

ISSN (Impreso): 1812-6804

ISSN (En línea): 2521-5280

DOI://doi.org/10.24265/voxjuris

VOX JURIS

43

Nº 1
2025

Lima - Perú Vol. 43 Nº 1 191pp.



USMP
UNIVERSIDAD DE
SAN MARTÍN DE PORRES

Facultad de Derecho

Vox Juris está multi indizada en:





USMP
UNIVERSIDAD DE
SAN MARTÍN DE PORRES

Facultad
de Derecho

REVISTA DE DERECHO
VOX JURIS

Volumen 43, Número 1

2025

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 Active Research Result, Actualidad Iberoamericana, Alicia, AmeliCA, Aura, Base, Berkeley Law, Biblat, Biblioteca Electrónica de Ciencia y Tecnología, Bibliotheksservice-Zentrum Baden-Württemberg, CLACSO, Citefactor, Clase, CIRC, CORE, Crossref, Dialnet, Dimensions, DOAJ, DRJI, EBSCO, Emerging Sources Citation Index de Web of Science, Erihplus, EUROPUB, EZB, Fatcat!, Google Académico, Hein Online, HEUPO, Hollis Harvard, I2OR, Index Copernicus International, Infobase Index, International Innovative Journal Impact Factor, International Scientific Indexing (ISI), Journal Index.org, Journal Tocs, La Referencia, LatAm Studies (Estudios Latinoamericanos), Latindex, Latindex (version online), LatinREV, Latioamericana Revistas, LENS.ORG, Miar, Microsoft Academic Search, Mir@bel, OAJI.net, OCLC Worldcat, Open Access, Open AIRE Explore, Portal de Periódicos/CAPES, Quality Open Access Market, Rebiun, Red Académica Diálogos en Mercosur, REDIB, ResearchBib, Rootindexing, Science Research, Scientific Indexing Services, SCILIT, Semantic Scholar, SUDOC, Ulrich's Periodical Directory, UNAM, Universidad de Salamanca, University Library RWTH Aachen University, VLEX, Wikidata, Wilbert, Zeitschriften Datenbank, Zenodo.

VOX JURIS 43 N° 1

CONSEJO EDITORIAL

Presidente: Dr. Dr. Dr. H. C. Múlt. Gino Ríos Patio

- Director del Instituto de Investigación Jurídica 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.
- Doctor en Criminología por la Universidad Humani Mundial.

Miembros:

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. Dr. Mult.h.c. Antonio María 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.

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. Antonio Silva Esquinas

- Doctor cum laudem en Criminología y Antropología (UNED), profesor contratado doctor con sexenio de investigación (ANECA), coordinador de titulación en el Grado en Criminología de la Universidad Europea. Ostenta el grado de etnógrafo y metodólogo principal en GCIPS (Grupo de Conocimiento-Investigación en Problemáticas Sociales).
- Áreas de especialización: epistemología y metodología etnográfica; ética en investigación social y; género, desviación y ciberspacio.

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

Diagramación: Janeth Condori Castro - Fondo Editorial USMP

Equipo editorial: Ximena Isabel Gamarra Jaimes Ramírez y Alexis Jair Ruiz Paucar

Ortografía y textos: Los autores

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.

Los artículos contenidos en este número han sido revisados por pares externos.

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

| | | |
|--------------------------------|---|--|
| Institución editor | : | 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 edición | : | El presente número corresponde al semestre enero - junio 2025. |

**CONTENIDO
CONTENT**

| | | | |
|---|----|---|----|
| Presentación..... | 7 | INTELIGENCIA EMOCIONAL DIGITAL PARA ABOGADOS: UNA APROXIMACIÓN A LA LUZ DEL COACHING ONTOLÓGICO <i>DIGITAL EMOTIONAL INTELLIGENCE FOR LAWYERS: AN APPROACH IN THE LIGHT OF ONTOLOGICAL COACHING</i> Alicia Liceth Miñano Donayre Legal and Financial Management SAC Perú | 55 |
| Editorial | 8 | | |
| Artículo original | | | |
| CÓMO HACEN DOCENCIA QUIENES DEBEN HACER JUSTICIA. ELEMENTOS PARA ANALIZAR LOS VÍNCULOS ENTRE ACADEMIA Y DERECHO <i>HOW THOSE WHO MUST DO JUSTICE DO TEACHING ELEMENTS TO ANALYZE THE LINKS BETWEEN ACADEMIA AND LAW</i> Ezequiel Kostenwein Universidad Nacional de La Plata Argentina..... | 11 | IMPLICACIONES DE LA TRANSFORMACIÓN DIGITAL EN EL ÁMBITO LABORAL Y SU IMPACTO EN LAS SITUACIONES DE ACOSO LABORAL O <i>MOBBING</i> <i>IMPLICATIONS OF DIGITAL TRANSFORMATION IN THE WORKPLACE AND ITS IMPACT ON WORKPLACE HARASSMENT OR MOBBING SITUATIONS</i> Juan Esteban Aguirre Espinosa Universidad Católica Luis Amigó Dany Steven Gómez Agudelo Universidad Católica Luis Amigó Sebastián Díaz Bolívar Universidad Católica Luis Amigó Colombia | 66 |
| Artículos de revisión | | | |
| EL JUEZ DE EJECUCIÓN PENAL Y LA EFECTIVIZACIÓN DE LOS BENEFICIOS PENITENCIARIOS <i>THE CRIMINAL EXECUTION JUDGE AND THE IMPLEMENTATION OF PENITENTIARY BENEFITS</i> Elizabeth Rosmery Huamán García Universidad de San Martín de Porres Perú | 25 | INVERTIR EN VERDE: COMENTARIOS SOBRE LA LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE ORIGEN DE UNA INVERSIÓN Y SU EFECTO EN LA INDUSTRIA DEL CANNABIS <i>BET ON GREEN: A COMMENT ON THE LEGISLATION-OF-ORIGIN OF AN INVESTMENT AND ITS EFFECTS ON INVESTMENTS IN THE CANNABIS INDUSTRY</i> Jorge Humberto Barba Radanovich Universidad de Lima José Miguel Barba Radanovich Universidad de San Martín de Porres Perú | 82 |
| ASPECTOS SOCIALES Y JURÍDICOS DE LA CONFIANZA EN EL CAMPO DEL DERECHO: A PROPÓSITO DEL PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGÍTIMA Y SU VINCULACIÓN CON EL ESTADO DE DERECHO <i>SOCIAL AND LEGAL ASPECTS OF TRUST IN THE FIELD OF LAW: REGARDING THE PRINCIPLE OF LEGITIMATE TRUST AND ITS CONNECTION WITH THE RULE OF LAW</i> César Luis Correa Zúñiga Universidade da Coruña España | 39 | | |

UNA CORTE SUPREMAMENTE
INSEGURA: SOBRE CRITERIOS E
INTERPRETACIONES DE NUESTRO MÁS
ALTO TRIBUNAL DE JUSTICIA SOBRE
EL MODIFICADO ARTÍCULO 84 DEL
CÓDIGO PENAL PERUANO
*A SUPREMELY INSECURE COURT: ABOUT
OUR HIGHEST TRIBUNAL OF JUSTICE
CRITERIA AND INTERPRETATION ON THE
PERUVIAN CRIMINAL CODE'S MODIFIED
ARTICLE 84*
Diego Alonso Noronha Val
Universidad Nacional Mayor de San
Marcos
Perú 98

CRIMINOLOGÍA DEL GENOCIDIO
REFLEXIONES EN TORNO A LA
RESPONSABILIDAD CRIMINAL DE LUIS
ECHEVERRÍA DURANTE LA GUERRA
SUCIA
*THE CRIMINOLOGY OF GENOCIDE
REFLECTIONS ON CRIMINAL
RESPONSIBILITY OF LUIS ECHEVERRÍA IN
DIRTY WAR CRIMES*
Alan García Huitrón
Centro de Investigación (CDI) de Flores
Serna & Asociados
México 124

¿AUTORIZACIÓN IMPLÍCITA?
LA VIOLACIÓN DEL SECRETO
BANCARIO EN LOS PROCEDIMIENTOS
SANCIONADORES EN PROTECCIÓN AL
CONSUMIDOR
*IMPLIED AUTHORIZATION? VIOLATION
OF BANK SECRECY IN CONSUMER
PROTECTION PROCEDURES THAT DEAL
WITH PASSIVE OPERATIONS*
Ayrton Erick Huamán Núñez
Universidad de Piura
Omar Alfredo Damián Medina
Universidad Nacional Mayor de San
Marcos
Perú 140

ANÁLISIS DE LA APLICACIÓN
DE LAS TÉCNICAS ESPECIALES
DE INVESTIGACIÓN: AGENTES
ENCUBIERTO, ESPECIAL, REVELADOR
Y VIRTUAL EN LA LUCHA CONTRA EL
CRIMEN ORGANIZADO: A PROPÓSITO
DEL DECRETO LEGISLATIVO 1611
QUE MODIFICÓ EL ARTÍCULO 341 DEL
CODIGO PROCESAL PENAL PERUANO
*ANALYSIS OF THE APPLICATION OF
SPECIAL INVESTIGATION TECHNIQUES:
COVERT, SPECIAL, REVEALING AND
VIRTUAL AGENTS IN THE FIGHT AGAINST
ORGANIZED CRIME: REGARDING
LEGISLATIVE DECREE 1611 WHICH
MODIFIED ARTICLE 341 OF THE
PERUVIAN CRIMINAL PROCEDURE CODE*
Livyn Yurely Aguinaga Vidarte
Ministerio Público
Perú 151

EL MOSAICO DE VENTANILLAS ÚNICAS
DEL COMERCIO
*THE MOSAIC OF SINGLE WINDOW FOR
TRADE*
Viktor Nikiforovich Sidorov
Universidad Estatal de Derecho de Moscú
O. E. Kutafin
Rusia
Elena Victorovna Sidorova
Universidad Carlos III de Madrid
España 160

CORTE CONSTITUCIONAL Y
JURISDICCIÓN ESPECIAL INDÍGENA:
TRANSFORMACIONES Y AVANCES EN
COLOMBIA
*CONSTITUTIONAL COURT AND
SPECIAL INDIGENOUS JURISDICTION:
TRANSFORMATIONS AND ADVANCES IN
COLOMBIA*
Jairo Vladimir Llano Franco
Universidad Nacional Abierta y a
Distancia –UNAD
Nicole Velasco Cano
Universidad Nacional Abierta y a
Distancia- UNAD
Andrés Felipe Roncancio
Universidad Cooperativa de Colombia
Colombia 173

PRESENTACIÓN

Vox Juris es una publicación científica de periodicidad semestral de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres. 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 Attribution 4.0, licencia pública internacional CCBY- NC-ND. Está disponible a texto completo en la siguiente página web: <http://www.aulavirtualusmp.pe/ojs/index.php/VJ/indexVox>. Se encuentra indizada en: Active Research Result, Actualidad Iberoamericana, Alicia, AmeliCA, Aura, Base, Berkeley Law, Biblat, Biblioteca Electrónica de Ciencia y Tecnología, Bibliotheksservice-Zentrum Baden-Württemberg, CLACSO, Citefactor, Clase, CIRC, CORE, Crossref, Dialnet, Dimensions, DOAJ, DRJI, EBSCO, Emerging Sources Citation Index de Web of Science, Erihplus, EUROPUB, EZB, Fatcat!, Google Académico, Hein Online, HEUPO, Hollis Harvard, I2OR, Index Copernicus International, Infobase Index, International Innovative Journal Impact Factor, International Scientific Indexing (ISI), Journal Index.org, Journal Tocs, La Referencia, LatAm Studies (Estudios Latinoamericanos), Latindex, Latindex (version online), LatinREV, Latioamericana Revistas, LENS.ORG, Miar, Microsoft Academic Search, Mir@bel, OAJI.net, OCLC Worldcat, Open Access, Open AIRE Explore, Portal de Periódicos/CAPES, Quality Open Access Market, Rebiun, Red Académica Diálogos en Mercosur, REDIB, ResearchBib, Rootindexing, Science Research, Scientific Indexing Services, SCILIT, Semantic Scholar, SUDOC, Ulrich's Periodical Directory, UNAM, Universidad de Salamanca, University Library RWTH Aachen University, VLEX, Wikidata, Wilbert, Zeitschriften Datenbank, Zenodo.

