. No obstante, los movimientos en favor de la penalización de la difusión de la interceptación ilegal de las comunicaciones privadas a través de los medios de comunicación han sido frenados por la consideración que debilitan los derechos y libertades informativas y el interés legítimo de la sociedad de poner al descubierto el uso abusivo del poder para la comisión de ilícitos penales.

El Tribunal Constitucional ha sentado los parámetros de ese interés de la sociedad señalando que en caso que se cometa un exceso, tanto el periodista, como el editor y/o los dueños del medio de comunicación, puede ser considerados responsables por haber cometido el exceso, según lo determinen las autoridades competentes (TC, EXP. N.º 00655-2010-PHC/TC). Además, ha señalado que se comete un error al pretender equiparar la libertad expresión y de prensa como garantía a nivel institucional del Estado Social y Democrático de Derecho, con el uso indiscriminado y muchas veces ilícito o indebido de las redes digitales y que quien realiza la intromisión, aún si es periodista, estaría cometiendo un delito; y que incluso quien fomenta dichos actos de interceptación, así sea periodista, también cometería un delito (IDEM).

Sobre el interés público, el Tribunal Constitucional, en varias sentencias, ha reconocido que se caracteriza por su indeterminación; sin embargo, ha abordado el debate alrededor de ese concepto diferenciándolo del interés privado en el sentido que el primero opera como una proposición ético-política fundamental que comunica todas las decisiones gubernamentales. Y añade que el interés público se relaciona con todo aquello que beneficia a las mayorías; por lo tanto, resulta sinónimo y equivalente al interés general de la sociedad en su conjunto. Su satisfacción constituye entonces uno de los objetivos del Estado y justifica la existencia de la organización administrativa.

BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO, F. (2001). *Intervención de las comunicaciones postales, telegráficas y telefónicas*. Madrid: Dykinson.
- ASENCIO, J. (1989). *Prueba prohibida y prueba preconstituida*. Madrid: Trivium.
- BALAGUER, F. (1995). Prólogo al libro de MARTÍN MORALES, Ricardo. *El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*. Madrid: Civitas.
- BARRIO, M. (2018). *Delitos 20.0*. Madrid: Wolters Kluwer.

- BERNAL, J. (1990). Interceptación telefónica y grabaciones clandestinas en el proceso penal. *Revista Universitaria de Derecho Penal, Madrid, UNED, n° 4*.
- BUSTAMANTE, R. (2011). *El problema de la prueba ilícita, en PRIORI POSADA*, Giovanni F. (editor), Proceso y Constitución, Lima: ARA Editores.
- CEBRIÁN, J. (1988). El secreto profesional de los periodistas. Madrid, *Centro de Estudios Constitucionales, Cuadernos y Debates, N° 12*.
- CONTRERAS, S. (2012). *La protección del honor, la intimidad y la propia imagen en internet*. Madrid: Thomson Reuter.
- CORRESILLA, J. (2006). Algunas consideraciones sobre el interés público en la Política y el Derecho. *Revista Española de Control Externo*.
- CORROTO, Paula (2019), *El crimen mediático*. Madrid: Foca Ediciones.
- DE VERDA Y VEAMONTE, J. (2012). *La protección del derecho a la intimidad frente a las indiscreciones literarias. Navarra España*: Thomson Reuters Aranzadi.
- DIAZ-MAROTO, J. (2006). *Relevancia jurídico-penal del conflicto entre el honor y libertades de expresión e información*. Navarra: Editorial Aranzadi.
- DÍAZ, J. (2007). El derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, en *Derecho PUCP. Revista de la Facultad de Derecho N° 59, Lima PUCP*.
- EGUIGUREN, F. (2004). *La libertad de expresión e información y el derecho a la intimidad personal*. Lima: Palestra.
- ESCALANTE, E (2018). *Cultura mediática política penal punitiva y justicia penal: síntesis de un antiguo y permanente debate, en Política Criminal mediática*, ESCALANTE, Estanislao (editores). Bogotá: Ibañez.
- FERREIRA, D. (1982). El derecho a la intimidad. Análisis del artículo 1071 del Código Civil: A la luz de la doctrina, la legislación comparada y la jurisprudencia. Buenos Aires, Editorial Universidad. p. 52. Citado por el EXP. N.° 04573-2007-PHD/TC.
- FERNÁNDEZ, J. (2004). *Secreto e intervención de las comunicaciones en internet*. Madrid: Thomson Civitas.
- FISS, O. (1999). *La ironía de la libertad de expresión*. Barcelona: Gedisa.
- GIMENO V. (2011). *La intervención de las comunicaciones, en PRIORI*.
- GONZALES, M. (2016). A propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional “caso Quimper” y la libertad de información. *Revista Inakarri URP, Lima, n° 5*.
- GRIMAL, P. (2007). *La protección civil de los derechos al honor, a la intimidad y a la imagen propia*. Madrid: Iustel.
- HABERMAS, J. (2010). *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Madrid: Trotta.
- KEANE, J. (1999). Lo público en la era de la abundancia comunicativa, en *Ciudadanos en la sociedad de la información*, GUISTI, Miguel y MERINO, María (editores). Lima Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- LANDA ARROYO, C. (2010). *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del tribunal constitucional*. Lima: Palestra.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. (1989). *Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida*. Madrid: Akal/Iure.
- MARTÍNEZ DE PISÓN, J. (1993). *El derecho a la intimidad en la jurisprudencia constitucional*. Madrid: Civitas.
- MAGDALENO, A. (2006). *Los límites de las libertades de expresión e información en un Estado social y democrático de Derecho*. Madrid, Congreso de los Diputados.
- MARCIANI, B. (2004). *El derecho a la libertad de expresión y la tesis de los derechos preferentes*. Lima: Palestra Editores.
- MARTÍN, R. (1995). El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones. Madrid: Civitas.
- MONTANI, G. (2010). *La vida de los otros: intervenciones telefónicas y derecho penal*. Lima: Totem Print Perú.

- MORALES, J. (2003). Control de la divulgación de la correspondencia epistolar, grabaciones de la voz y otras de cualquier género. *Gaceta Jurídica, Código Civil Comentado, Tomo I, Lima*.
- MORALES, J. (1999). Los personajes públicos y el derecho a la intimidad. *Revista Cátedra*. Año II. N° 5. Lima.
- MUÑOZ, F. y GARCÍA, M. (2010). *Derecho penal*. 8° edición. Valencia: Tirant lo Blanch.
- NOVOA, E. (1997). *Derecho a la vida privada y libertad de información*. 5ta. Ed. México: Siglo XXI.
- ORTEGA Y GASSET, José (1968), “*El Espectador*”, Tomo V y VI, Espasa Calpe, Madrid.
- PASTOR, B. (1993). *La prueba ilegalmente obtenida en La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal*. Madrid: Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ.
- PATRÓN, P. (1999). *Lo viejo y lo nuevo de los espacios públicos en el Perú, en Ciudadanos en la sociedad de la información*. GIUSTI, Miguel y MERINO, María Isabel (editores), Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- PERLA, J. (1990). *Realidad legal de las comunicaciones*. Lima: DEYCO.
- RIVES, A. (2010). *La intervención de las comunicaciones en el proceso penal: análisis doctrinal, legislación y jurisprudencia*. Barcelona: Bosch.
- RODRÍGUEZ, E. (2000). *Justicia mediática, la administración de justicia en los medios masivos de comunicación. Las formas del espectáculo*. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- SAGAR, R. (2013). *Secrets and Leaks: The dilemma of state secrecy*. EEUU: Princeton University Press.
- SAN MARTÍN, C. (2011). *La intervención de las comunicaciones telefónicas en el ordenamiento peruano, en Proceso y Constitución*, PRIORI POSADA Giovanni F. (Editor), Lima: ARA Editores.
- SALINAS R. (2013). *Derecho Penal, parte especial (5ta. Ed.)* Iustitia, Editorial Grijley. Lima.
- SMOLLA, R. (1993). *Free speech in an open society*. New York: Random House.
- SILVESTRONI, M. (2007). *Teoría constitucional del delito*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- SNOWDEN, E (2019). *Vigilancia permanente*. Barcelona: Planeta.
- TALAVERA, P. (2009). *La prueba en el nuevo proceso penal*. Lima: AMAG.
- TEJERINA, O. (2014). *Seguridad del estado y privacidad*. Madrid: REUS.
- VILLASTEIN J. (1988). *Derecho Penal. Parte especial Tomo I – B*. Lima: Ed. San Marcos.
- WESTIN, Alan F. (1970). *Privacy and Freedom*, Nueva York: Atheneum.
- CAÑO, A. (2014). *Obama elimina la recopilación masiva de datos y el espionaje a líderes aliados*. Recuperado de
- CORREA, J. (2006). Algunas consideraciones sobre el interés público en la política y el derecho, [artículo en línea]. *Revista Española de Control Externo* Vol. 8, N°. 24. [Fecha de consulta: 7/8/2019]. Recuperado de, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2254414>
- ERLANGER, S. y ANDERSON, (2017). Los problemas legales de Assange todavía continúan. Recuperado de <https://www.nytimes.com/es/2017/05/24/los-problemas-legales-de-assange-todavia-continuan/>
- FAUS, J. (2015). *La justicia declara ilegal el espionaje masivo de la NSA*. Recuperado de https://elpais.com/internacional/2015/05/07/actualidad/1431011491_487140.html
- MAYER, L. (2017). El bien jurídico protegido en los delitos informáticos, [artículo en línea]. *Revista chilena de derecho*. Vol. 44 N.º 1. . [Fecha de consulta: 29/7/2019]. Recuperado de https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372017000100011

RODRÍGUEZ, J. (2011). *A vueltas con la "ley mordaza"*. Recuperado de <http://bitacora.jomra.es/2011/12/peru/ipys-ley-mordaza/>

RIQUERT, M. (2012). Delincuencia informática y control social: ¿excusa y consecuencia?. Recuperado de http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20120208_01.pdf

RODRÍGUEZ SOTELO, FAUSTO (2011). Polémica genera ley que pena con cárcel difusión de comunicaciones privadas. Recuperado de <http://faustorodriguezsotelo.blogspot.com/2011/12/polemica-genera-ley-que-pena-con-carcel.html>

CIDH (1986). Opinión consultiva OC-6/86. Recuperado de https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_06_esp.pdf https://elpais.com/internacional/2014/01/17/actualidad/1389984598_386819.html

INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA DE LA NORMATIVA PENAL PERUANA SOBRE DELINCUENCIA ORGANIZADA: APUNTES DE SUS PRESUPUESTOS DOGMÁTICOS

SYSTEMATIC INTERPRETATION OF PERUVIAN CRIMINAL LAW ON ORGANIZED CRIME: NOTES OF THEIR DOGMATIC SPECIFICATIONS

Wendy Requejo Passoni¹

Abogada

Universidad de San Martín de Porres

<https://orcid.org/0000-0001-9952-2199>

wendyrequejopassoni@gmail.com

Perú

Recibido: 2 de abril de 2020

Aceptado: 15 de junio de 2020

SUMARIO

- Introducción
- Cuestiones terminológicas
- Evolución legislativa de la delincuencia organizada
- Definición legal de organización delictiva
- Figuras típicas relativas a la delincuencia organizada
- Síntesis de los presupuestos dogmáticos para la interpretación sistemática
- Conclusiones
- Fuentes de información.

RESUMEN

El objeto de estudio de este trabajo recae en la legislación peruana sobre delincuencia organizada. El objetivo principal de la investigación consiste en identificar los presupuestos dogmáticos esenciales para la interpretación sistemática de sus enunciados. Los materiales consultados han sido las leyes penales, la doctrina y la jurisprudencia nacional. A partir del análisis de la legislación, se advierte que dichos presupuestos consisten en: (i) establecer un glosario sobre las expresiones a emplearse (ii) determinar la evolución de

los instrumentos legales más relevantes (iii) descomponer a la delincuencia organizada en un esquema de tipos autónomos de organización, subtipos específicos agravados, especiales circunstancias genéricas de agravación y tipos autónomos de banda. Finalmente, se advierte que adoptar una perspectiva fraccionaria de esta normativa puede conllevar a diversidad de posturas que menoscaban a la seguridad jurídica.

ABSTRACT

The object of this study is the Peruvian legislation on organized crime. The main objective of the research is to identify the dogmatic assumptions essential for the systematic interpretation of its statements. The materials consulted were criminal laws, doctrine and national jurisprudence. From the analysis of the legislation, it is noted that these budgets consist of: (i) establishing a glossary of the terms to be used (ii) determining the evolution of the most relevant legal instruments (iii) break down organised crime into a scheme of autonomous types of organisation, aggravated specific subtypes, special generic aggravating circumstances and autonomous types of gang. Finally, it is noted that adopting a fractional perspective of this regulation can lead to a diversity of positions that undermine legal certainty.

¹ Servidora pública de la Segunda Fiscalía Suprema Transitoria Especializada en delitos cometidos por Funcionarios Públicos

PALABRAS CLAVE

Crimen organizado; banda; organización; asociación ilícita.

KEYWORDS

Organized crime; gang; organization; criminal association.

INTRODUCCIÓN

Hoy en día, la criminalidad organizada sigue siendo un tema pendiente en la agenda pública peruana, muestra de esto es la aprobación de la Política Nacional Multisectorial de lucha contra el Crimen Organizado para el periodo 2019-2030 (Decreto Supremo N° 17-2019-IN). Iniciativa con la que se busca implementar una política pública general sobre la materia.

En el Perú, reportes oficiales describen al fenómeno local de esta forma de criminalidad como un objeto de estudio complejo. Así, en el año 2017 el Ministerio del Interior informó que las organizaciones delictivas nacionales se caracterizan por cometer delitos económicos o violentos, ejercer control territorial en varias regiones del país, mantener contacto con presidiarios y autoridades en funciones, y desarrollar complejas estructuras en la distribución de tareas y funciones.

Naturalmente, esta representación del fenómeno social influye en el ejercicio del *ius puniendi*, por un lado, en la legislación penal sustantiva, y por otro, en la interpretación de dichos enunciados. En lo relativo a la legislación, es cierto que la Ley contra el crimen organizado N° 30077 y el propio artículo 317 del Código Penal carecen de técnica legislativa adecuada, y por tanto, ameritan futuras reformas legales, tal como se recomienda en el sexto lineamiento de la Política Nacional Multisectorial antes citada.

Empero, más controversial aún es el ámbito de la interpretación jurídica, donde además de lidiar con las deficiencias del texto legal, debe asumirse la tarea de identificar, analizar, discernir y sistematizar cada una de las abundantes y dispersas definiciones y figuras típicas de la delincuencia organizada. La problemática se suscita cuando el intérprete prescinde de la interpretación sistemática, o cuando omite contextualizar su alcance a algún

periodo de vigencia determinado, propiciando con ello un estado de incertidumbre jurídica.

A pesar de la existencia de abundantes textos y decisiones jurisprudenciales sobre organizaciones delictivas, son escasos aún los estudios que promuevan una interpretación sistemática de estos enunciados. Precisamente, el objetivo de este trabajo consiste en identificar los presupuestos dogmáticos aplicados a la interpretación sistemática de la normativa nacional sobre delincuencia organizada; para estos fines, se ha consultado las leyes penales, doctrina y jurisprudencia peruana relevante sobre organizaciones y bandas delictivas. Cabe agregar, que esta puntual investigación se justifica en la necesidad de uniformizar criterios, como medio para preservar la seguridad jurídica.

Respecto a la estructura de este artículo, inicia con una breve descripción de la terminología a emplearse. Seguidamente se analiza la evolución legislativa sobre la materia, identificando tres momentos importantes. En la siguiente sección, se examina la definición legal de organización delictiva y cada uno de sus componentes, además de las figuras típicas relativas a la delincuencia organizada. Finalmente, se argumenta la conveniencia de abordar a esta legislación como un subsistema jurídico-penal especializado.

CUESTIONES TERMINOLÓGICAS

Al consultar la literatura sobre criminalidad organizada saltan a la vista numerosas palabras y expresiones que en apariencia aluden a un mismo fenómeno, sin embargo, examinadas con detenimiento es posible discernir sustanciales diferencias. Para una mejor comprensión, propongo agruparlas según la rama del conocimiento del cual derivan, esto es, en criminológicas y jurídicas.

Al primer grupo conciernen los términos macro criminalidad, crimen organizado y criminalidad organizada. Sobre los cuales puede aseverarse que «la macro criminalidad comprende diversos fenómenos en los que intervengan pluralidad de individuos, pero solo uno de ellos es el crimen o la criminalidad organizada» (Requejo, 2019, pág. 73). De acuerdo a la criminología el fenómeno criminal puede ser explorado desde un enfoque empírico multidisciplinario, por tanto, para

determinar si un grupo u organización es delincuencia organizada, cabe apreciar ciertas características ajenas a los propios conceptos jurídicos (Merino & Paíno, 2017, pág. 31). Por ejemplo, según López-Muñoz (2015) la criminalidad organizada empíricamente destaca por su acceso a medios personales y materiales, coberturas, uso de la violencia, valores criminales, ataque al Estado y estructuras de asentamiento criminal (pág. 12-22), descripción que difiere respecto a los presupuestos legales del artículo 317 del Código Penal.

Atendiendo a dicha razón es que el uso de estos vocablos debería reservarse a ámbitos de investigación social, y excepcionalmente admitirse en otras disciplinas, cuando se haga referencia al objeto de estudio criminológico. En consecuencia, cuando se alude al objeto de estudio de una investigación jurídica es preferible emplear la locución delincuencia y no criminalidad organizada.

Al segundo grupo pertenecen los vocablos organización delictiva², grupo delictivo organizado³, asociación estructurada y grupo delictivo estructurado⁴, todos derivados de instrumentos jurídicos supranacionales o regionales, al igual que las expresiones españolas organización y grupo criminal⁵. En todos estos casos es claro que un mismo término no posee un significado equivalente en cualquier parte del mundo, por ende, lo recomendable es contextualizar su uso.

Esta misma lógica es aplicable al ordenamiento jurídico peruano, donde tampoco cabe admitir la equivalencia absoluta entre organización criminal, asociación ilícita⁶, asociación delictiva⁷, agrupación ilícita⁸, agrupación

criminal⁹ ni banda criminal¹⁰, pues cada una de estas expresiones responde a un enunciado legal vigente en un periodo determinado, cuyo concreto alcance se abordará con detenimiento más adelante.

Sin perjuicio de ello quisiera desarrollar un breve comentario sobre la impropiedad de añadir el calificativo “criminal”. Puesto que el código penal vigente adopta una división bipartita (delitos y faltas) y no tripartita (crímenes, delitos y faltas) de las infracciones penales, insistir en esta denominación carece de propósito; por ello sostengo que, en lo pertinente, toda referencia legal a lo criminal debe ser sustituida por lo delictivo, así, sería organización delictiva en vez de organización criminal (Requejo, 2019, pág. 77). Sobre esto último, cabe precisar que organización delictiva es un elemento normativo y no un sujeto con capacidad de acción.

No obstante, la terminología jurídica no se agota en la legislación penal, sino que también abarca los pronunciamientos de los tribunales de justicia.