Copyright 2025 FADE-USMP

Depósito legal: 95-0895

ISSN: 1812-6804 (Impreso)

ISSN: 2521-5280 (En línea)

EDITORIAL

La convergencia entre la ciencia jurídica y la investigación es esencial para el desarrollo del derecho contemporáneo. Esta integración permite la aplicación de métodos científicos en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas, empleando herramientas tanto empíricas como comparativas. De esta manera, se promueve un enfoque interdisciplinario que enriquece la comprensión del derecho y facilita su adaptación a los constantes cambios sociales, tecnológicos y culturales. Este proceso no solo fomenta la innovación en el ámbito jurídico, sino que también fortalece la capacidad del sistema legal para responder a desafíos complejos y emergentes.

En este sentido, la presente edición de la revista *Vox Juris* incluye artículos de gran relevancia y actualidad, que reflejan la importancia de esta sinergia entre la ciencia jurídica y la investigación, y ofrecen análisis profundos sobre diversas problemáticas contemporáneas.

En primer lugar, se presenta el artículo “Cómo hacen docencia quienes deben hacer justicia. Elementos para analizar los vínculos entre academia y derecho” de Ezequiel Kostenwein (Universidad Nacional de La Plata, Argentina). Este trabajo examina las percepciones de los operadores de la justicia penal sobre la relación entre su labor docente y la formación jurídica, explorando cómo estas interacciones impactan en sus prácticas profesionales.

A continuación, Elizabeth Rosmery Huamán García (Universidad de San Martín de Porres, Perú) ofrece un análisis exhaustivo en “El juez de ejecución penal y la efectivización de los beneficios penitenciarios”, donde aborda los desafíos en la administración de la ejecución penal y aboga por la judicialización de este proceso para proteger los derechos fundamentales de los condenados.

César Luis Correa Zúñiga (Universidade da Coruña, España) en su artículo “Aspectos sociales y jurídicos de la confianza en el campo del derecho: A propósito del principio de confianza legítima y su vinculación con el Estado de derecho” explora la importancia histórica y dogmática del concepto de confianza legítima, destacando su relevancia en la administración pública y en la interacción entre el Estado y los ciudadanos.

Alicia Liceth Miñano Donayre (Legal and Financial Management SAC, Perú) contribuye con su trabajo “Inteligencia emocional digital para abogados: Una aproximación a la luz del *coaching* ontológico”, que explora la necesidad de adaptar la inteligencia emocional a la comunicación digital, especialmente en el ámbito jurídico, proponiendo un conjunto de competencias emocionales específicas para los abogados.

Juan Esteban Aguirre Espinosa, Dany Steven Gómez Agudelo, y Sebastián Díaz Bolívar (Universidad Católica Luis Amigó, Colombia) presentan “Implicaciones de la transformación digital en el ámbito laboral y su impacto en las situaciones de acoso laboral o *mobbing*”, donde analizan cómo las nuevas modalidades de trabajo digital han incrementado los riesgos de acoso laboral, y proponen la adaptación de las normativas laborales para abordar estos desafíos.

Jorge Humberto Barba Radanovich y José Miguel Barba Radanovich (Universidad de Lima y Universidad de San Martín de Porres, Perú) abordan en “Invertir en verde: Comentarios sobre la legislación del estado de origen de una inversión y su efecto en la industria del *cannabis*”, el marco legal que rige las inversiones en la industria del cannabis, destacando las obligaciones de los Estados en la protección de estas inversiones.

Diego Alonso Noronha Val (Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú) en su artículo “Una Corte supremamente insegura: Sobre criterios e interpretaciones de nuestro más alto tribunal de justicia sobre el modificado artículo 84 del Código Penal peruano”, critica la variabilidad en la jurisprudencia sobre la suspensión de la prescripción penal, y cómo esta inconsistencia afecta la seguridad jurídica.

Alan García Huitrón (Centro de Investigación CDI de Flores Serna & Asociados, México) reflexiona en “Criminología del genocidio: Reflexiones en torno a la responsabilidad criminal de Luis Echeverría durante la Guerra Sucia” sobre el papel del expresidente mexicano en la

desaparición forzada durante la Guerra Sucia, concluyendo que actuó como parte de una empresa criminal genocida.

Ayrton Erick Huamán Núñez y Omar Alfredo Damián Medina (Universidad de Piura y Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú) en “¿Autorización implícita? La violación del secreto bancario en los procedimientos sancionadores en protección al consumidor”, examinan la legalidad de los requerimientos de información bancaria por parte de Indecopi, y cómo estos pueden violar principios constitucionales.

Livyn Yurely Aguinaga Vidarte (Ministerio Público, Perú) presenta “Análisis de la aplicación de las técnicas especiales de investigación: Agentes encubierto, especial, revelador y virtual en la lucha contra el crimen organizado. A propósito del Decreto Legislativo 1611 que modificó el artículo 341 del Código Procesal Penal Peruano”, donde estudia las nuevas técnicas de investigación incorporadas en la lucha contra el crimen organizado, subrayando la necesidad de respetar los derechos fundamentales en su aplicación.

Víctor Nikiforovich Sidorov (Universidad Estatal de Derecho de Moscú O. E. Kutafin, Rusia) y Elena Victorovna Sidorova (Universidad Carlos III de Madrid, España) en su artículo “El mosaico de ventanillas únicas del comercio”, exploran la diversidad de sistemas de ventanilla única en el comercio global, y su importancia en la simplificación e integración de procesos comerciales a nivel internacional.

Finalmente, Jairo Vladimir Llano Franco, Nicole Velasco Cano, y Andrés Felipe Roncancio (Universidad Nacional Abierta y a Distancia – UNAD y Universidad Cooperativa de Colombia) en “Corte Constitucional y Jurisdicción Especial Indígena: transformaciones y avances en Colombia”, analizan el impacto de la Corte Constitucional en el reconocimiento de la Jurisdicción Especial Indígena, y su contribución a la diversidad cultural y el pluralismo jurídico en Colombia.

Con suma complacencia, los invitamos a leer este número de la revista *Vox Juris*, que reúne trabajos de alta relevancia y rigor académico. Los artículos presentados abordan temas cruciales para el derecho contemporáneo, proporcionando análisis profundos que enriquecerán tanto la teoría como la práctica jurídica. La lectura de esta edición es esencial para quienes desean comprender los desafíos y avances que enfrenta el derecho en un mundo en constante evolución.

Dr. Dr. Dr. Dr. H.c. mult. Gino Ríos Patio
Presidente del Consejo Editorial
Revista Vox Juris

ARTÍCULO ORIGINAL

CÓMO HACEN DOCENCIA QUIENES DEBEN HACER JUSTICIA. ELEMENTOS PARA ANALIZAR LOS VÍNCULOS ENTRE ACADEMIA Y DERECHO

HOW THOSE WHO MUST DO JUSTICE DO TEACHING ELEMENTS TO ANALYZE THE LINKS BETWEEN ACADEMIA AND LAW

Ezequiel Kostenwein
<https://orcid.org/0000-0003-0191-3744>
CONICET, Universidad Nacional de La Plata
ezequielkostenwein@gmail.com
Argentina

Recibido: 1 de febrero del 2024.

Aceptado: 18 de junio de 2024.

SUMARIO

- Introducción
- Metodología
- Resultados
- Conclusiones
- Fuentes de información

RESUMEN

En este trabajo abordaremos cuatro cuestiones ligadas a las percepciones que ofrecen los integrantes de la justicia penal acerca de esta institución y de la academia en la que dan clases. Para ello, comenzamos con una introducción a la temática de las prácticas docentes universitarias y su relación con la formación jurídica. Acerca de los hallazgos más relevantes, pudimos analizar algunos esquemas judiciales sobre la academia, o más en concreto, el tiempo que le destinan a la actividad docente nuestros entrevistados, y qué consecuencias posee esto último. También identificaremos los atributos del universo académico ligados a las caracterizaciones que realizan los operadores jurídicos acerca del ámbito docente, bajo el presupuesto de que estas caracterizaciones juegan un rol valioso en sus prácticas cotidianas. Por último, surgió como destacado el tema de sus trayectorias en ambos lugares, es decir, cómo para ellos ha sido más sencillo ingresar y progresar en el ámbito judicial o en el académico, junto a los efectos que todo esto acarrea. Respecto de la metodología, utilizamos la técnica de “bola de nieve”, entrevistando a doce miembros de la justicia penal: si bien se trata de una contribución de tipo exploratoria logramos avanzar en algunas categorizaciones

a partir de ciertas similitudes que pudimos observar.

PALABRAS CLAVE: academia, actores, atributos, justicia penal

ABSTRACT

In this work we will address four questions linked to the perceptions offered by members of the criminal justice system about this institution and the academy where they teach. To do this, we begin with an introduction to the topic of university teaching practices and their relationship with legal training. Regarding the most relevant findings, we were able to analyze some judicial schemes about the academy, or more specifically, the time that our interviewees allocate to teaching activity, and what consequences the latter has. We will also identify the attributes of the academic universe linked to the characterizations made by legal operators about the teaching field, under the assumption that these characterizations play a valuable role in their daily practices. Finally, the topic of their trajectories in both places emerged as a highlight, that is, how it has been easier for them to enter and progress in the judicial or academic field, along with the effects that all this entails. About the methodology, we used the “snowball” technique, interviewing twelve members of the criminal justice system: although it is an exploratory contribution, we managed to advance some categorizations based on certain similarities that we were able to observe.

KEYWORDS: academy, actors, attributes, criminal justice

INTRODUCCIÓN

El presente artículo es parte de una investigación más amplia que analiza los itinerarios de integrantes de la justicia penal que, en paralelo, llevan adelante actividades docentes en el plano universitario público y privado, así como en espacios de capacitación para otros miembros del Poder Judicial. En trabajos anteriores nos concentramos en los modos a partir de los cuales estos actores en vínculo con la academia acceden a la justicia penal, junto a las características más destacadas que les atribuyen a los tribunales (Kostenwein, 2023). Al respecto, observamos que existen quienes comenzaron sus itinerarios judiciales como primera experiencia laboral y la continúan desarrollando en la actualidad; están también quienes poseen un cargo en la administración de justicia sin haber pasado por los escalafones iniciales, ya que disponían de algún capital acumulado que les permitió un atajo respecto del sendero jerárquico instituido; un tercer grupo es el de quienes ejercieron primero la profesión liberal y posteriormente ingresaron a los tribunales: trabajaron *con* el ámbito judicial y posteriormente trabajaron *en* el ámbito judicial; y por último, identificamos a aquellos que desarrollaron trayectorias diletantes vinculadas a desplazamientos extrajudiciales que no pueden analizarse de manera lineal: los ingresos, las salidas y los regresos a la justicia penal es aquello que define dichas trayectorias diletantes. Al adentrarnos en los elementos que caracterizan el ámbito judicial según estos actores en vínculo con la academia, uno de ellos es el de los contactos a partir de los cuales se puede ingresar a la justicia, considerándose estos vínculos un requisito sustancial para que el resto de los eventos comiencen a producirse. Otro componente que aparece para caracterizar el espacio judicial es el lugar de la costumbre, que involucra la definición de cómo se deben hacer ciertas cosas hasta cómo no está bien visto que otras cosas se hagan. Un tercer elemento es el que ensambla antigüedad, permanencia y ascensos: algunos actores judiciales en vínculo con la academia los piensan de modo peyorativo, dado que existe una mirada crítica al fundamento del progreso como mero efecto del paso del tiempo. Por último, un factor sugerido por ciertos operadores jurídicos respecto de los tribunales es el del mérito, que si bien no es definido de modo exhaustivo, sí lo suelen enfrentar a otro elemento ya mencionado que es el de los contactos, dado que son estos contactos los que generan que el propio mérito tenga escasa importancia en tanto principio ordenador en el desarrollo de las trayectorias judiciales.

También reparamos en los sentidos judiciales del gusto y del disgusto, reconstruyendo cómo iniciaron sus tareas en la docencia y si estas iniciaciones tuvieron algún vínculo con sus carreras en tribunales (Kostenwein, 2024). Así las cosas, ¿qué les gusta a los actores en vínculo con la academia de la justicia penal a la que pertenecen? En este aspecto, uno de los gustos señalados es el de la previsibilidad laboral del ámbito judicial, la cual brinda certezas y permite anticiparse al futuro de cara al porvenir en general. Otro de los gustos enunciados se vincula con la posibilidad de llevar adelante las tareas con autonomía, la cual involucra dos aspectos concretos: la libertad con la que se pueden tomar ciertas decisiones y la posibilidad de producir cambios en las rutinas judiciales. La antítesis de lo que acabamos de señalar es lo judicial *hecho disgusto*, en el sentido que los operadores jurídicos manifiestan contrariedad o incluso decepción respecto de su entorno. Una de las encarnaciones de este disgusto judicial es aquello que relacionan con la burocracia: partiendo de un acento despectivo, subrayan los efectos nocivos de las costumbres arraigadas para quienes forman parte de la justicia penal. Un segundo disgusto estriba en los condicionamientos que se experimentan por trabajar en el espacio judicial, que pueden estar ligados a la influencia de los escalafones a la hora de tomar decisiones, o que nacen de la capacidad que la propia justicia penal posee para limitar o ser limitada por otros ámbitos de poder. Un último descontento se relaciona con dos esquemas de individualismo que se orientan en dirección contraria: uno de esos individualismos preocupa por las actitudes egoístas que favorece, el otro inquieta por la declinación de cierta ambición necesaria para intentar prosperar en la propia carrera judicial.

METODOLOGÍA

Respecto de este trabajo, abordaremos cuatro ejes: en primer lugar, una introducción a la temática de las prácticas docentes universitarias y su relación con la formación jurídica. Luego, analizaremos algunos esquemas judiciales sobre la academia, o más en concreto, el tiempo que le destinan a la actividad docente nuestros entrevistados. Tercero, identificaremos los atributos del universo académico, ligado a las caracterizaciones que realizan los operadores jurídicos acerca del ámbito docente, bajo el presupuesto de que estas caracterizaciones juegan un rol valioso en sus prácticas. Por último, consideramos significativo indagar por

sus trayectorias en ambos lugares, es decir, les consultamos si para ellos ha sido más sencillo ingresar y progresar en el ámbito judicial o en el académico.

En cuanto a la metodología estrictamente, aplicamos la técnica de “bola de nieve”, entrevistando a doce integrantes pertenecientes a la justicia penal a los que accedimos porque los conocíamos de investigaciones anteriores, o porque informantes clave nos facilitaron sus contactos. Hablamos de seis mujeres y seis varones de diferentes jurisdicciones de Argentina, en concreto, la provincia de Buenos Aires, La Pampa, Neuquén y ciudad autónoma de Buenos Aires. Todos llevan más de 10 años trabajando, tanto en el Poder Judicial como en la actividad docente, de los cuales 8 dictan clases en universidades públicas y 4 en establecimientos privados.

Es importante aclarar que se trata de una contribución de tipo exploratoria que, como tal, no es representativa de la justicia penal en el mencionado país. Dicho esto, si logramos avanzar en algunas categorizaciones a partir de ciertas similitudes observadas para con ello sugerir criterios generales que sirvan de hipótesis (Kelle, 2005). A fin de cuentas, conseguimos indagar en el funcionamiento de la institución judicial, privilegiando a los actores que la integran junto a los sentidos que configuran sus prácticas cotidianas, a partir del trabajo docente y sus puntos de contacto con los esquemas judiciales que, en mayor o menor medida, orientan dichas prácticas. (Donatello y Lorenc Valcarce, 2017).

RESULTADOS

Prácticas docentes universitarias y formación jurídica

Los procesos de enseñanza y aprendizaje en el ámbito de la educación superior son un campo de investigación por derecho propio, respecto del cual se señalan algunos ejes relevantes para problematizar. Uno de ellos tiene que ver con la escasa regularización de los cargos, que termina generando que muchas personas estén al frente del dictado de clases sin contar siquiera con designaciones, mucho menos con un puesto rentado. Esto último sucede por múltiples motivos, como por ejemplo la falta de recursos financieros de las universidades públicas, o su inadecuada utilización por parte de quienes la gestionan, hasta la falta de concursos periódicos

para intentar acceder formalmente a los cargos. Como consecuencia, los itinerarios docentes no siempre reflejan las expectativas de quienes pretenden insertarse en dichas universidades públicas, llegando a optarse en muchos casos por acercarse a otros espacios para dar clases, o incluso abandonar la pretensión de llevar adelante esta tarea. Por supuesto que se trata de procesos complejos que en muchos casos abarcan factores sociales volátiles y coyunturas económico-sociales restrictivas en las que se insertan búsquedas individuales de progreso. De hecho, la movilidad ascendente en este ámbito suele ser menos frecuente que en otras dependencias del Estado, lo que obstaculiza la llegada de recompensas tanto materiales como simbólicas para los docentes (García y Moguillansky, 2014).

Otra cuestión importante es que una parte considerable de los mismos docentes son conocedores de los contenidos de la asignatura que dictan, pero carecen de herramientas didácticas para enseñarla. O dicho más claramente, saben de un tema, pero no saben cómo transmitir, mediante alguna estrategia pedagógica, eso que saben acerca del tema. Este rasgo suele atribuírsele a un tipo de enseñanza que privilegia la profesionalización de los estudiantes, asignándoles un rol poco reflexivo, cuando no pasivo. Para revertir esta situación, suele reclamarse a los docentes que se visualicen no sólo como expertos en alguna disciplina específica, sino que vayan adquiriendo competencias concretas para transmitir su *expertise* teniendo en cuenta las necesidades sociales e institucionales (Montenegro y Fuentealba, 2010).

Un tercer componente, muy ligado al anterior, tiene que ver con los métodos que, hoy en día, se siguen utilizando asiduamente en las aulas universitarias: memorización de los temas trabajados, un aprendizaje de tipo individual, un estilo de evaluación que tiende a reforzar la autoridad del docente y, como consecuencia, la reproducción de un vínculo excesivamente asimétrico con los estudiantes. Es lo que se conoce como una matriz educativa conductista, que considera el proceso de enseñanza y aprendizaje orientado a la provisión de ciertos contenidos, mediante los cuales quienes los están recibiendo vayan acopiándolos paulatinamente. Esto que Paulo Freire (1970) define como educación bancaria se apoya en un estilo de exposición magistral por parte del profesor, complementado por el

premio o el castigo que es aquello que se utiliza para orientar el desempeño de los alumnos en clase. (Tovar-Gálvez y García Contreras, 2012). Por lo tanto, las prácticas desplegadas por quienes están al frente de las clases en el ámbito universitario tienden a relacionarse con la imitación de aquellas personas que otrora fueron sus profesores, o incluso sus colegas que llevan más años ejerciendo la misma tarea, provocando que las herramientas pedagógicas y didácticas queden relegadas respecto de la inspiración o el voluntarismo de los distintos docentes.

Todo esto que acabamos de señalar puede observarse, desde luego con matices, hacia el interior de las facultades de derecho. Esto supone que, como suele suceder con las diferentes unidades académicas, la traducción de dichos elementos se da de un modo singular en la carrera de abogacía. Tal vez el rasgo más saliente de esta última tenga que ver con la impronta positivista en la que son formados sus estudiantes, que contribuye a consolidar un tipo de identidad ligada al aprendizaje de la técnica jurídica, principalmente aquella que resulta útil para el ejercicio de la profesión liberal. En este sentido, cobra gran notoriedad la idea de que el andamiaje legal es una arquitectura coherente que se sustenta en criterios de racionalidad plena, y que debe servir para garantizar el orden social al que ese esquema jurídico pertenece. A su vez, en buena parte de las asignaturas de la carrera se procura desacoplar el mencionado esquema jurídico de las tensiones colectivas en las que tendría que volverse una herramienta para resolver los conflictos. O, dicho de otra manera, todo aquello que evidencia las desigualdades en la comunidad como resultado de relaciones de poder asimétricas, tiende a ser visto en las aulas de las facultades de derecho como un obstáculo, considerando a las normas legales como mecanismos neutrales carentes de cualquier interés.

Hecha esta presentación general, vale aclarar que nuestro universo de entrevistados se compone de personas que están formando a futuros abogados, de los cuales algunos de ellos podrán trabajar luego en el ámbito judicial, o incluso pueden estar haciéndolo mientras cursan la carrera. Específicamente, son docentes en materias relacionadas con criminología, derecho penal y derecho procesal penal, respecto de los cuales nos interesa explorar en sus caracterizaciones sobre la actividad docente. En definitiva, avanzar en estas cuestiones nos

permitirá analizar con más certeza cómo hacen docencia quienes, además, deben hacer justicia.

Esquemas judiciales sobre la academia

Una primera cuestión que nos pareció relevante consultarles a nuestros entrevistados, y que se vincula con los elementos mencionados en el apartado anterior, es por el tiempo que le destinan a la docencia. En concreto, les preguntamos cuántos días le dedican y qué carga horaria les representa la actividad académica, y sus respuestas parecen confirmar algunos de los postulados que la literatura sostiene al respecto, en particular, que no existe una planificación didáctica ni un modelo pedagógico estructurado. En efecto, sólo uno de los actores judiciales mencionó la elaboración de las clases como parte de las tareas consagradas a la docencia.

... Voy los martes y los viernes, una hora y media cada día. No soy la única docente, pero soy la que está a cargo del curso: de cinco clases, yo doy cuatro, *ponele*. A veces tengo alguien que me reemplaza. Y las preparo siempre, dos horas la noche anterior. Puede variar porque hay clases que ya me las se más, pero siempre trato de leer o releer los fallos, ver si hay algo nuevo. Igual trato de no abrirme ya a nuevos temas y son temas que yo veo todo el tiempo en mi trabajo. A mí me gusta la docencia, pero soy como una docente practicante. Más allá de que haya pocas personas que se dedican full-time a la docencia, mi materia es una materia muy práctica. Tiene una parte teórica, pero es una materia muy práctica. No es una materia filosófica (Entrevista 12).