En la década de los noventa, la jurisprudencia nacional solía reducir a la delincuencia organizada a delitos violentos y económicos cometidos por agrupaciones, es decir, el factor determinante se hallaba en la ejecución del programa delictivo¹¹. Progresivamente esta perspectiva fue cambiando, de modo que una década más tarde era claro que para calificar un caso como delincuencia organizada bastaba con la sola existencia del ente colectivo¹², debiendo examinarse con rigor los vínculos entre sus miembros¹³ y la forma jerarquizada de su estructura¹⁴. Actualmente, la delincuencia organizada comprende tanto a las agrupaciones que han desarrollado su programa delictivo como a aquellas que aún no¹⁵, pudiendo

2 Véase el artículo 1 de la Acción Común 98/733/JAI (DOCE, núm. L 351/1) del Consejo Europeo.

3 Véase el artículo 2 literal a) de la Convención de Palermo de las Naciones Unidas.

4 Véase el artículo 1 de la Decisión Marco 2008/841/JAI del Consejo Europeo.

5 En la legislación española los delitos de organización criminal y grupo criminal (artículo 570 bis.1 y 570 ter del Código Penal reformado por LO 5/2010, respectivamente), coexisten junto al delito de asociaciones para delinquir (artículo 515.1 y 5 del Código Penal), circunstancia que no se presenta en la normativa peruana.

6 Véase la sumilla de la primera modificación del artículo 317 del Código Penal (Ley N° 28355).

7 Véase la primera reforma del artículo 257-A del Código Penal (Ley N° 27593).

8 Véase la sumilla del texto original del artículo 317 del

Código Penal (Ley N° 25362).

9 Véase la séptima modificación del artículo 152 del Código Penal (D. Leg. N° 982).

10 Véase al artículo 317-B (D. Leg. N° 1244).

11 Véase CORTE SUPREMA DE LA REPÚBLICA, RECURSO DE NULIDAD N° 492-1999 CONO NORTE.

12 Véase CORTE SUPREMA DE LA REPÚBLICA, ACUERDO PLENARIO N° 04-2006.

13 Véase CORTE SUPREMA DE LA REPÚBLICA, RECURSO DE NULIDAD N° 889-2010 LIMA.

14 Véase CORTE SUPREMA DE LA REPÚBLICA, RECURSOS DE NULIDAD N° 3308-2010, 1109-2009 LIMA Y 2780-2009 LAMBAYEQUE.

15 Véase CORTE SUPREMA DE LA REPÚBLICA, ACUERDO PLENARIO N° 08-2007.

tratarse en ambos casos de estructuras estables o permanentes¹⁶ y flexibles¹⁷.

Aunado a ello, la jurisprudencia contemporánea ha profundizado en la integración de la legislación y la criminología, ello se hace más perceptible a través de la aplicación de máximas de la experiencia en los juicios penales¹⁸, concretamente al aludir a la clandestinidad¹⁹, impunidad²⁰ y peligrosidad²¹ de las organizaciones delictivas. Esto ha permitido renovar el entendimiento de la criminalidad organizada, pues como anteriormente se describió, se trata de un fenómeno social complejo y dinámico.

Retomando, por delincuencia organizada se entiende a la representación de la criminalidad organizada en el ámbito jurídico, de ahí que se la describa como un término proveniente del derecho (Reátegui, 2017, p. 281).

EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DE LA DELINCUENCIA ORGANIZADA

Ciertamente, la persecución a miembros de bandas, cuadrillas u organizaciones delictivas no es una preocupación inédita del nuevo siglo, antes bien, ya en el Código Penal de Santa Cruz de 1837 existía una prototípica figura de asociación ilícita (Zúñiga, 2016, pág. 49); sin embargo, la legislación penal sobre delincuencia organizada, tal como actualmente la conocemos, se registra por primera vez en 1991. Desde entonces su evolución legislativa ha transitado por tres periodos.

Primer periodo: Código Penal de 1991 y sus reformas

Durante los primeros años de vigencia del actual cuerpo legal, el tratamiento punitivo contra la criminalidad organizada principalmente

consistió en cualificar los delitos cometidos por miembros, jefes, cabecillas o dirigentes de organizaciones delictivas; siguiendo la conocida fórmula de los subtipos específicos agravados²². Igualmente se criminalizó el acto de «formar parte de una organización de dos o más personas destinada cometer delitos (...) por el sólo hecho de ser miembro de la misma» (texto original del artículo 317). Descripción que recibió la denominación de delito de asociación ilícita para delinquir, y que cuenta con subtipos específicos agravados según la tendencia delictiva del ente colectivo, por ejemplo, cuando el agente integra una organización destinada a cometer delitos contra la humanidad, seguridad y tranquilidad pública. Es menester mencionar que, en este periodo asociación delictiva, agrupación ilícita, agrupación criminal y asociación ilícita son vocablos equivalentes.

En definitiva, en este periodo la legislación sobre delincuencia organizada es aún elemental, pues sus enunciados son pocos y su interpretación no conlleva mayores complicaciones.

Segundo periodo: Ley contra el crimen organizado N° 30077

A mediados del 2013 el Congreso de la República aprobó el texto sustitutorio de la Ley contra el crimen organizado N° 30077, vigente desde el 1 de julio del 2014. La promulgación de esta ley marca el inicio de un nuevo periodo, pues a través de ella el Estado peruano asume su compromiso de adaptar la legislación penal a los estándares de la Convención de Palermo, suscrita desde el 2001.

Con relación al contenido de la Ley N° 30077, incorpora por primera vez una definición legal de organización delictiva. Describiéndola como:

Cualquier agrupación de tres o más personas que se reparten diversas tareas o funciones, cualquiera sea su estructura y ámbito de acción, que, con carácter estable o por tiempo indefinido, se crea, existe o funciona, inequívoca y directamente, de

16 Véase CORTE SUPREMA DE LA REPÚBLICA, RECURSO DE NULIDAD N° 601-2015 JUNÍN, CASACIÓN N° 421-2015 AREQUIPA.

17 Véase CORTE SUPREMA DE LA REPÚBLICA, RECURSO DE NULIDAD N° 886-2014 LIMA.

18 Véase CORTE SUPREMA DE LA REPÚBLICA, RECURSO DE NULIDAD N° 1531-2014 LIMA, 2367-2016 NACIONAL Y CASACIÓN N° 626-2013 MOQUEGUA.

19 Véase CORTE SUPREMA DE LA REPÚBLICA, RECURSO DE NULIDAD N° 1731-2014 LIMA.

20 Véase CORTE SUPREMA DE LA REPÚBLICA, RECURSO DE NULIDAD N° 583-2011 AYACUCHO.

21 Véase CORTE SUPREMA DE LA REPÚBLICA, RECURSO DE NULIDAD N° 2373-2015 CALLAO.

22 En un principio los delitos cualificados por la calidad del sujeto activo eran exclusivamente de índole lucrativa, tiempo después este criterio fue descartado; llegándose inclusive a prever una consecuencia jurídico-penal más grave para aquel integrante cometiese delitos contra bosques y formaciones rocosas (artículo 310-C incorporado por la Ley N° 29263).

manera concertada y coordinada, con la finalidad de cometer uno o más delitos graves señalados en el artículo 3 de la presente Ley (artículo 2.1).

Cabe puntualizar que la organización delictiva del artículo 2.1 y la asociación ilícita/organización del artículo 317 modificado por la Ley N° 30077, no aluden a un mismo fenómeno delictivo. Para empezar, el diario de debates del Congreso peruano reseña que la intención de los legisladores fue conservar al artículo 317 como una manifestación menos compleja de las organizaciones delictivas; asimismo, la cantidad mínima de integrantes del artículo 2.1 y del artículo 317 es discrepante; por último, la definición de la ley especial hace referencia a ciertos delitos graves, los cuales tampoco coinciden con las formas agravadas del artículo 317. Es decir, por lo menos durante este periodo, existen motivos para aseverar que se tratan de diferentes figuras legales (Requejo, 2019, pág. 47).

Otro aspecto relevante de la Ley N° 30077 es que, al reformar al artículo 317 del código penal, criminalizó nuevos comportamientos típicos, como constituir y/o promover una *asociación ilícita/organización*; además, de subtipos específicos agravados, según el rol desempeñado por el sujeto activo, sea como líder, jefe, dirigente o financista.

Tercer periodo: Decreto Legislativo N° 1244 que fortalece a la Ley contra el crimen organizado

Este periodo data del 29 de octubre del 2016, con la promulgación del Decreto Legislativo N° 1244. Mediante el cual se modifica por última vez al artículo 317 del Código Penal, bajo los siguientes términos:

El que promueva, organice, constituya, o integre una organización criminal de tres o más personas con carácter estable, permanente o por tiempo indefinido, que, de manera organizada, concertada o coordinada, se repartan diversas tareas o funciones, destinada a cometer delitos será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días – multa, e inhabilitación conforme al artículo 36°, incisos 1), 2), 4) y 8).

En la siguiente sección se examinará pormenorizadamente cada elemento de dicho texto legal. No obstante, cabe destacar

que la actual versión del artículo 317 ya no es discrepante de la organización delictiva del artículo 2.1 de la Ley N° 30077, por el contrario, hoy en día ambos enunciados se complementan, ya que hacen referencia a un mismo fenómeno delictivo.

DEFINICIÓN LEGAL DE ORGANIZACIÓN DELICTIVA

De conformidad con la Ley N° 30077, una organización delictiva es la agrupación de individuos que cuenta con directrices internas, que mantiene vigencia, además de indeterminación en torno a su desarrollo estructural y/o expansión territorial. Aunado a ello, de acuerdo al vigente artículo 317, son rasgos distintivos del colectivo, su permanencia y «*organización*» en sentido estricto. Dicho esto, se procederá a examinar cada uno de los elementos típicos que la componen.

Agrupación de tres o más personas

La organización delictiva requiere que la agrupación esté conformada mínimamente por tres sujetos²³. Según Faraldo (2012), el valor numérico de los individuos se halla estrechamente relacionado con la cualidad de fungibilidad o intercambiabilidad de sus miembros (pág. 67). Desde luego, el incremento significativo de sus integrantes puede ser indicio de la mayor peligrosidad de una organización, por ello *de lege ferenda* opino que, esta circunstancia debería ser desvalorada como un subtipo específico agravado.