Vale aclarar que, si bien en este testimonio se explicita la preparación de las clases, parece estar hablando de repasar los contenidos más que de llevar adelante una estrategia didáctica concebida para transmitir contenidos específicos. De hecho, en la descripción realizada se observa que los propios tópicos de las clases están estrechamente relacionados con el quehacer cotidiano dentro del ámbito judicial, como por ejemplo la afirmación de que *son temas que yo veo todo el tiempo en mi trabajo*. Incluso en la representación que ofrece sobre su función como profesora, tiene más alcance el saber adquirido en la labor tribunalicia que una planificación pedagógica de los temas a desarrollar. Esto permite analizar mejor la afirmación de que *a mí me gusta la docencia*, junto a la respectiva aclaración, *pero soy como una docente practicante*, puesto que el gusto por la docencia es en realidad el gusto por transferir su saber judicial práctico (Bourdieu, 2001) construido en el espacio tribunalicio, y no por llevar adelante en las

aulas tareas como educadora. Este saber judicial práctico compartido en las aulas es el que se adquiere principalmente en la experiencia laboral diaria, de modo poco reflexivo, y que brinda herramientas para actuar en situaciones concretas, pero no tanto para analizar por qué se actúa de esa manera. En síntesis, la docencia es una tarea que no le exige incorporar ningún saber específico respecto de destrezas pedagógicas puntuales, y como consecuencia, lo que ha incorporado del trabajo judicial cotidiano es suficiente para poder enunciarlo frente a los alumnos.

Tal como lo habíamos adelantado, el resto de los testimonios sugieren que el tiempo destinado a las actividades académicas es aquel vinculado al hecho de ir a la facultad, sea para dictar clases, sea para concretar otros compromisos afines. Ser docente, en definitiva, es estar en el ámbito físico de la universidad, reforzándose la idea de que el trabajo ligado a la docencia no exige “un tipo de conocimiento acerca de la compleja tarea de enseñar, tan fundamental como el desarrollo y producción de conocimientos de la disciplina que enseñan e investigan” (Montenegro y Fuentealba, 2010, p. 264). De allí que ir a la facultad es un ritual de cristalización y puede, en ocasiones, transformarse también en una aventura multipropósito.

...Fue variando con el tiempo, pero en los últimos diez años yo tengo una ida fija que son los lunes de 18 a 21 hs que doy posgrado, y tengo mi curso de grado que es martes y viernes de 17 a 18.30 de las cuales, una de las dos veces, voy también. Por eso, mínimo, son dos veces por semana. Pero te agregaría que otra vez más voy, sea por un seminario de cátedra o algún congreso o alguna reunión, o alguna conferencia. O sea, en promedio voy tres veces por semana (Entrevista 4).

Acá se combinan varias labores como cursos de grado, posgrado, seminarios o conferencias, las cuales facilitan, en especial las mencionadas conferencias, un estilo magistral de presentación por parte del docente. Si bien esto no puede inferirse del testimonio que compartimos, sí permite preguntarnos acerca de cómo los estudiantes son vistos por los docentes en la carrera de abogacía: si aquellos son considerados, en lo fundamental, sujetos que deben acumular conocimiento sin cuestionarse demasiado los contenidos o, por el contrario, si son percibidos como individuos activos que se apropian de esos contenidos llevando adelante prácticas reflexivas. Está claro que la realidad es menos esquemática que este planteo, sin embargo, poner en discusión estas dos representaciones

puede ser importante si tenemos en cuenta que, para una buena cantidad de profesores de la facultad de derecho, la docencia se circunscribe principalmente al hecho de ir a la facultad.

Por otro lado, hay actores judiciales para los cuales dictar clases sigue siendo un elemento asociado a la función docente, sin embargo, este elemento se vuelve una actividad algo más esporádica, incorporándose otras tareas como la elaboración de programas o la determinación de criterios de evaluación.

...En una facultad que estoy como titular, ya no voy, me encargo de armar los planes de estudio y cómo armar los parciales, y las clases la dictan parte del equipo docente. En la Universidad de Buenos Aires tengo dos comisiones, miércoles y sábados, y ahí voy a dar los teóricos cada 15 días. En José C. Paz voy los viernes, cada 15 días también porque ahí tengo una adjunta: un viernes yo, un viernes ella (Entrevista 7).

Como se puede observar, estamos frente a un actor judicial que posee cargos docentes en, al menos, tres instituciones académicas, lo cual es un fenómeno poco habitual. A su vez, nos facilita advertir cómo ciertas tareas comienzan a reconfigurarse, especialmente cuando se llega al cargo de titular de cátedra: allí el encuentro con los alumnos deja de ser ocasional para transformarse prácticamente en nulo. Al respecto, lo que resulta paradójico es que cuando el rol supone algún tipo de planificación, como armar los planes de estudio o elaborar los parciales, parece ir cesando la función docente en el espacio áulico. Si bien no estamos en condiciones de afirmarlo categóricamente, a modo de conjetura advertimos que la planificación de tipo estratégica crece en la medida que el dictado de clases languidece.

Más allá de que los testimonios que ofrecimos en este apartado evidencian sus respectivas particularidades, surgen algunas cuestiones que tienen en común, como por ejemplo alejarse de un enfoque de la docencia vinculado al uso de herramientas didácticas, desconociendo cómo estas últimas pueden ser útiles para el progreso de la enseñanza dentro del aula (Manso, 1999). En este sentido, vemos ciertas continuidades entre nuestros entrevistados y aquello que afirma la literatura especializada sobre docencia universitaria, especialmente por la relevancia que se observa en el conocimiento práctico y la ausencia de estrategias pedagógicas. También es importante destacar que para los actores judiciales en general, y para nuestros entrevistados en particular, el trabajo docente

resulta subsidiario del empleo principal que es el que realizan en la administración de justicia, tanto por el tiempo invertido como por el salario percibido. En cuanto a los sueldos, si bien la diferencia varía respecto de los cargos que se tengan en una y otra institución, los montos que se cobran en la universidad son ostensiblemente inferiores. Acerca de la carga horaria, el ámbito tribunalicio es más demandante: aún con variantes ligadas a las jerarquías y las funciones, en términos comparativos las jornadas en el Poder Judicial exigen ir varios días a la semana, incluso todos. En esta institución no parece repetirse el esquema académico de los *martes y los viernes, una hora y media cada día, o los lunes de 18 a 21 hs, o incluso de ir a dar los teóricos cada 15 días.*

Atributos judiciales del universo académico

Los operadores jurídicos con los que conversamos ofrecen distintas miradas acerca del espacio académico, o más concretamente, si tomamos en cuenta sus testimonios, dicho espacio aparece caracterizado a partir de una pluralidad de rasgos. Recuperar estos atributos es importante porque nos puede ayudar a entender algunas de las prácticas que los actores judiciales llevan adelante en tanto docentes, y si esto se relaciona con el trabajo que realizan en los tribunales, o incluso afecta la evaluación que hacen de ellos mismos y de sus colegas como profesores. En síntesis, consideramos que las caracterizaciones que realizan los operadores jurídicos respecto del ámbito académico no juegan un rol pasivo en sus prácticas, sino que impregnan, al menos en parte, sus decisiones.

La suerte como condición necesaria

Uno de los componentes que nos llamó la atención, principalmente por la frecuencia con el que aparece, es el de la suerte: esta última, más allá de no estar conceptualizada de modo riguroso, sí se la señala como una condición, aunque no suficiente, necesaria para acceder o progresar en el ámbito académico. Si bien el azar puede ser considerado como una variable para tener en cuenta en diferentes aspectos de la vida social, lo que resulta especialmente interesante es que los mismos operadores jurídicos no la mencionan para caracterizar el espacio judicial. En concreto, si tomamos en cuenta trabajos anteriores que realizamos al respecto (Kostenwein, 2023, 2024), ni la suerte ni el azar aparecieron como factores relevantes

para los operadores jurídicos a la hora de describir la administración de justicia.

...La suerte, estar en el lugar preciso en el momento indicado... el querer avanzar, el tener ciertas capacidades. Y está también el tema del acomodo, lo que a veces puede convertir a una cátedra en la continuidad de lo judicial (Entrevista 1).

...Empezar a vincularse con una cátedra es imprescindible, ese vínculo que tiene que ser de trato personal, que se dé en lo académico o venga de lo político, si *querés*, pero después *tenés* que tener suerte, tiene que haber una vacante. (Entrevista 2).

La suerte suele ser definida como aquellos sucesos fortuitos o imprevistos que pueden acarrear a las personas consecuencias tanto beneficiosas como perjudiciales. Sin embargo, de la misma manera que sucede en su uso social más extendido, los actores judiciales parecen aludir exclusivamente a los resultados favorables que ocasionaría la suerte. Tal como lo sugiere Nicholas Rescher (1997), se estima que alguien es afortunado cuando le sucede algo provechoso en el marco de una situación casual, en particular si ocurre fuera de las probabilidades o expectativas habituales. Al respecto, la suerte a la que se alude en estos testimonios no podría definirse como un hecho del todo casual o fortuito, porque se presume que esa persona con suerte tuvo previamente algún grado de involucramiento con la academia, pero que sin embargo accedió a cierto beneficio respecto de otros colegas que, de haber estado en su mismo lugar y en ese mismo momento, también podrían haber accedido.

¿Los contactos debilitan el mérito?

Como lo habíamos anticipado, la suerte no es suficiente como rasgo del ámbito académico: si bien se menciona *el querer avanzar, el tener ciertas capacidades*, otro factor relevante es el del acomodo o los vínculos. En los testimonios previos, tener contactos o vínculos, incluso disponer de algún tipo de acomodo, es un elemento que parece complementar a la suerte. En este sentido, los contactos no son en sí mismo un componente positivo o negativo, más allá de que pueda generar resultados indeseables como cuando una *cátedra se transforma en la continuidad de lo judicial*. Acerca de esto último, para ciertos actores judiciales los acomodos se vuelven un fenómeno nocivo que impide la competencia, y como consecuencia

altera la apropiada correlación entre el mérito y la suerte (Kafka, 2016).

...Por lo que yo conozco, el mérito es lo menos, por cómo es el sistema de los concursos, el sistema de las cátedras, y ahí está el componente suerte en mi caso, haber estado en la cátedra que estoy. ... Después, cada titular puede tener diferentes criterios como el meritocrático, como en nuestra cátedra, si *tenés* maestría o no. Igual, así como el titular me nombró a dedo a mí, podría haber nombrado a cualquier otra persona. Todo esto se agrava porque no hay concursos, tardan 15 años en sustanciarse. Como los concursos, lo meritocrático, no es importante, los contactos o las recomendaciones se vuelven importantes (Entrevista 12).

...Para mí el acomodo es lo que influye... [y] todo esto se agrava por la falta de concursos, de hecho, tenemos adjuntos que concursaron en el 2006, o antes, en 1999, y desde ahí no validaron nada, no estudiaron nada, siguen siendo adjuntos. Yo terminé un doctorado, me fui a estudiar afuera, y no pude concursar (Entrevista 3).

Estas expresiones reflejan que los contactos o el acomodo, sumado a la imposibilidad de regularizar los cargos docentes vía concursos, le quitan preeminencia al mérito provocando que para algunos actores judiciales el ámbito académico se asemeje, en parte al menos, a lo que la literatura especializada define como zona liberada. Esta última suele concebirse como “un complejo espacio social regido por jerarquías, normas, recompensas y beneficios extralegales [...] donde las regulaciones oficiales solo son aplicadas selectivamente y como correctivos de normas informales [...]” (Dewey, 2018, p. 104).

Si con la intención de comprender mejor la intersección entre justicia y academia trasladamos esta noción a nuestro tema, podemos sugerir que, entre la importancia negativa del acomodo -en tanto posibilidad de nombrar a dedo- y la ausencia también negativa de concursos -que no exige actualizar u homologar nuevos conocimientos-, lo que goza de gran protagonismo es un conjunto de reglas más o menos discrecionales que chocan con las normas y preceptos que deberían regir en el ámbito de las facultades de derecho. No estamos sugiriendo que estas últimas sean zonas liberadas en sentido estricto, pero sí consideramos que hacia el interior de esas facultades existen “un conjunto de prácticas y reglas no escritas que neutralizan la aplicación de normas oficiales” (Ibid.: 108) tal como sí sucede en los lugares prototípicos analizados a partir de este concepto. *Después, cada titular puede tener diferentes criterios*, que tal vez sean los meritocráticos o tal vez sean los del acomodo,

entre muchos otros, pero cuya validez puede reposar en prácticas y reglas de juego informales que se van sedimentando con el paso del tiempo, y no en criterios generales e imparciales que favorezcan prácticas responsables.

Por último, estas caracterizaciones que dan más lugar a la suerte y al acomodo, estos atributos de un espacio que relega la importancia del mérito y no ofrece concursos en tiempo y forma, parecen tener relación con una academia débil desde lo institucional. O lo que es lo mismo, que todos estos componentes vuelven a la facultad un lugar proclive a mayor arbitrariedad. Incluso en comparación con el Poder Judicial, la diferenciación que realizan nuestros entrevistados es clara.

...Me da la sensación de que en la justicia existen muchísimas más oportunidades porque hay muchísima más cantidad de cargos que en la universidad. En la cátedra de penal, el ayudante más antiguo empezó en el año 2000, hace más de 20 años, no hay movilidad, en ese aspecto y en ese sentido hay muchas personas trabajando en cátedras sin renta, o están los que se forman, tienen posgrado y no pueden acceder a una cátedra, no tienen un vínculo formalizado con la universidad, es más restrictivo (Entrevista 2).

En este sentido, la relevancia de la suerte y el papel del acomodo pueden ser vistos como fuente de inestabilidad, o en todo caso, como la condición de posibilidad de una estabilidad patológica que se asocia no tanto con cambios frecuentes, sino a persistencias perturbadoras. La definición convencional de inestabilidad propuesta Murillo, Levitsky, y Brinks (2021) sugiere que:

Ocurre en el momento en que las reglas son modificadas continuamente para ajustarse a las preferencias de cualquier nuevo actor que aparezca. Este reemplazo serial resulta del hecho de que cambiar la regla es menos costoso que aceptarla o violarla. La inestabilidad impide a los actores desarrollar expectativas estables o estrategias apropiadas para buscar sus intereses bajo el respectivo arreglo institucional (p. 55).

Siguiendo este argumento, lo que se observa en los testimonios de los actores judiciales es un panorama donde existen adaptaciones que encubren la debilidad en el proceso de incorporación de docentes por medio de concursos. Como decíamos, parece existir una combinación entre una inestabilidad inquietante respecto de los cargos docentes y una persistencia perturbadora de prácticas discrecionales hacia el interior de las cátedras.

A su vez, relegar el mérito y sustanciar los concursos con tanta demora generan la percepción de incumplimiento, entendido como “la decisión de los funcionarios estatales de no aplicar las reglas o la incapacidad de los funcionarios estatales para aplicar la normativa o generar la colaboración social para garantizar su efectividad” (Murillo, Levitsky, y Brinks, 2021, p. 46).

Tomando en cuenta los planteos de los actores judiciales que entrevistamos, la regla indica que deberían celebrarse concursos con cierta periodicidad para permitir que se regularice la situación de las personas que forman parte de una cátedra, sin embargo, esa regla no se aplica por quienes están a cargo de las cátedras en particular, y de las autoridades de las facultades en general. Este tipo de incumpliendo no solo provoca cierta debilidad institucional, sino que desencadena una sensación de desencanto por parte de quienes buscan regularizar su situación en la academia, pero ven frustradas sus expectativas. En definitiva, la espera respecto de los concursos, sobre la que volveremos en el próximo apartado, emerge como un elemento distintivo en la relación entre los actores judiciales y la academia.

Acerca de los gustos y de los rumbos

Habiendo recuperado algunos de los rasgos que distingue al ámbito académico para los actores judiciales, consideramos importante preguntarles por sus trayectorias en ambos lugares. En concreto, les consultamos si para ellos había sido más sencillo ingresar y progresar en el espacio tribunalicio o en el académico. La intención fue proponerle a nuestros entrevistados un ejercicio comparativo que ayude a comprender mejor qué tienen en común y en qué difieren aulas y juzgados, qué papel juega el azar y lo probable, las coyunturas, la ubicación geográfica, e incluso los cargos a los que se está aspirando, tanto en un lugar como en otro.

Entre la fortuna del destino y la previsibilidad

En ciertos casos, vuelve a tener un lugar destacado la suerte, en particular en la academia, mientras que la administración de justicia se la identifica como un ámbito con mayor previsibilidad, en el cual el paso del tiempo ejerce una tarea de compensación. Por lo tanto, para determinados actores judiciales existiría algún tipo de contraste en los itinerarios que

se pueden desplegar en los tribunales y en la universidad.

Yo tuve suerte en el ámbito académico porque rápidamente se abrieron concursos. Yo me recibí en el '94 y en el '97 ya di un concurso de ayudante y en el '99 di uno de adjunto y el otro lo di en el 2005. La verdad que mi caso no es un patrón es suerte. Hay muchas personas que en todos estos años han tenido la oportunidad de tener sólo un concurso de ayudante y nada más. Creo que mi ejemplo es el contraejemplo en la facultad. En la estructura judicial, creo que todo es más lento, en el sentido que en la facultad hay oportunidades o no las hay. En la estructura judicial, en algún momento, pasa. Creo que para algunos es más rápido, para otros más lento, pero al final pasan todos. Puede ayudar hacer más méritos, el que hace más esfuerzo, el que tiene más amigos, el que tiene más vínculos políticos, puede ir un poquito más rápido, pero al final creo que todos van pasando. (Entrevista 2).

Respecto de la trayectoria académica parecen relevantes dos cuestiones: la primera es de tipo singular, ligada a no considerarse como un caso representativo, sino todo lo contrario: es la fortuna del destino, precisamente, el elemento distinguido para transformarse en una excepción. *Yo tuve suerte en el ámbito académico porque rápidamente se abrieron concursos*, nos explica nuestro entrevistado. Por lo tanto, la posibilidad de presentarse a esta instancia con cierta rapidez, y como consecuencia de ello quedar regularizado en la facultad, es un episodio más fortuito que planificado que lo transforma, de hecho, en un *contraejemplo*. La segunda cuestión que se desliza es un elemento que representaría a la academia en general y que, por lo tanto, excede su caso personal: es la propia institución la que vuelve al azar un componente que se encuentra por encima de otros elementos como, por ejemplo, el mérito o la perseverancia. Esto se plasma en la idea de que *en la facultad hay oportunidades o no las hay*, y los actores judiciales no pueden hacer demasiado para torcer ese rumbo. Como consecuencia, lo que se destaca es el hecho de que algo suceda o no suceda en la misma academia, más allá del compromiso o el involucramiento de los operadores jurídicos. A su vez, ambas *suertes* parecen enfrentarse al recorrido imaginable en el ámbito judicial que, como ya lo dijimos, está más ligado a la previsibilidad. Según sus propias palabras, *en la estructura judicial, en algún momento, pasa*, todo lo cual se aleja bastante de lo que ya mencionamos acerca de la academia donde las oportunidades están o no están. Entonces, frente a un espacio caracterizado

más por lo eventual que por lo proyectable, la administración de justicia resulta menos expuesta a las contingencias e incertidumbres permitiendo algún tipo de planificación a quienes la integran. Pueden existir elementos que contribuyan a que el avance sea más presuroso, como el mérito, el empeño o los contactos, sin embargo, en los tribunales parece haber siempre lugar para un final feliz, o con las palabras de nuestro entrevistado, *al final, todos van pasando*.

La importancia de las coyunturas

Para otros actores judiciales, cobran relevancia los contextos específicos, contextos que al considerarse fundamentales obligan a analizar no sólo si las oportunidades aparecen, o si en ellas son trascendentes el mérito, los vínculos o el esfuerzo, sino cuándo surgen concretamente esas oportunidades. Como veremos a continuación, el escenario temporal puede ser de primera magnitud, especialmente si se piensa en el ámbito tribunalicio, debido a que la puesta en práctica de sucesivas reformas ha ido demandando la incorporación de un número importante de personas al trabajo en la justicia.

No *podés* sacarlo de un contexto, cuando yo empecé a trabajar en la justicia por los años '90 ascendías muy rápido, pero en el ámbito académico, no. Después creo que quedó bastante igualada, y también igualada en el sentido de concursos que tampoco son del todo claros ni en una instancia ni en la otra. (Entrevista 1).

Aun cuando en Argentina hubo muchas reformas y contrarreformas en el ámbito de la justicia, existieron épocas que exigieron el incremento cierto del número de personas que trabajaban en el Poder Judicial, brindando la posibilidad de ingresar con cierta facilidad, o incluso ascender en mucho menos tiempo que el exigido tradicionalmente. Ejemplo de esto puede ser lo que sucedió en el ámbito nacional argentino con el llamado “Código Levene” del año 1991 sancionado mediante la ley 23.984 que estableció la oralidad para la etapa del debate (Mira, 2020) o en la provincia de Buenos Aires con el nuevo Código Procesal Penal de tipo acusatorio homologado en 1998 bajo la ley 11.922 (Kostenwein, 2016). Este fenómeno, tal como lo refleja el testimonio anterior, no se observó en el espacio académico, lo cual vuelve a evidenciar diferencias claras entre ambas instituciones. Como consecuencia, el crecimiento manifiesto de la demografía judicial ha ocurrido en momentos determinados, más allá de que, según nuestro entrevistado, luego

se terminó equiparando desfavorablemente al ámbito académico.

La geografía judicial y académica

Ahora bien, las diferencias en el ingreso o el progreso en ambas instituciones no sólo pueden relacionarse con la suerte o la época, sino también con el emplazamiento geográfico. Esto significa que la ubicación es otra variable para tener en cuenta para analizar la relación entre los itinerarios de los operadores jurídicos, tanto en la justicia como en la academia. Respecto de esta última, alejarse de las zonas con mayor centralidad ofrece ventajas considerables, en el sentido de que no existe tanta demanda por incorporarse a cargos docentes. Acerca de la administración de justicia, parece haber una combinación entre el poco tiempo de existencia que lleva, y cierto destrato mediante el cual se hace pesar la diferencia entre los ya establecidos y los recién llegados.