Por otra parte, de la Ley N° 30077²⁴ se infiere que la organización, al igual que cualquier otro ente colectivo, «emerge en algún momento, entra en funciones, se afianza o desarrolla, o simplemente se desintegra, y todo ello indudablemente, afecta la intensidad con la que sus rasgos característicos se presentan» (Requejo, 2019, pág. 99).

Cabe destacar que este desarrollo legal no es baladí, pues comprender las fases por las cuales transita una agrupación permite otorgarle un justo alcance al principio de imputación necesaria (Páucar, 2016, pág.

²³ Estándar mínimo equivale al prescrito en el artículo 2 de la Convención de Palermo (2000).

²⁴ Concretamente de la frase «se crea, existe o funciona» (artículo 2.2 Ley N° 30077).

188). Efectivamente, durante la creación de una organización es posible que la cantidad de sus integrantes sea la mínima, que carezca de jerarquías e incluso que su proyecto delictivo no se encuentre planificado al detalle; en esta fase lo previsible es la persecución punitiva de quién la constituye y/o integra. Empero, cuando la existencia o funcionamiento del colectivo ya se encuentra garantizada, lo razonable es que además de la incorporación de nuevos miembros, se cometan actos de promoción y/u *organización* en sentido estricto.

Organizaciones estables y organizaciones permanentes

La descripción de la organización como un ente de carácter estable, permanente o por tiempo indefinido, puede parecer redundante, sin embargo, es menester examinar su concreto significado. Tradicionalmente suele tratarse a la estabilidad como equivalente a permanencia, esto es, como indicador temporal (Anarte, 1999, pág. 33; Castillo, 2005, pág. 59). Sin embargo, nuevas voces plantean distinguir a ambas características, así una vez más resulta esclarecedor el razonamiento de Faraldo (2012), para quien:

La estabilidad es la cualidad que cabe predicar de lo «que se mantiene sin peligro de cambiar, caer o desaparecer» (1ª acepción del Diccionario de la Lengua Española), mientras que la permanencia es la cualidad de «mantenerse sin mutación en un mismo lugar, estado o calidad» (ídem) (pág. 49).

Del mismo parecer Merino & Paíno (2016) sostienen que, la continuidad delictiva no alude al tiempo transcurrido sino a la «idea de trascendencia en el tiempo» (pág. 22). Dicho de otro modo, una organización estable es aquella que, dadas las directrices estructurales en que se cimenta o su acceso a recursos propios, tiene «espíritu» de auto conservación; por ello, es válido afirmar que más que una característica se trata de un pronóstico a partir de su capacidad operativa. Nada semejante ocurre en una organización permanente, ya que en ella lo determinante es el lapso transcurrido desde su creación, indistintamente a los delitos cometidos por sus miembros; de ahí, la aclaración «permanente o por tiempo indefinido».

Estructuras jerarquizadas y no jerarquizadas

Semánticamente, se entiende por tarea al «trabajo que debe hacerse en tiempo limitado» (DRAE), en tanto, por función a la «tarea que corresponde realizar a una institución o entidad, o a sus órganos o personas» (DRAE). Aunque ambas versan sobre actividades, a diferencia de la tarea que nada trasmite sobre la calidad de su ejecutor, la función trasmite que dentro de una organización puede haber integrantes que desempeñen ciertos cargos, es decir, que actúen de modo institucionalizado.

Naturalmente, existe una cercana relación entre la distribución de tareas y funciones y el diseño estructural de una organización, pues «galvanizando este conjunto de individuos debe existir una estructura jerárquica, una división de tareas, grados de especialización y ciertas reglas (un sistema de premios y castigos) que rigen el comportamiento de la organización y son impuestas de manera coactiva» (Reátegui 2017, pág. 352). En otras palabras, de acuerdo a las tareas y funciones asignadas a sus miembros puede deducirse la clase de estructura del ente colectivo.

De una detenida lectura del artículo 317 del código penal es posible inferir cuáles son las estructuras admitidas por la legislación. Así, cuando el primer subtipo agrava la conducta típica de aquel sujeto que promueve, organiza, constituye o integra una organización desde una concreta posición de liderazgo, jefatura o dirección, implícitamente está revelando que aquella puede presentar una estructura vertical o jerarquizada. En tanto, si ninguno de los sujetos del colectivo ostentase alguna de dichas posiciones, resta asumir que son integrantes de una organización de estructura horizontal.

La división entre estructuras verticales y horizontales, no es una novedad del legislador peruano, sino que esta forma de criminalidad «requiere la configuración de una estructura o diseño organizacional. Ella permite ordenar las actividades y mantiene la cohesión de los grupos criminales. La estructura puede ser rígida o flexible, vertical u horizontal, cerrada o abierta, jerarquizada o descentralizada» (Prado, 2013, pág. 62). Cuando los intervinientes posean un rango equivalente se tratará de una distribución horizontal, en cambio, cuando el rango sea fuertemente jerarquizado, será una

distribución vertical (Zúñiga, 2009, pág. 129; Merino & Paíno, 2016, pág. 21).

Así, la exigencia legal que toda organización sea estructurada se desprende de la alusión al reparto de tareas y funciones, sin embargo, ello no significa que toda estructura implique una jerarquía, antes bien puede optarse por una forma más flexible. En el primer caso hablamos de una organización con estructura jerarquizada, y en el segundo, de una organización no jerarquizada (Requejo, 2019, pág. 105)²⁵.

Actos de organización, concertación y coordinación

Conforme a su acepción literal, organizar significa «establecer o reformar algo para lograr un fin, coordinando las personas y los medios adecuados» o «poner algo en orden» (DRAE). Asimismo, concertar es «traer a identidad de fines o propósitos cosas diversas o intenciones diferentes» (DRAE). En tanto, coordinar es «unir dos o más cosas de manera que formen una unidad o un conjunto armonioso» (DRAE).

En el contexto de la delincuencia organizada, Casas (2016) argumenta que:

Por “concertar” debe entenderse el acuerdo entre los miembros de la organización criminal sobre un asunto determinado, ya sea sobre la realización de los hechos delictivos o sobre el fin de lucro que en sí mismo buscan; mientras que “coordinar” debe entenderse como la disposición ordenada de un conjunto de cosas de acuerdo con un método o sistema específico, para la realización de los actos o fines de la organización criminal (pág. 135-136).

Por tanto, que el reparto de las tareas y funciones sea de *manera organizada*, alude a que las decisiones tomadas no sean espontáneas, sino que respondan a la planificación inicial del ente colectivo; por su parte, que sea de *manera concertada*, se refiere a que dichas decisiones sean validadas con la aprobación

explícita o implícita de los demás miembros; y, por último, que sea de *manera coordinada*, sugiere que, una vez superada la planificación inicial, las restantes decisiones garanticen la consecución de sus fines ilícitos, preservando su clandestinidad (Requejo, 2019, pág. 108).

En definitiva, que el ente delictivo sea conducido de modo organizado, concertado o coordinado, es una forma de recalcar lo imprescindible que es el elemento estructural. Cabe enfatizar que, en estructuras no jerarquizadas bastará con la concertación, mientras en estructuras jerarquizadas la organización y coordinación puede recaer en los mandos superiores.

Propósito delictivo de la organización

Sobre las *asociaciones ilícitas/organizaciones* de la Ley N° 30077, la jurisprudencia nacional en su momento sostuvo «resulta raro que, al interior de una organización criminal, la comisión de uno de los comportamientos no esté vinculado a la realización de algún otro y no responda al designio criminal que persigue la organización» (Corte Suprema de la República del Perú, RN N° 3308-2010 Lima, fund. 8). Es decir, que todo delito cometido en el seno de una asociación ilícita debe ser resultado de la voluntad colectiva. Al respecto opino que esta afirmación admite excepciones.

Durante la creación de una organización no es indispensable el desarrollo del proyecto delictivo, empero, si el ente colectivo ya se encuentra en funciones lo presumible es que sus miembros cometan delitos. En el primer caso, la subsunción de la conducta recaería en los tipos autónomos de organización; mientras en el segundo caso, de existir regulación legal, en los subtipos específicos agravados por la condición del sujeto activo. Precisamente, esta última figura será aplicada tanto cuando el integrante ejecute el delito valiéndose de los medios materiales de su organización, como cuando se cometa el delito con el propósito de facilitar la existencia y/o funcionamiento de su organización (Requejo, 2019, pág. 184). De modo que, no todo delito perpetrado en el contexto de una organización delictiva es consecuencia del designio común, antes bien, algunos delitos pueden ser motivados por iniciativa propia de sus integrantes.

25 Resulta anecdótico que los jueces de la Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada (ex Sala Penal Nacional), con motivo de desarrollar su Acuerdo Plenario N° 01-2017-SPN se propusiesen determinar si el elemento de la estructura en una organización delictiva había sido o no derogado por la actual versión del artículo 317 del Código Penal. Sin duda, tal planteamiento carece de relevancia, pues aun cuando el texto legal expresamente no mencionase al vocablo «estructura», desde una perspectiva sistemática fluye que la estructura es un presupuesto intrínseco a la organización.

FIGURAS TÍPICAS RELATIVAS A LA DELINCUENCIA ORGANIZADA

Tipos autónomos de organización delictiva

Esta es la fórmula legal tradicional para afrontar desde el derecho penal a la criminalidad organizada. Por tanto, no es insólito que dos décadas atrás Choclán anticipase que, más allá de lo cuestionable que puede resultar un delito de peligro que anticipa la tutela penal, la real problemática versar en la imprecisión del propio concepto valorativo de organización (pág. 31). Ciertamente en líneas superiores ha podido comprobarse que la delincuencia organizada gravita entorno a la compleja definición de organización delictiva.

Aunado a ello, es también aguda la observación de Silva Sánchez (2015), para quién los tipos autónomos de organización delictiva indefectiblemente implican:

La introducción en el análisis de un bien jurídico supraindividual que, por definición, es lesionado por la estructura organizada con fines delictivos, permite rebajar las exigencias objetivas, tanto en cuanto a la propia organización como en cuanto al comportamiento de los miembros (pág. 105).

En el Código Penal peruano los tipos autónomos se hallan contenidos en el artículo 317, según el cual se prevé una consecuencia punitiva para aquel sujeto que integre, constituya, organice o promueva una organización delictiva. En ellos puede verse plasmada la advertencia de Silva Sánchez, ante lo cual no resta más que delimitar los alcances de cada una de las conductas típicas.

El tipo penal de constituir una organización delictiva se configura al disponer o llevar a cabo todos los actos necesarios para la fundación del ente, esto ocurre, cuando la agrupación de tres o más personas es provista de una estructura afín a sus planes delictivos. Cabe señalar que, cuando el sujeto activo solo se encarga de dotar de operatividad a la organización, será fundador, en cambio, cuando además de ello se desempeña como integrante, será un fundador-integrante.

El tipo penal de integrar una organización delictiva consiste en exteriorizar o recibir, de modo explícito o implícito, una señal de conformidad sobre la incorporación del

individuo al colectivo. Sobre esto, Maidana (2013) precisa que, los demás miembros deben aceptar al nuevo integrante como su par (pág. 8). Este es un delito de mera actividad y de efectos permanentes, por ende, seguirá consumándose hasta la desafiliación del miembro, sea por renuncia o expulsión.

El tipo penal de promover una organización delictiva implica realizar acciones u omisiones que resulten favorables para el ente colectivo, esto se consigue allanando las dificultades externas que puedan presentarse durante su puesta en funcionamiento. En este ámbito, el promotor de una organización puede ostentar o no la condición de integrante.

Finalmente, el tipo de organizar una organización delictiva consiste en disponer o llevar a cabo todos los actos necesarios para preservar la operatividad del ente delictivo durante su funcionamiento. Según Pacífico (2013), organizador es aquel que se encarga de propiciar nuevas afiliaciones de integrantes, de inspeccionar la gestión del grupo, de actuar en salvaguarda de la estructura y de los recursos propios, interviniendo en la toma de decisiones (pág. 266). A lo anterior se debe añadir que, a diferencia de los líderes, jefes o dirigentes, el organizador de una agrupación puede carecer de tal capacidad de mando.

Subtipos específicos agravados de la delincuencia organizada

El recurso a los subtipos de agravación es otra de las modalidades tradicionales de la delincuencia organizada. Según Zúñiga (2009) «la solución de dos injustos (...) hace que en los casos en que no resulte posible establecer la imputación de delitos a un miembro de la organización criminal, por lo menos, se le impute el injusto de organización criminal» (pág. 256). Efectivamente, esto determina que los tipos autónomos de artículo 317 actúen como enunciados subsidiarios, no pudiendo presentarse casos de concurso real o ideal con subtipos específicos agravados (Acuerdo Plenario N° 8-2007, fund. 8).

En la legislación peruana, los subtipos específicos agravados de la delincuencia organizada se encuentran presentes tanto en el Código Penal como en leyes especiales. Esta técnica legislativa es aplicada a los delitos criminológicamente más afines a la

criminalidad organizada. Atendiendo al motivo de su cualificación, estos pueden dividirse en dos clases.

Por un lado, están aquellos que desvaloran al miembro que comete el delito en su desempeño como líder, jefe o dirigente, o al promotor en su desenvolvimiento como financista; cuyo mayor reproche se justifica en la medida que «son los encargados del poder de decisión dentro de la organización criminal y, por lo general, quienes son responsables de las decisiones más importantes del plan criminal, mientras que son otros los que lo ejecutan» (Zúñiga, 2016, pág. 70). A esta clase de subtipos pertenecen los enunciados de los artículos 297 (tráfico ilícito de drogas), 189 (robo agravado), así como el artículo 317 (delitos de organización delictiva).

Por otro lado, están aquellos subtipos específicos que desvaloran al miembro que comete el delito aprovechándose de su condición como tal²⁶. Esta medida se justifica dado que, a diferencia de cualquier otro sujeto, el integrante cuenta con la aptitud para hacer más grave la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos. Cabe agregar que, a este grupo también pertenece el artículo 317 *in fine* del código penal, el cual realmente se trata de un subtipo específico agravado de los delitos de homicidio y lesiones graves respectivamente (Requejo, 2019, pág. 188).

A pesar que la fórmula de los subtipos específicos agravados se aplica desde hace muchas décadas, nuevos conocimientos justifican su merecida revisión. De acuerdo a Andrade (1997) «la mera organización, como característica del fenómeno delictivo, puede aparecer en cualquier sociedad y estar referida a cualquier delito» (pág. 15), es decir, en la actualidad ya no cabe hacer referencia a un listado de delitos asociados a la criminalidad

organizada. Esta tendencia a la generalización, contradice la lógica de estos subtipos agravados; ante ello, de *lege ferenda* propongo que esta fórmula sea extendida a todos los delitos pluri subjetivos, o en su defecto, sea reemplazada por una técnica legislativa más eficiente.

Especiales circunstancias genéricas de agravación

Otra modalidad de tipificación incorporada en la legislación penal peruana es la criminalización a través de subtipos genéricos, también conocidos como agravantes especiales o circunstancias genéricas. Esta técnica, a diferencia de los subtipos específicos, carece de autonomía penológica, precisamente debido a ello, puede aplicarse a cualquier tipo penal de la parte especial (Borja, 2015, pág. 37).

Las especiales circunstancias genéricas de agravación están enumeradas en el artículo 22.1 de la Ley N° 30077. De acuerdo a este dispositivo legal, el juzgador aumentará la pena hasta en una tercera parte por encima del límite legal máximo, sin superar los treinta y cinco años de prisión, cuando el integrante de una organización delictiva, persona vinculada a ella o persona que actúe por encargo de la misma, cometa cualquier delito siempre que concurren determinadas condiciones; las cuales, para su mejor comprensión, serán agrupadas por su contenido. El primer grupo de circunstancias alude a la función desempeñada por el sujeto activo, si actúa como líder, jefe, cabecilla, financista de la organización, o incluso si abusa de su condición como funcionario o servidor público (literales a, b y c). El segundo grupo concierne al sujeto activo que, para cometer la conducta típica, coacciona a terceras personas o atenta física o psicológicamente contra menores de edad o inimputables (literales d, e y f). Finalmente, el tercer grupo menciona al sujeto activo que, para cometer la conducta típica, hace uso o adquiere armas de guerra o materiales análogos (literales g y h).

Cabe destacar que no corresponde la aplicación de las especiales circunstancias genéricas de agravación si estas ya se encuentran reguladas por subtipos específicos (artículo 22.2 de la Ley N° 30077), ya que esta fórmula legal es subsidiaria respecto a otras.

26 Dentro del Código Penal estos subtipos específicos agravados pueden adoptar la forma de diversas expresiones, tales como «el agente actúa en calidad de integrante» (véase los artículos 183-a, 186, 257-a, 297, 315-a), «el agente actúa como integrante» (véase los artículos 179, 181, 310-c), «el agente actúe en calidad de integrante» (véase el artículo 189), «actúa en condición de integrante» (véase al artículo 317-a), «comete el delito como integrante» (véase los artículos 162 y 162-b), «el agente es parte de una organización criminal» (véase los artículos 153-a y 303-b), «si el agente que comete el delito integra una organización criminal» (véase el artículo 225); también, la descripción «(...) constituyen circunstancias agravantes (...) cuando cualquiera de las conductas descritas se realice (...) por una organización criminal» (véase al segundo párrafo del artículo 272).

En lo particular, la autora valora positivamente que la delincuencia organizada sea abordada a través de técnicas legislativas innovadoras, no obstante, existen motivos para cuestionar el contenido del artículo 22.1 de la Ley N° 30077. En primer lugar, en los literales d, e y f, en vez de agravar circunstancias o elementos accidentales del delito, describen conductas que configuran los delitos de coacción y de lesiones graves (artículos 151 y 121-A del Código Penal). En segundo lugar, en los literales a, b y c, agravan al sujeto activo que se desempeña como líder, jefe, cabecilla y financista de una organización, roles que en su mayoría dan forma a los subtipos específicos agravados de los delitos de organización criminal (segundo párrafo del artículo 317). Ambos casos ponen en evidencia que la incorporación tales circunstancias genéricas es injustificada, pues de no existir, igualmente se hubiesen aplicando las reglas del concurso ideal de delitos (artículo 48 del Código Penal).

Tipos autónomos de banda delictiva

Después de las organizaciones delictivas, otro ente de la criminalidad organizada son las bandas delictivas. Por ello, no resulta extraño que el artículo 317-B del Código Penal prescriba consecuencias penales para quién «constituya o integre una unión de dos a más personas; que sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal dispuestas en el artículo 317, tenga por finalidad o por objeto la comisión de delitos concertadamente».

Según la jurisprudencia nacional, la banda es una modalidad rudimentaria de organización delictiva, consistente en «estructuras delictivas de constitución básica y cuyo modo de accionar delictivo carece de complejidad operativa y funcional, al estar dedicada a la comisión de delitos comunes de despojo y mayoritariamente violentos» (Acuerdo Plenario N° 8-2019, fund. 22). Sin perjuicio de esta interpretación, considero que, existen motivos suficientes para sostener que las bandas y las organizaciones delictivas describen distintos fenómenos.

Para empezar, el Código Penal describe a las bandas delictivas de modo positivo y negativo. De acuerdo al primer modo, banda es la unión mínima de dos personas que tienen por finalidad o propósito cometer delitos concertadamente;

es decir, que por lo menos, cuente con alguna forma básica de estructura. En tanto, conforme al segundo modo, el concepto de banda se construye al extraer los elementos esenciales de una organización delictiva; así, dándose por descontado que el propio artículo 317-B informa sobre la cantidad mínima de sus integrantes, de su estructura y de su propósito delictivo, no resta más que identificar a la banda como una unidad carente de estabilidad o de permanencia, esto es, como una agrupación de carácter transitorio. Precisamente, de las consecuencias jurídicas previstas para las bandas delictivas se infiere que se trata de un injusto penal menos grave.