Amí en la academia, para nada difícil. Pero insisto que, en La Patagonia, sobre todo en La Pampa, no hay ese ejército de personas queriendo ejercer la docencia. Eso quizá se ve en la Universidad de Buenos Aires, de esos concursos que nunca llegan. Universidades más pequeñas por ahí no tienen ese tipo de problemática, por eso te digo que no tuve ningún inconveniente, me integré super bien, trabajamos super bien. El sistema judicial acá, yo siempre digo que es medio adolescente, tiene pocos años, y no tiene los vicios de poderes judiciales más tradicionales. Sí quizá sentía que me miraban como que yo había entrado sin hacer la carrera, no había sido meritoria, y esas cosas, como un bicho raro. En este sentido, es más hostil el Poder Judicial. (Entrevista 8).

Por lo tanto, tenemos acá el mismo fenómeno vinculado a la comparación entre el trabajo judicial y el trabajo docente, pero su caracterización cambia considerablemente, lo que evidencia que encontrar similitudes para actividades que se llaman de la misma manera puede ser más difícil de lo que parece. Es habitual considerar que, si las tareas que realizan las personas llevan el mismo nombre, tienden a ser parecidas, sin embargo, en algunas ocasiones, como en el caso de nuestra entrevistada, esto no es necesariamente así. Más allá de que las prácticas docentes tengan tal vez alguna analogía entre sí, el acceso a la academia por fuera de las universidades con mayor tradición no resulte ser algo tan complejo, o tan dependiente de la suerte. En palabras de Howard Becker, las “distancias geográficas pueden producir diferencias culturales notables

en cuanto a las prácticas laborales y al modo de comprender el trabajo [...]” (2018, p. 61), todo lo cual nos permite pensar en actividades que nominalmente son las mismas, para de ese modo identificar los diferentes mecanismos en lo que se apoyan.

Sobre el trabajo judicial, como ya lo sugerimos, destacan dos rasgos en comparación a los contextos centrales: por un lado, que se trata de una institución más reciente, y por otro, que el trato con los colegas arraigados puede resultar bastante más desapacible. Dicho de otro modo, es un ámbito del que se dice que debido a su insipiencia no tiene los vicios tradicionalmente judiciales, sin embargo, sí presenta lo que Norbert Elías (1998) definió como *tema humano universal en miniatura*, que es la distinción entre las personas que se encuentran hace más tiempo en determinado lugar respecto de aquellas que llegan posteriormente. Este fenómeno fue analizado hace décadas cuando investigaron, junto a John Scotson, la relación entre los establecidos y los marginados en una localidad inglesa, sugiriendo que:

Se podía observar que la sola «antigüedad» de una formación, con todo lo que esto encierra, es capaz de generar un grado de cohesión grupal, identificación colectiva y mancomunidad de normas, aptos para inducir en unas personas la gratificante euforia ligada con la conciencia de pertenecer a un grupo superior y el concomitante desprecio para otros grupos. (Elías, 1998, p. 85).

Más allá de las diferencias entre este barrio británico y el ámbito judicial descrito por nuestra entrevistada, el hecho de haberse sentido *como un bicho raro* en su ingreso a la administración de justicia penal, vuelve a demostrar la vigencia del tema explorado por Elías y Scotson, que tiene que ver con los efectos que genera la cohesión interna de un grupo respecto de las personas que no pertenecen al mismo.

El rol de la política y la espera como imposición

Otro elemento que nos permite pensar en las particularidades de los mundos judicial y académico es el de los ascensos a cargos de mayor relevancia, respecto de los cuales parece no poseer tanta centralidad la suerte, la coyuntura o la geografía, como en los testimonios anteriores, sino la arena política, por un lado, y la espera, por otro.

En los dos espacios, cuando se llega a lugares de poder, de decisión, en los dos casos son problemáticos, son engorrosos, son exasperantes: hay un paralelismo muy claro. A veces influyen

cuestiones políticas, a veces influyen cuestiones que no deberían influir. En mi caso personal, cuando concursé para Juez Federal, y ahora lo estoy viviendo con esta propuesta que tuve para ser Procurador: la política no termina de decidir qué hacer conmigo. En cuanto a lo académico, el concurso para el cargo regular demoró algo así como 4 años, y ahora hace bastante tiempo que estamos esperando para ser titular de cátedra, pasan los años y no sucede. El hecho de vincular el ascenso con los concursos en el ámbito académico, la cuestión más clara es la increíble demora en los concursos (Entrevista 4).

Considerando este testimonio a partir de la comparación entre la justicia y la academia, surgen elementos comunes, haciendo la advertencia de que se trata de un actor judicial que explicita estar aspirando a lugares distinguidos de poder. En consecuencia, lo que cobra protagonismo aquí es la búsqueda de ascensos significativos en ambos lugares como la titularidad de una cátedra o quedar al frente de organismos relevantes. Por lo tanto, lo *problemático*, lo *engoroso* o lo *exasperante*, debe ser analizado como caracterizaciones provenientes de un actor judicial destacado que lleva adelante acciones con el objetivo de alcanzar lugares de más jerarquía. Sin embargo, es posible encontrar una diferenciación entre los dos espacios, aún para casos como éste en el que se está aspirando a puestos de gran notoriedad. Simplificando, podríamos insinuar que para avanzar en la administración de justicia hay que mirar a la política, y para prosperar en la academia hay que mirar el reloj y tener paciencia. Esto no implica que en la administración de justicia no haya espera o que en la academia no haya contubernios con la política, sin embargo, a la hora de relacionar y ponderar ambas instituciones para alcanzar cargos jerárquicos, el Poder Judicial parece estar más cerca de la política, y la academia más cerca del acatamiento a la espera (Bourdieu, 2006).

Vale señalar que no es un tema novedoso el de la relación entre el campo de la política y el espacio judicial, de hecho, hay literatura especializada que investiga el vínculo entre ambas instituciones. Un ejemplo al respecto es la hipótesis conocida como *lógica de la defección estratégica* propuesta por Gretchen Helmke (2003), según la cual es necesario prestarle atención a la oportunidad en la que los Jueces que no se sienten seguros en sus cargos, deben resolver causas que tienen efectos políticos. Según la autora, los fallos

contrarios a los gobiernos de turno por parte de dichos magistrados se incrementarán en la medida que perciban que el gobierno de turno empieza a perder poder. Ahora bien, siguiendo el testimonio de nuestro entrevistado, no parece advertirse respecto de su relación con la política tanto la defección estratégica señalada por Helmke como una aceptación expectante. La manifestación *la política no termina de decidir qué hacer conmigo* permite advertir, por un lado, el reconocimiento de cierta subordinación a las decisiones que se tomen en un ámbito que excede sus posibilidades: no hay demasiado que pueda hacer al respecto (Auyero, 2013). Pero, por otro lado, transmite interés por lo que esa decisión pueda reflejar, o, dicho de otro modo, no se muestra ajeno a esa decisión política, sino por el contrario, muy interesado en la misma.

Pasando a la pretensión de alcanzar un cargo relevante en la academia, tal como lo menciona nuestro entrevistado, *la cuestión más clara es la increíble demora en los concursos*. El tema de la espera, que también ya se insinuó previamente en nuestro trabajo, es crucial en este caso para comprender mejor la especificidad de la trayectoria académica de determinados actores judiciales. La espera en tanto objeto de estudio se presenta como creadora de múltiples sentidos, comportamientos y subjetividades, tanto para quienes imponen esa espera como para quienes la deben padecer. Ahora bien, lo que resulta sugestivo es problematizar cómo conceptúan la espera personas que, por su trabajo en el Poder Judicial, hacen de la misma espera una forma de vincularse con los justiciables. O, en otras palabras, cómo es la experiencia subjetiva de tener que esperar para aquellos que ejercen la práctica cotidiana de hacer esperar como integrantes de la administración de justicia. Si bien no hay un diagnóstico puntilloso al respecto, para este operador jurídico se trata de algo *increíble*, algo que *hace bastante tiempo que estamos esperando, pasan los años y no sucede*. En definitiva, si bien se debe profundizar en el análisis de cómo esperan quienes tienen la potestad de hacer esperar, a partir de este testimonio la caracterización sobre la demora en la sustanciación de los concursos es negativa.

CONCLUSIONES

Como señalamos al comienzo de este trabajo, es importante analizar el funcionamiento de la institución judicial a partir de las percepciones de los actores que la integran, y de los sentidos que estructuran sus prácticas diarias, tomando en cuenta las relaciones que existen entre todo

esto y el trabajo docente que realizan. Fue por tal motivo que las caracterizaciones hechas por los operadores jurídicos acerca de la academia tuvieron gran centralidad, buscando identificar algunos de sus atributos, incluyendo los ingresos y progresos en ambos espacios.

Repasando los hallazgos más importantes que presentamos, podemos decir que los procesos de enseñanza y aprendizaje en el ámbito de la educación superior son un tema de estudio al que se le atribuyen determinados elementos: la escasa regularización de los cargos docentes, que buena parte de esos mismos docentes no tienen herramientas didácticas para enseñar su asignatura, y un aprendizaje de tipo individual que refuerza la autoridad del docente. Esto último también se advierte, con sus particularidades, en las facultades de derecho: un rasgo importante de estas últimas se relaciona con cierta impronta positivista que contribuye a una enseñanza de la técnica jurídica con orientación al ejercicio de la profesión liberal. De allí que los conflictos sociales suelen percibirse como un inconveniente puesto que al esquema jurídico se lo considera una institución imparcial desprovista de interés específicos.

A partir de las entrevistas realizadas, comenzamos por sugerir la existencia de esquemas judiciales sobre la academia, entre ellos los vinculados con el tiempo que le dedican a la docencia. Lo primero que se advirtió es que no existe ningún tipo de planificación didáctica, apareciendo como labor el repaso de las clases antes de ir a dictarlas, las cuales tienen como eje central los conocimientos prácticos que los profesores han adquirido en su trabajo en la administración de justicia. Esto supone que la docencia se considera una actividad que no exige incorporar ningún saber específico respecto de habilidades pedagógicas concretas, por lo que la experiencia laboral es suficiente para poder exponerlo frente a los alumnos. También surge de los testimonios que el tiempo reservado para los quehaceres académicos es aquel que involucra ir a la facultad, sea para dar clases o para llevar adelante labores afines como por ejemplo cursos de posgrado, seminarios o conferencias. Por último, observamos que para cargos importantes como los de titular las tareas docentes empiezan a vincularse principalmente con la elaboración de programas o la determinación de criterios de evaluación, pero en simultáneo las clases con alumnos pasan a ser entre esporádicas e inexistentes.

Otro elemento interesante que analizamos está relacionado con los atributos judiciales del universo académico, es decir, las distintas miradas que ofrecen los operadores jurídicos acerca del espacio universitario. Identificar estos atributos es relevante porque ayuda a entender algunas de las prácticas que los actores judiciales realizan en tanto docentes, cómo esto se relaciona con el trabajo que efectúan en los tribunales, y si lo dicho afecta la evaluación que hacen de ellos mismos y de sus colegas en tanto profesores.

Es así como uno de los componentes que surgió es el de la suerte, considerada como una condición necesaria, aunque no suficiente, para ingresar o progresar en el ámbito académico: es la idea de estar en el momento justo en el lugar indicado. Sin embargo, en los testimonios aparece como otro factor relevante el del acomodo o los vínculos, factor que en algunos casos parece complementar a la propia suerte. Esta relación entre suerte y acomodo le termina quitando preeminencia al mérito, provocando en algunos actores judiciales la sensación de una zona liberada, caracterizada por reglas informales, y no por criterios imparciales que favorezcan conductas responsables. Podemos decir, incluso, que la relevancia de la suerte y al acomodo, que limitan la importancia del mérito, evidencian un espacio académico débil desde lo institucional, y por ello más proclive a prácticas arbitrarias.