Asimismo, Prado (2019) destaca que otro criterio para distinguir a la banda de la organización delictiva, es que la primera reprime la comisión de dos conductas típicas (constituir o integrar), mientras que la segunda comprende hasta cuatro formas típicas autónomas (pág.85).

Tampoco es admisible sostener que los delitos ejecutados por miembros de bandas deban subsumirse en subtipos alusivos a organizaciones delictivas²⁷; asumir lo contrario significaría menoscabar al principio de legalidad penal, el cual «exige no sólo que por ley se establezcan los delitos, sino también que las conductas prohibidas estén claramente delimitadas por la ley, prohibiéndose tanto la aplicación por analogía» (Tribunal Constitucional, Expediente N° 2192-2004-AA/TC Tumbes, fundamento 4), pues estos subtipos expresamente mencionan a las organizaciones y no a las bandas. Asimismo, esta postura estaría dejando fuera de consideración al principio de proporcionalidad de las penas, ya que induce a tratar de modo equivalente dos injustos penales diferentes. Finalmente, del artículo 317-B no cabe deducir que las bandas delictivas solo involucran la comisión de delitos violentos.

En síntesis, la doctrina jurisprudencial del Acuerdo Plenario N° 08-2019 enfatiza en una perspectiva fraccionaria y no sistemática de la delincuencia organizada.

27 Véase el fundamento 23 del Acuerdo Plenario N° 08-2019.

SÍNTESIS DE LOS PRESUPUESTOS DOGMÁTICOS PARA LA INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA

Cada uno de los preceptos legales antes mencionados dan forma a la legislación penal especializada en delincuencia organizada. Según García-Pablos (1978), esta clase de legislación se caracteriza por su fragmentariedad, pues sus elementos típicos se encuentran dispersos en diferentes secciones del Código Penal (pág. 220). Efectivamente, en el Perú los enunciados relativos a organizaciones y bandas delictivas se hallan tanto en el texto legal de 1991 como en la Ley N° 30077. Sin embargo, nuestra legislación no solo se caracteriza por su fragmentariedad sino también por su temporalidad, pues de acuerdo al periodo al cual se haga referencia, cada enunciado posee diferente significado²⁸. Justamente dadas estas particularidades, es menester dotar de mayor importancia al estudio de la delincuencia organizada.

A lo largo de este trabajo se han expuesto los presupuestos para la interpretación sistemática de la normativa nacional sobre delincuencia organizada. El primero de ellos consiste en delimitar el contenido de su terminología, para ello es conveniente desarrollar un glosario especializado. El segundo implica examinar cada uno de los instrumentos legales más importantes. El tercero radica en descomponer la técnica legislativa de la delincuencia organizada en un esquema de figuras legales, esto es, en tipos autónomos de organización delictiva, subtipos específicos agravados, especiales circunstancias genéricas de agravación y tipos autónomos de banda delictiva.

Estos presupuestos, por un lado, permiten evaluar las deficiencias y fortalezas de la técnica legislativa aplicada a la criminalidad organizada, y por otro, suponen un estándar de racionalidad y sistematicidad a partir del cual practicar la interpretación. En última instancia, contribuye a fortalecer la capacidad del Estado a través de la actualización de la normativa nacional sobre delincuencia organizada; propósito plasmado en la Política Nacional

²⁸ Por ejemplo, la discrepancia entre la organización delictiva del artículo 2.1 y la asociación ilícita/organización del artículo 317 modificado por la Ley N° 30077, desarrollada en la sección 2.2 de este artículo.

Multisectorial de Lucha contra el crimen organizado para el periodo 2019-2030.

CONCLUSIONES

En el Perú existe una legislación penal especializada en delincuencia organizada, cuyos enunciados legales se encuentran dispersos en el Código Penal de 1991 y en la Ley contra el Crimen Organizado N° 30077. Además de los pronunciamientos de la Corte Suprema de la República de las últimas tres décadas.

Los presupuestos para la interpretación sistemática de la normativa nacional sobre delincuencia organizada consisten en: 1) establecer un glosario sobre las expresiones a emplearse, 2) determinar la evolución de los instrumentos legales más relevantes, 3) descomponer a la delincuencia organizada en un esquema de tipos autónomos de organización, subtipos específicos agravados, especiales circunstancias genéricas de agravación y tipos autónomos de banda.

El estudio fraccionario de sus leyes puede conllevar a decisiones cuestionables, por ejemplo, a la incorporación de especiales circunstancias genéricas de agravación redundantes (artículo 22.1 de la Ley N° 30077), o a la injustificada redefinición jurisprudencial de las bandas delictivas (Acuerdo Plenario N° 08-2019).

FUENTES DE INFORMACIÓN

Fuentes bibliográficas

Anarte, E. (1999). Conjeturas sobre la criminalidad organizada. En Ferré, J. & Anarte, E. (Eds.) *Delincuencia organizada: Aspectos penales, procesales y criminológicos* (pp. 13-57). Huelva, España: Universidad de Huelva.

Andrade, E. (1997). *Instrumentos jurídicos contra el crimen organizado*. México D.F.; México: Consejo de la Judicatura Federal Poder Judicial de la Federación, UNAM y Senado de la República LVI legislatura.

Borja, E. (2015). *La aplicación de las circunstancias del delito: actualizado a la reforma 2015*. Valencia; España: Tirant lo Blanch.

- Casas, W. (2016, julio). La criminalidad organizada: sus diferencias con los conceptos de concierto criminal, banda, coautoría y asociación ilícita. *Gaceta Penal & Procesal Penal*, 85, 117-144.
- Castillo, J. (2005). *Asociación para delinquir*. Lima, Perú: Editora jurídica Grijley.
- Choclán, J. (2000). *La organización criminal: tratamiento penal y procesal*. Madrid, España: Dykinson.
- Faraldo, P. (2012). *Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el código penal español*. Valencia, España: Tirant lo Blanch.
- García-Pablos, A. (1978). *Asociaciones ilícitas en el código penal*. Barcelona, España: Bosch.
- López-Muñoz, J. (2015). *Criminalidad organizada: aspectos jurídicos y criminológicos*. Madrid, España: Dykinson S.L.
- Maidana, R. (2013). Asociación ilícita. Código penal comentado de acceso libre. *Asociación pensamiento penal*, 1-27. Recuperado de <http://www.pensamientopenal.com.ar/cpcomentado/37788-art-210-210-bis-asociacion-ilicita>
- Merino, J. & Paíno, F. (2016). *Lecciones de criminalidad organizada*. Madrid, España: Servicio Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid.
- Ministerio del Interior (2017). *Megaoperativos contra el crimen organizado*. Recuperado de <https://www.mininter.gob.pe/sites/default/files/MININTER.%20Megaoperativos%20contra%20el%20CO.%20Primer%20a%C3%B1o%20de%20gestion.pdf>
- Pacifico, P. (2013). Il traffico di sostanze stupefacenti e la legge 9 ottobre 1990, N. 309 [El tráfico de sustancias estupefacentes y la ley 9 de octubre de 1990, N 309]. En Romano, B. & Tinebra, G. (Dir.). *Il diritto penale della criminalità organizzata* [El derecho penal de la Criminalidad organizada] (pp. 261-276). Milano, Italia: Giuffrè Editore.
- Paúcar, M. (2016). *El delito de organización criminal*. Lima, Perú: Ideas soluciones Editorial.
- Prado, V. (2013). *Criminalidad organizada y lavado de activos*. Lima, Perú: Idemsa.
- Prado, V. (2019). Delitos de organización criminal en el Código Penal peruano. *Revista Oficial del Poder Judicial*, 9(11), 53-91.
- Reátegui, R. (2017). Crimen organizado y Asociación ilícita. En Reátegui, J. & Reátegui, R. *El delito de lavado de activos y el crimen organizado* (pp. 279-325). Lima, Perú: A&C Ediciones.
- Requejo, W. (2019). *Adecuada sistematización del subtipo de homicidio o lesiones graves agravado por la intervención del integrante de una organización delictiva en la legislación peruana* (tesis de pregrado). Universidad de San Martín de Porres, Lima, Perú.
- Silva Sánchez, J. (2015). La “intervención a través de organización” ¿una forma moderna de participación en el delito”. En Silva Sánchez, J. (Ed.) *Delitos de organización* (pp. 87-118). Buenos Aires, Argentina: Editorial B de F.
- Zúñiga, L. (2009). *Criminalidad organizada y sistema de derecho penal: contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal*. Granada, España: Editorial Comares.
- Zúñiga, L. (2016). El concepto de organización criminal de la Ley N° 30077 sobre crimen organizado y el delito de asociación ilícita del art. 317 CP: una difícil relación. En Zúñiga, L. (Dir.) & Mendoza, F. (Coord.). *Ley contra el crimen organizado (Ley N° 30077): Aspectos sustantivos, procesales y de ejecución penal* (pp. 33-139). Lima, Perú: Instituto Pacífico.

Fuentes electrónicas

- Real academia española (2014). «Concertar». En Diccionario de la lengua española (23ª ed.). Recuperado de <https://dle.rae.es/?id=A7p8kdC>
- Real academia española (2014). «Coordinar». En Diccionario de la lengua española (23ª ed.). Recuperado de <https://dle.rae.es/?id=Aj3jl6N>
- Real academia española (2014). «Función». En Diccionario de la lengua española (23ª ed.). Recuperado de <https://dle.rae.es/?id=IbQKTYT>

Real academia española (2014). «Organizar». En Diccionario de la lengua española (23ª ed.). Recuperado de <https://dle.rae.es/?id=RBn9hq2>

Real academia española (2014). «Tarea». En Diccionario de la lengua española (23ª ed.). Recuperado de <https://dle.rae.es/?id=ZC79NI2>

Jurisprudencia

Corte Superior de Justicia especializada en delitos de crimen organizado y corrupción de funcionarios (2017). Pleno jurisdiccional de la Sala Penal Nacional y Juzgados Penales Nacionales. Acuerdo Plenario N° 01-2017-SPN.

Corte Suprema del Perú (1999). Recurso de Nulidad N° 492-1999 Cono Norte.

Corte Suprema del Perú (2006). Pleno jurisdiccional de las salas penales permanentes y transitorias. Acuerdo Plenario N° 04-2006/CJ-116.

Corte Suprema del Perú (2007). Pleno jurisdiccional de las salas penales permanentes y transitorias. Acuerdo Plenario N° 8-2007/CJ-116.

Corte Suprema del Perú (2010). Recurso de Nulidad N° 1109-2009 Lima.

Corte Suprema del Perú (2010). Recurso de Nulidad N° 2780-2009 Lambayeque.

Corte Suprema del Perú (2010). Recurso de Nulidad N° 889-2010 Lima.

Corte Suprema del Perú (2011). Recurso de Nulidad N° 3308-2010 Lima.

Corte Suprema del Perú (2011). Recurso de Nulidad N° 3308-2010 Lima.

Corte Suprema del Perú (2012). Recurso de Nulidad N° 583-2011 Ayacucho.

Corte Suprema del Perú (2014). Recurso de Nulidad N° 1531-2014 Lima.

Corte Suprema del Perú (2014). Recurso de Nulidad N° 886-2014 Lima.

Corte Suprema del Perú (2015). Casación N° 626-2013 Moquegua.

Corte Suprema del Perú (2015). Recurso de Nulidad N° 1731-2014 Lima.

Corte Suprema del Perú (2016). Recurso de Nulidad N° 2373-2015 Callao.

Corte Suprema del Perú (2017). Casación N° 421-2015 Arequipa.

Corte Suprema del Perú (2017). Recurso de Nulidad N° 2367-2016 Nacional.

Corte Suprema del Perú (2017). Recurso de Nulidad N° 601-2015 Junín.

Corte Suprema del Perú (2019). Pleno jurisdiccional de las salas penales permanentes y transitorias. Acuerdo Plenario N° 8-2019.

Tribunal Constitucional (2004). Expediente N° 2192-2004-AA/TC Tumbes.

NORMAS PARA LA PUBLICACIÓN - INFORMACIÓN PARA LOS AUTORES

Presentación de contribuciones

Las contribuciones que se presenten pueden ser artículos científicos e informes finales de trabajos de investigación teóricos o de campo, referidos al ámbito científico, académico y profesional del Derecho y disciplinas afines.

No es necesario ser docente o graduado de la Universidad de San Martín de Porres para la presentación de contribuciones. Basta con tener grado académico o licenciatura en Derecho, Filosofía, Ética o Ciencias Sociales.

Las contribuciones que se presenten pueden ser artículos originales, artículos de revisión, artículos de opinión, artículos de análisis de casos, artículos de historia y semblanzas.

Normas generales

Las contribuciones deben ser originales e inéditas y no podrán ser postuladas simultáneamente para su publicación en otras revistas.

Para ser publicables, los trabajos deben ceñirse, tanto en su formato como en su contenido, a las normas de la American Psychological Association (APA), en su última edición.

Las contribuciones deben estar redactadas en idioma español, en tipo de letra Times New Roman, tamaño de fuente 12 picas, a espacio simple y con márgenes de 25 mm.

Es política de la revista priorizar la publicación de los artículos de acuerdo con los temas de interés.

Envío de artículos

Las contribuciones propuestas para su publicación pueden ser enviadas con una carta electrónica dirigida al Presidente del Consejo Editorial de la revista a la dirección electrónica del Instituto de Investigación Jurídica: investiga_derecho@usmp.pe, con mención del título y el (los) autor (es) del trabajo.

También podrán ser enviadas a través del sistema Open Journal System (OJS), iniciando sesión y/o registrándose desde el menú principal (<http://www.aulavirtualusmp.pe/ojs/index.php/VJ/index>). Una vez registrado le llegará un mensaje a su dirección electrónica confirmando el registro y los datos para acceder al sistema, en el cual podrá seguir el proceso de su contribución.

Documentación obligatoria a presentar

El autor deberá adjuntar obligatoriamente a su contribución los documentos siguientes:

1. Carta dirigida Presidente del Consejo Editorial de la revista Vox Juris, solicitando la evaluación de su contribución.
2. Declaración Jurada y autorización para publicar, debidamente firmada, reconociendo que la contribución presentada es de su propiedad intelectual y que no ha sido publicado ni presentado para evaluación en otra revista.
3. Filiación institucional.
4. Contribuciones de autoría.
5. Fuente de financiamiento.
6. Declaración de conflictos de interés.
7. Datos de correspondencia.

Estructura de los artículos

Extensión: Mínimo 12 páginas. En cada página, mínimo 28 líneas de texto.

Tipografía: Times New Roman 12 puntos.

En la primera página debe figurar el título del trabajo en idioma español y traducido al idioma inglés; nombre completo del (los) autor(es), su filiación institucional, correo electrónico y país; resumen y abstract, que no excedan las 250 palabras (deben reflejar el objetivo del estudio, el método y los principales resultados o conclusiones); palabras clave, con un mínimo

de tres y un máximo de seis, ordenadas alfabéticamente y su traducción al idioma inglés.

A continuación, la introducción, que no debe exceder de dos páginas y debe contener el planteamiento del problema, los objetivos de la investigación, la justificación del trabajo y una breve descripción de cada capítulo.

Seguidamente, el desarrollo del trabajo en capítulos y sub capítulos; o párrafos y sub párrafos.

El artículo original: Contiene una investigación inédita, como el producto final de una investigación científica de campo, que muestra y discute los resultados.

El artículo de revisión: Sintetiza, analiza y actualiza un tema. Es una investigación original e inédita, realizada en una biblioteca.

El artículo de opinión: Expone y argumenta el pensamiento de una persona reconocida acerca de un tema. Su extensión no debe ser mayor a seis páginas.

El artículo de análisis de casos: Discute un caso jurídico de evidente interés general y actualidad. Su extensión no debe ser mayor a seis páginas.

El artículo histórico: Narra y expone acontecimientos trascendentales en las áreas científicas de la revista.

Semblanza: Artículo biográfico de un jurista nacional o extranjero, cuya labor científica o profesional haya tenido particular influencia en el Derecho o en su enseñanza e investigación.

Consideraciones de figuras y tablas

Las figuras son dibujos, mapas, fotografías, diagramas, gráficos estadísticos, esquemas o cualquier ilustración que no sea tabla.

Las tablas son elementos que contienen la información necesaria, en contenido y título, para poder interpretarse sin necesidad de remitirse al texto. Tienen solo líneas horizontales para separar el encabezado del cuerpo de la tabla. No deben incluir líneas verticales.

Los artículos que contengan figuras y tablas deberán incluir un sumario de éstas a continuación del sumario principal.

Citas de texto y referencias bibliográficas

Las citas de texto y referencias bibliográficas se ciñen al estilo de citación APA en su última edición.

Coautoría

Conforme con las normas COPE y considerando que un artículo es el resultado de una investigación o de un trabajo académico previo, hay dos dimensiones a considerar en las contribuciones a un artículo: La investigación: En esta dimensión se sitúan las contribuciones que se pueden hacer (1) en el diseño de la investigación; o (2) en la adquisición; o (3) en el análisis e interpretación de los datos.

El artículo en sí mismo: En esta otra dimensión se encuentran las contribuciones que se pueden hacer (4) en el borrador del artículo; o (5) en la revisión crítica del mismo en aspectos intelectualmente importantes.

En las dos dimensiones son necesarias contribuciones sustanciales o críticas. Por tanto, una observación, un comentario o un mero intercambio de opiniones, por ejemplo, no califican como contribuciones sustanciales. Además, no es suficiente con contribuir a una de las dos dimensiones, aunque haya sido de modo sustancial. Debe existir una contribución a ambas: investigación y artículo.

En resumen, para poder formar parte de la autoría de un artículo, es necesario:

Haber hecho contribuciones significativas al menos en uno de los apartados enumerados del 1 al 3; haber contribuido al menos en uno de los apartados del 4 al 5; y haber dado la aprobación a la versión final del artículo.

Si alguien ha satisfecho una o dos de las condiciones, pero no las tres, entonces podemos: a) mencionar a esa persona en los agradecimientos; o b) citar alguna de sus publicaciones siempre que esté relacionada directamente con el artículo y hayamos utilizado ideas del mismo; pero no podemos añadirlo como coautor.

Consideraciones éticas en investigación y publicación

La revista Vox Juris se ciñe a los estándares de ética vigentes en la investigación y publicación

científica, durante el proceso de revisión y la publicación. Se procederá a seguir las recomendaciones del Comité de Ética de la Universidad y el Comité de Ética en Publicación (COPE). Las formas más usuales de faltas éticas en las publicaciones son el plagio, la autoría honoraria o ficticia, la manipulación de datos y el intento de publicación duplicada o redundante.

La revista cuenta con el software Turnitin de reporte de similitud.

Descargo de responsabilidad

La revista no se solidariza necesariamente con la opinión de los autores de las contribuciones.

Pagos por publicación de artículos

La revista no cuenta con cargos o tasas por la publicación de las contribuciones enviadas por los autores ni cargos por la recepción de los artículos.

Proceso editorial

Las contribuciones serán presentadas y sometidas a consideración del Consejo Editorial, conformado por un equipo de destacados juristas y científicos sociales con experiencia en la investigación, el que determinará si corresponde a la línea editorial de la revista y si requiere pasar a un proceso de evaluación por pares, de lo contrario será devuelto a su autor.