Por último, les consultamos a nuestros entrevistados si para ellos había sido más sencillo ingresar y progresar en el espacio judicial o en el académico, para que realicen un ejercicio comparativo que ayude a entender mejor qué tienen en común y en qué difieren las aulas y los tribunales. Para ciertos operadores jurídicos, vuelve a tener un lugar destacado la suerte, especialmente en la academia, mientras que la administración de justicia se la considera como un ámbito de mayor previsibilidad. En otros testimonios cobran relevancia los contextos específicos, ya que el escenario temporal se vuelve significativo, principalmente en el ámbito tribunalicio, debido a que la puesta en práctica de diferentes reformas ha exigido la incorporación de gran cantidad de personas al trabajo en la justicia. Dijimos también que la ubicación geográfica es otra variable a tener en cuenta para reflexionar sobre la relación entre las trayectorias de los operadores jurídicos en el ámbito judicial y en la academia. Acerca de esta última, apartarse de las regiones con mayor centralidad permite más posibilidades, dado que existe menos demanda para incorporarse a cargos docentes.

Respecto de la justicia, en esos emplazamientos se observa una mixtura entre el poco tiempo de existencia que posee, y cierta fricción mediante la cual se hace notar la distinción entre los establecidos y los recién llegados.

Finalmente, otro elemento que nos permite reparar en las particularidades de los mundos judicial y académico tiene que ver con los ascensos a cargos de mayor jerarquía, acerca de los cuales posee mayor importancia la arena política, por un lado, y la espera, por otro. Acerca de este tipo de ascensos en la administración de justicia, señalamos que la relación con la política no es tanto de defección estratégica, sino de una aceptación expectante dado que los actores judiciales no tienen demasiado que hacer cuando debe decidir su situación dicho campo de la política. Respecto de la intención de alcanzar un cargo relevante en la academia, el tema de la espera es central: esta última puede transformarse en creadora de múltiples sentidos y subjetividades, no solo en quienes la imponen sino en quienes la padecen, siendo importante problematizar cómo califican la demora las personas que, por desempeñarse en el Poder Judicial, hacen de la espera un modo de vincularse con los justiciables.

FUENTES DE INFORMACIÓN

- Auyero, J. (2013). *Pacientes del Estado*, Bs. As., Eudeba
- Becker, H. (2018). *Mozart, el asesinato y los límites del sentido común*, Bs. As., Siglo XXI
- Bourdieu, P. (2001). *Poder, derecho y clases sociales*. Bilbao. Descleé de Brouwer,
- Bourdieu, P. (2006). *Meditaciones pascalinas*, Bs. As., Anagrama
- Dewey, M. (2018). *Zona liberada*, Revista Nueva Sociedad, Venezuela, Nuso
- Donatello, L. y Lorenc Valcarce, F. (2017). *El ascenso a la elite judicial. Una reconstrucción de los orígenes y las trayectorias de jueces a partir de entrevistas biográficas*, Bs. As., RAS.
- Elías, N. (1998). *La civilización de los padres y otros ensayos*. Bogotá, Norma
- García de Fanelli, A. y Moguillansky, M. (2014). *La docencia universitaria en Argentina. Obstáculos en la carrera académica*, Revista de Políticas Educativas, Madrid, Universidad de San Andrés y Arizona State University

- Freire, P (1970). *Pedagogía del oprimido*, Montevideo, Tierra Nueva
- Helmke, G. (2003). La lógica de la defección estratégica: relaciones entre la Corte Suprema y el Poder Ejecutivo en la Argentina en los períodos de la dictadura y la democracia, Bs. As., Desarrollo Económico, vol. 43, pp. 179-201
- Kafka, F. (2016) *Success and Luck: Good Fortune and the Myth of Meritocracy*, Princeton, Princeton University Press
- Kelle, U. (2005). “Emergence” vs. “Forcing” of Empirical Data? A Crucial Problem of “Grounded Theory” Reconsidered”, *Forum Qualitative Sozialforschung / Forum: Qualitative Social Research*, Vol. 6, N° 2, Art. 27
- Kostenwein, E. (2016). *La cuestiona cautelar*, Bs. As. Ediar
- Kostenwein, E. (2023). El mundo judicial es una boda, *San Pablo, Tempo Social*, pp. 191-215
- Kostenwein, E. (2024). Del tribunal al aula, y del aula al tribunal, Bs. As., *Delito y sociedad*, pp. 1-21
- Manso, J. (1999). Profesionalización pedagógica del profesorado universitario. *Revista Interuniversitaria de Formación del Profesorado*, 34, pp. 319-328
- Mira, J. (2020). Jueces que dicen el derecho: Levene y Maier reformadores de la justicia penal argentina, *Revista Temas Sociológicos*, Chile, pp. 121-162
- Montenegro, H. y Fuentealba, R. (2010). El formador de futuros profesionales: Una nueva forma de comprender la Docencia en la educación superior Universitaria, Chile, *Calidad en educación*, pp. 253-267
- Murillo, V., Levitsky, S. y Brinks, D. (2021). La ley y la trampa en América Latina, Bs. As., Siglo XXI
- Rescher, N. (1997). *Predicting The Future: An Introduction To The Theory Of Forecasting*. New York, SUNY Press
- Tovar-Gálvez, J. C. y García Contreras, G. (2012). Investigación en la práctica docente universitaria, *Educ. Pesqui.*, São Paulo, v. 38, n. 04, p. 881-895

ARTÍCULOS DE REVISIÓN

EL JUEZ DE EJECUCIÓN PENAL Y LA EFECTIVIZACIÓN DE LOS BENEFICIOS PENITENCIARIOS

THE CRIMINAL EXECUTION JUDGE AND THE IMPLEMENTATION OF PENITENTIARY BENEFITS

Elizabeth Rosmery Huamán García
<https://orcid.org/0000-0001-8009-4788>
Universidad de San Martín de Porres
elizabethhgarcia76@gmail.com
Perú

Recibido: 26 de agosto de 2023.

Aceptado: 8 de marzo de 2024.

SUMARIO

- Introducción.
- La pena.
- La ejecución de la pena.
- La administrativización de la ejecución de la pena.
- La judicialización o jurisdiccionalización de la ejecución de la pena.
- Naturaleza jurídica de los beneficios penitenciarios.
- El Juez de Ejecución Penal.
- Conclusiones.
- Fuentes de información

RESUMEN

El presente trabajo de investigación fija su norte en escudriñar los tratamientos doctrinarios y jurisprudenciales de la ejecución de la pena, deteniéndose en los criterios ideológicos de la administrativización de la ejecución de las penas, especialmente las que, corresponden a las privativas de la libertad, propios de un Estado, premoderno que propicia el ejercicio abusivo del poder disciplinario de la autoridad administrativa penitenciaria y que, deja de lado el ejercicio de los derechos de los autores del delito, no comprometidos por la ley y la naturaleza de la sentencia impuesta, como también de sus derechos fundamentales que, la constitución y los tratados internacionales lo reconocen y lo protegen; llegando a la conclusión su ilegal aplicación dentro de un Estado democrático de derecho que, exige e impone al Estado la judicialización de la ejecución de la pena, a través del juez de ejecución penal como herramienta jurisdiccional que, efective la

protección de la libertad y dignidad humana del condenado que, constituye el principio superior de todos los derechos constitucionales y que, los instrumentos internacionales lo reconocen.

PALABRAS CLAVE: pena, administrativización de la ejecución penal, jurisdiccionalización de la ejecución de la pena, agente administrativo estatal de la ejecución penal, juez de ejecución penal.

ABSTRACT

This research seeks to scrutinize the doctrinal and jurisprudential treatments of the execution of the sentence, stopping at the ideological criteria of the administrativeization of the execution of the punishment, especially those that correspond to the deprivation of liberty, typical of a pre-modern State that favors the abusive exercise of the disciplinary power of the penitentiary administrative authority and that leaves aside the exercise of the rights of the perpetrators of the crime, not compromised by the law and the nature of the sentence imposed, as well as their fundamental rights, which the Constitution and international treaties recognize and protect; reaching the conclusion that its illegal application within a democratic State of law, which requires and imposes on the State the judicialization of the execution of the punishment, through the Criminal Execution judge as a jurisdictional tool that makes effective the protection of freedom and human dignity of the convicted person, which constitutes the superior principle of all constitutional rights and which is recognized by international instruments.

KEYWORDS: punishment, administrativeization of the execution of the punishment, judicialization of the execution of the punishment, state

administrative agent of penal execution, criminal execution judge.

INTRODUCCIÓN

El análisis y la indagación del juez de ejecución penal y la efectivización de los beneficios penitenciarios, nos lleva en primer lugar a definir la pena desde el punto de vista de las teorías de la pena armonizando con sus fines según el tipo de Estado sustentado en una determinada realidad y tiempo, las mismas que, trascienden fundamentalmente en la fase de ejecución de la pena donde verdaderamente se manifiesta los fines propuestos de la pena que, en el Estado liberal clásico enfrenta al delito como hecho y no al delincuente.

En el Estado social se acepta considerar al sujeto solo en las medidas de seguridad pero sin la intervención del sujeto y es sólo en el Estado social democrático que, se considera la idea resocializadora de la ejecución de la pena, especialmente en la ejecución de la pena privativa de libertad brindando oportunidades para que, el condenado pueda participar realmente en la reacción penal al presentarles alternativas hacia su conducta delictuosa, y que, en un Estado social democrático se busca la reincorporación del delincuente a la vida en libertad en un respeto irrestricto a sus derechos fundamentales y a su dignidad humana, lo que justifica el fin de la pena y limita el *ius puniendi* del Estado, al prohibir formas ilegítimas de ejecución penal que, dramáticamente desamparan al delincuente, vulneran sus derechos esenciales y fundamentales al dejar la ejecución de la pena simplemente a la actividad administrativa fuera de un control especializado independiente, sólo en poder de un agente de la administración penitenciaria, produciéndose la administrativización de la ejecución penal que, en el caso peruano es el INPE como autoridad administrativa y no judicial.

El INPE es quien supervisa y vigila la ejecución de la sanción penal, afectando lamentablemente los derechos fundamentales y los beneficios penitenciarios del condenado, haciéndose necesario establecer una instancia jurisdiccional de ejecución penal que, tutele y garantice los derechos humanos y otros no negados por la sentencia, con un juez de ejecución penal como la única institución que, garantiza la materialización de los mecanismos que tiene por finalidad disminuir los efectos temporales de la pena privativa de libertad impuestas en la sanción penal, como recompensa de

su sometimiento y esfuerzo de adaptar su conducta a mecanismos legales establecido por ley o normas disciplinarias que, constituyen los beneficios penitenciarios.

LA PENA

Concepto de pena

Berdugo, et al. (2004) define a la pena como un efecto jurídico frente a la perpetración de un hecho punible, concretizándose mediante el despojo o reducción de bienes jurídicos determinados en la ley e impuestas por el juez o tribunal competente al autor del hecho punible.

Según Roxin (1981) la pena es la mayor injerencia del Estado en los derechos fundamentales de la persona regulado por un conjunto de normas jurídicas que, sanciona un daño social ocasionado por una conducta delictuosa, castigo que debe ser proporcional a la magnitud del daño a fin de prevenir y no ocasionar más daños; en ese sentido el Estado aplicará la pena solo ante la presencia de un hecho delictuoso que, ocasione un daño intolerable para la convivencia en paz de la sociedad, siempre en cuando no se pueda aplicar otras formas menos gravosas.