Sistema de arbitraje y revisión por pares

El sistema de arbitraje se realiza en dos etapas, en la primera de ellas, se verificará que el artículo cumpla con los aspectos formales: esta criba es realizada por un especialista designado por el presidente del Consejo Editorial. De no cumplir con las normas estipuladas por la revista estos manuscritos serán devueltos a los autores para que se realicen los ajustes correspondientes.

En la segunda etapa se evalúa el contenido y el aporte científico del artículo, para lo cual es remitido a un revisor experto, que evalúa como par externo el trabajo, a doble ciego (los árbitros no conocen la identidad de los articulistas y viceversa). Luego, el dictamen será comunicado

en un plazo no mayor a 30 días. El proceso de dictamen exige anonimato en todo momento. En caso de que el árbitro emita dictamen rechazando el artículo se convocará a uno nuevo para que dictamine. Si este último emite un dictamen en contra de la opinión del primero, se convocará a un tercero para que dirima la controversia.

El editorial, la semblanza y el artículo histórico, son evaluados solo por un miembro del Consejo Editorial.

El artículo tiene tres modalidades de evaluación:

- Está listo para publicar.
- Han de llevarse a cabo algunas modificaciones.
- No se recomienda su publicación.

Los articulistas pueden preguntar en todo momento sobre el proceso de arbitraje de su manuscrito. Los autores son comunicados por el Consejo Editorial sobre la decisión tomada por los pares evaluadores. Si se formularan observaciones, estas deberán ser evaluadas por los articulistas, quienes informarán en un plazo no mayor a 30 días; transcurrido dicho lapso, el artículo será considerado como nuevo en la lista de espera.

Los trabajos aceptados y editados son remitidos a los articulistas para su revisión, estos serán devueltos acompañados de una carta de conformidad para su publicación en el número respectivo de la revista, en el lapso de 30 días. Cada autor recibirá un ejemplar impreso.

Las opiniones y datos que figuran en esta revista son responsabilidad de los autores. Si un trabajo es aceptado para su publicación, los derechos de impresión y reproducción por cualquier forma y medio son de la revista.

Proceso final

Las contribuciones que son aprobadas para su publicación pasarán el proceso final de edición. Las pruebas de imprenta serán presentadas a los autores para el control respectivo. Los cambios que se puedan realizar solo serán en corrección de estilo, corrección de inglés, más no de contenido. Las pruebas deben ser devueltas en un plazo máximo de siete días por los autores, de lo contrario se dará por aceptada la versión final.

RULES FOR PUBLICATION - INFORMATION FOR AUTHORS

Presentation of contributions

Contributions submitted may be scientific articles and final reports of theoretical or field research work, related to the scientific, academic and professional field of law and related disciplines.

It is not necessary to be a teacher or graduate of the University of San Martín de Porres for the presentation of contributions. It is enough to have an academic degree or a degree in Law, Philosophy, Ethics or Social Sciences.

Contributions submitted may be original articles, review articles, opinion articles, case analysis articles, articles of history and semblances.

General rules

Contributions must be original and unpublished and may not be postulated simultaneously for publication in other journals.

In order to be publishable, the works must conform, in both format and content, to the standards of the American Psychological Association (APA), in its latest edition.

The contributions must be written in Spanish, in Times New Roman font, font size 12 picas, with simple space and margins of 25 mm.

It is the journal's policy to prioritize the publication of articles in accordance with the topics of interest.

Shipping of items

The proposed contributions for publication may be sent with an electronic letter addressed to the President of the Editorial Board of the journal to the electronic address of the Institute of Legal Research: investiga_derecho@usmp.pe, mentioning the title and the author (s) from work.

They can also be sent via the Open Journal System (OJS) system, by logging in and / or

registering from the main menu (<http://www.aulavirtualusmp.pe/ojs/index.php/VJ/index>). Once registered you will receive a message to your email confirming the registration and the data to access the system, in which you can follow the process of your contribution.

Mandatory documents to submit

The author must attach the following documents to his contribution:

1. Letter addressed Chairman of the Editorial Board of the journal *Vox Juris*, requesting the evaluation of his contribution.
2. Affidavit and authorization to publish, duly signed, acknowledging that the submitted contribution is your intellectual property and has not been published or submitted for evaluation in another journal.
3. Institutional affiliation.
4. Authorship contributions.
5. Source of financing.
6. Declaration of conflicts of interest.
7. Correspondence data.

Structure of the articles

Extension: Minimum 12 pages. On each page, minimum 28 lines of text.

Typography: Times New Roman 12 points.

The first page should include the title of the work in Spanish and translated into English; full name of the author (s), institutional affiliation, e-mail address and country; abstract and abstract, not to exceed 250 words (should reflect the purpose of the study, method and main results or conclusions); keywords, with a minimum of three and a maximum of six, sorted alphabetically and translated into English.

Next, the introduction, which should not exceed two pages and should contain the problem statement, the objectives of the research, justification of the work and a brief description of each chapter.

Next, the development of work in chapters and sub-chapters; or paragraphs and sub paragraphs.

The original article: It contains an unpublished research, as the final product of a field scientific investigation, that shows and discusses the results.

The review article: Synthesize, analyze and update a topic. It is an original and unpublished research, carried out in a library.

The opinion article: Exposes and argues the thought of a recognized person about a topic. Its extension should not be more than six pages.

The article of case analysis: Discusses a legal case of evident general interest and topicality. Its length should not exceed six pages.

The historical article: Narrates and exposes transcendental events in the scientific areas of the journal.

Semblance: Biographical article of a national or foreign jurist whose scientific or professional work has had a particular influence on the law or its teaching and research.

Considerations of figures and tables

Figures are drawings, maps, photographs, diagrams, statistical graphs, diagrams or any illustration other than table.

Tables are elements that contain the necessary information, in content and title, to be interpreted without having to refer to the text. They have only horizontal lines to separate the header from the body of the table. They should not include vertical lines.

Articles containing figures and tables must include a summary of these following the main summary.

Quotes of text and bibliographical references

The citations of text and bibliographical references follow the style of APA citation in its last edition.

Co-authorship

In accordance with the COPE standards and considering that an article is the result of a previous research or academic work, there are two dimensions to consider in contributions to an article:

Research: In this dimension are the contributions that can be made (1) in the research design; or (2) in the acquisition; or (3) in the analysis and interpretation of the data.

The article itself: In this other dimension are the contributions that can be made (4) in the draft article; or (5) in the critical review of it in intellectually important aspects.

In both dimensions substantial or critical contributions are necessary. Therefore, an observation, a comment or a mere exchange of opinions, for example, does not qualify as substantial contributions. In addition, it is not enough to contribute to one of the two dimensions, although it has been substantially. There must be a contribution to both: research and article.

In summary, in order to be part of the authorship of an article, it is necessary:

Have made significant contributions in at least one of the sections listed from 1 to 3; have contributed at least one of the sections 4 to 5; and have approved the final version of the article.

If someone has satisfied one or two of the conditions, but not all three, then we can: a) mention that person in the acknowledgments; or b) cite any of its publications as long as it is directly related to the article and we have used ideas from it; but we cannot add it as co-author.

Ethical considerations in research and publication

Vox Juris magazine adheres to the ethical standards in force in scientific research and publication, during the review and publication process. The recommendations of the University Ethics Committee and the Ethics Committee in Publication (COPE) will be followed. The most common forms of ethical misconduct in publications are plagiarism, honorary or fictitious authorship, data manipulation and attempted duplicate or redundant publication. The magazine's similarity reporting software is the Turnitin.

Disclaimer of liability

The journal does not necessarily sympathize with the opinion of the authors of the contributions.

Payments for publication of articles

the journal has no charges or fees for the publication of the contributions sent by the authors or charges for the receipt of the articles.

Editorial process

The contributions will be presented and submitted to the Editorial Board, made up of a team of outstanding jurists and social scientists with experience in the research, which will determine if it corresponds to the editorial line of the journal and if it requires an evaluation process by pairs, otherwise it will be returned to its author.

Arbitration system and pair review

The arbitration system is carried out in two stages, in the first one, it is verified that the article complies with the formal aspects: this sieve is made by a specialist appointed by the president of the Editorial Board. Failure to comply with the standards stipulated by the journal these manuscripts will be returned to the authors to make the corresponding adjustments.

In the second stage, the content and the scientific contribution of the article are evaluated, for which it is sent to an expert reviewer, who evaluates the external pair of work, double blind (referees do not know the identity of the writers and vice versa). Then, the opinion will be communicated within a period of no more than 30 days. The opinion process requires anonymity at all times. In the event that the arbitrator issues an opinion rejecting the article, a new one will be summoned to give

an opinion. If the latter issues an opinion against the opinion of the former, a third party will be summoned to settle the dispute.

The editorial, the semblance and the historical article, are evaluated only by a member of the Editorial Board.

The article has three modes of evaluation:

- You are ready to publish.
- Some changes have to be made.
- Not recommended for publication.

Article writers can ask at any time about the arbitration process of their manuscript. The authors are informed by the Editorial Board of the decision taken by the evaluating peers. If observations are made, these should be evaluated by the writers, who will report within a period of no more than 30 days; after this lapse, the article will be considered as new in the waiting list.

Accepted and edited works are sent to journalists for review, these will be returned accompanied by a letter of agreement for publication in the respective issue of the magazine, within 30 days. Each author will receive a printed copy.

The opinions and data contained in this journal are the responsibility of the authors. If a work is accepted for publication, the rights of printing and reproduction by any means and means are from the journal.

Final process

Contributions that are approved for publication will go through the final editing process. The proofs of printing will be presented to the authors for the respective control. The changes that can be made will only be in correction of style, correction of English, but not of content. The proofs must be returned within a maximum period of seven days by the authors, or otherwise the final version will be accepted.

VOX JURIS 39 N° 1

Se diagramó en el

Fondo Editorial USMP

Jr. Las Calandrias 151-291, Santa Anita, Lima 43 -Perú

Correo electrónico: fondoeditorial@usmp.pe

Teléfono: (51-1) 362-0064 anexo: 3262

Noviembre 2020 Lima - Perú