Para Peñaranda (2015) la pena es el despojo o reducción de derechos que, impone los órganos jurisdiccionales al que violenta la ley, como castigo por su conducta jurídicamente reprochable, a fin de restaurar el orden jurídico trastocado por el delito, por lo que, el derecho penal tiene que cancelar esta conducta delincencial del delincuente imponiendo la pena y de no ser así el delito y no el derecho persistiría a través del tiempo.

En ese sentido, Fernández (2021) define la pena como un acto de privar o restringir bienes jurídicos normados por ley penal y establecidos por un órgano judicial competente al que violenta dicha ley y puede ser penas privativas de libertad, privativas de derecho y monetario.

La pena a criterio de Rodríguez (2019) se caracteriza esencialmente porque conlleva forzosamente a imponer un mal, el despojo o reducción de derechos, a causa de la ejecución de una conducta jurídicamente reprochable que, se considera como delito, impuestas por el juez o tribunal competente de acuerdo a la ley transgredida.

García (1991) la pena como castigo es un daño ocasionado por el derecho a bienes jurídicos

del que dañó el bien jurídico protegido por el ordenamiento jurídico, orientado a hacer conocer al autor del delito el mal que ha ocasionado a través del mal que se le impone, por tanto, la pena desde un ángulo jurídico es un mal, muy distinto a la pena desde el punto de vista psicológico, por ello para que sea eficaz, la privación o restricción de bienes o derechos deben ser socialmente valiosas, razonables y no tomadas por capricho o venganza, sino un justo equivalente proporcional al daño causado, a los motivos y naturaleza del autor, por cuanto una deficiencia en el grado de la pena representa debilidad y todo exceso es una crueldad, en consecuencia, son injustas y la pena no es idónea. El castigo por el sufrimiento, dolor y tormento que, conlleva es un motivador para no transgredir la ley, desalienta a violar la ley; a la vez que, sirve para resarcir el daño producido a un bien, corrigiendo, eliminando errores o defectos que, ocasionaron la transgresión de la ley, pretende disuadir al autor del daño que vuelva a reincidir. Además, el castigo sirve de ejemplo para que, otros se inhiben a imitar la conducta dañosa del autor y de interiorizar un sentimiento de seguridad en la sociedad, al mantener el orden social.

Teorías de la pena

De acuerdo con Bacigalupo (1998) podemos afirmar que, toda teoría de la pena está destinada a establecer la función que debe desempeñar el derecho penal, ya que, toda función determinada por el Estado para la pena, lo establece igualmente para el derecho penal.

Rodríguez (2019) señala que, el aforismo de Grocio *nemo prudens punitur quia peccatum est sed ne peccetur* (ninguna persona razonable o prudente castiga porque se ha pecado, sino para que no se peque), sienta las bases para un debate de la justificación de la pena atendiendo sus dos alternativas, *quia peccatum est* (porque se ha pecado) y *sed ne peccetur* (para que no se peque), desde un punto de vista del pasado considerando el delito cometido o del futuro considerando los beneficios tanto individuales como colectivos, respectivamente.

En ese sentido la doctrina a fin de limitar la práctica de la pena del *ius puniendi* del Estado propone tres teorías de la pena.

Teorías retributivas

Rodríguez (2019) indica que, la alternativa *punitur quia peccatum est* (castigar porque se

ha pecado) se ha confrontado con las llamadas teorías absolutas de la pena, destacando que, lo bueno de la pena radica en sí misma y no en sus efectos, sustentada en la consideración de imponer un mal a quien previamente ha ejecutado un mal es muy justo.

Cote (2007) refiere que, esta teoría es sostenida por diversos sectores a partir de los alemanes Kant y Hegel que consideran la pena como el daño y la tortura que debe sufrir quien infringe la ley a causa del daño y padecimiento que produce su conducta delictuosa, es decir la pena está en una relación directamente proporcional a la culpabilidad, de tal manera que, de acuerdo a la gravedad de la culpa se establecerá el grado de la pena; que de acuerdo a Kant su imposición está dirigido a la restitución del valor justicia que, debe prevalecer en la tierra o de acuerdo con Hegel la pena es la negación del delito, por cuanto éste es la negación del derecho.

En ese sentido, Cabrera (s/f) manifiesta que, la comuna vertebral de las teorías absolutas radica en la retribución la que refleja el valor justicia, porque mediante la retribución se hace justicia al que ha delinquido, retribución que puede ser moral o jurídica.

La retribución moral, sustentada por Immanuel Kant, se fundamenta en que, el mal es retribuido con el mal, así como al bien le corresponde un premio y que el delito es la transgresión de la ley racional que, obliga aplicar una pena al infractor y que dicha pena nunca puede ser un medio para alcanzar un objetivo utilitario o preventivo, de lo contrario sería arbitraria e injusta. Kant sostiene que, el hombre razonable es el hombre libre que actúa de acuerdo a la autonomía de la voluntad, autonomía que es soberana y que hace del hombre un fin y no un medio, por lo que, la pena jurídica nunca debe ser aplicado como medio que sirve para pretender otro bien así fuese en provecho del que ha delinquido o de la comunidad, es decir siempre debe aplicarse contra el que ha delinquido, en consecuencia la pena tiene significación sólo si es retributiva de la culpabilidad y nunca un medio para obtener otro bien en provecho del que ha delinquido o de la comunidad, más al contrario siempre se impondrá contra el culpable en razón a que ha delinquido y asignarle otro fin sería una violación a la dignidad de la persona, por cuanto se le estaría considerando como un instrumento o como un objeto. El delincuente juzgado es digno de castigo, es digno de las penas que merece su conducta delictuosa para lograr la justicia y si la justicia no existe, el hombre

no tiene razón de permanecer en la tierra, por tanto, lo cualitativo y cuantitativo de la pena presenta una igualdad en la ley de talión.

La retribución jurídica, sustentada por Hegel predica que, el fin del Estado es mantener el orden jurídico y que la pena restaura *ipso facto* el derecho destruido a causa del delito; justificando el carácter retributivo de la pena en el imperativo de restituir la validez de la “voluntad general” que, constituye el orden jurídico, la misma que es negada por la voluntad del que ha delinquido, por lo que, es necesario negar la mencionada negación mediante el castigo penal, lográndose la afirmación de la “voluntad general”, por cuanto dialécticamente la negación de una negación es de nuevo una afirmación. La pena como retribución jurídica constituye una expresión del delito, en esa línea la pena es la manifestación de la justicia que, restablece el derecho dañado, es decir se anula el mal con otro mal.

Para Rabossi (1976) carácter retributivo de la pena consiste en el uso del castigo separado totalmente de finalidad alguna y el castigo que, se impone al delincuente tiene justificación moral porque es justo que sea castigado por el hecho punible cometido.

Según Jescheck y Weigend (2002) la pena es un mal que, se impone a un sujeto con el fin de compensar el mal que ha causado con su conducta, conciliándose de esta manera la conducta delictuosa del sujeto, es decir, la pena es una retribución que se impone a causa de un delito perpetrado con el fin de restaurar la justicia.

Al respecto, Mir (2004) señala que, tradicionalmente la retribución fue una forma de reaccionar a raíz de un delito, considerando que el mal siempre debe ser castigado, de tal manera que, el sujeto de la conducta delictuosa lo tiene muy merecido.

Teorías relativas

Cote (2007) señala que, esta teoría de la pena se formuló desde la Grecia antigua y Platón sostenía que, imponer una pena sobre la conducta del que delinque es una forma de venganza y nada racional; lo racional es imponer una pena no por la conducta delictuosa por cuanto el autor no puede deshacer lo que hizo, pero si en razón de no volver a cometer el mismo delito u otros al ser testigos del sufrimiento del reo.

Rodríguez (2019) indica que, la alternativa *sed ne peccetur* (para que no se peque) sustenta las llamadas teorías relativas de la pena, justificando la pena por estar orientadas hacia propósitos extraños a la misma pena y estar dirigidos a la prevención de delitos futuros, siendo estos propósitos por su mayor beneficio que hacen llevadero la conminación de un mal.

Refiere este autor que, esta justificación de la pena de servir para prevenir delitos está dirigido a toda la sociedad con la llamada prevención general y en forma específica al que ha delinquido, como previsión especial.

Las teorías de la previsión general como disuasión de delitos fueron propuestos por Feuerbach y Bentham. Feuerbach sostiene que, al encontrarse el Estado en la imposibilidad de garantizar la convivencia de los ciudadanos mediante medidas físicas, vio la necesidad de anular toda tentación de transgredir la ley a través de la amenaza de un mal impuesta después del hecho punible, operando la pena frente a los ciudadanos en general en forma de presión psicológica que disuada la perpetración de delitos que, se desarrolla con la conminación legal dirigida a la intimidación general y con la ejecución de la pena encaminada a garantizar la credibilidad en las normas penales.

Las teorías de la prevención especial propuesto por Franz Von Liszt justifica la pena porque está dirigida a evitar que, el que ha delinquido vuelva a delinquir mediante, la corrección dirigida a infractores de la norma penal que, son aptos de corrección; la intimidación si no son necesitados de corrección; y la inocuización si no son aptos de corrección; siendo la corrección una expresión de la prevención especial positiva, por el contrario la intimidación y la inocuización son manifestaciones de la prevención especial negativa..

Teorías mixtas

Llamadas también *teorías de la unión* según Jescheck y Weigend. (2002) recogen los principios de las teorías retributivas y de las preventivas no como una sumativa de sus fundamentos básicos y contradictorios, sino a través de una *praxis* reflexiva, favoreciendo que, la pena pueda aplicar en forma real todas sus funciones en las diferentes circunstancias de interacción con la sociedad y el autor del hecho delictivo.

Al respecto Roxin (2001) sostiene que, es imprescindible mantener los aspectos positivos tanto de la teoría retributiva como de la

preventiva, debiendo aplicarse en las tres fases del proceso penal, es decir en la conminación, aplicación judicial y ejecución de la pena. Además, afirma que, las normas penales se justifican sólo si están dirigidas a proteger la libertad individual y el orden social.

Fines de la pena

Fin preventivo

El fin preventivo busca justificar la pena pretendiendo prevenir que ocurra el delito. Se distingue dos tipos de prevención: La prevención especial si esta pretensión va dirigido al recluso para que no vuelva a reincidir en el futuro; y la pretensión general si esta pretensión va dirigido a una tercera persona para evitar que delinca.

Según Duran (2016) el fin preventivo especial o individual justifica la pena considerándola como un medio o instrumento de enfrentar al delito y su propagación en la sociedad y está dirigido al delincuente o condenado en forma individual, buscando prevenir el delito, dirigiéndose directamente al condenado, razón por lo que, sólo se puede aplicar en las fases de imposición de la pena y en la fase de ejecución de la pena; mientras que, la prevención general está dirigida a un conjunto de ciudadanos en la pretensión de prevenir el delito, de ahí que, puede aplicarse en las tres fases del proceso penal, conminación legal, imposición de las penas y ejecución de la pena (Mir, 2000).

Fin resocializadora

Zaffaroni (2006) indica que, el fin resocializadora de la pena constituye un limitante al *ius puniendi* del Estado propio del Estado social y democrático de derecho que restringe la instauración de normas penales.

Duran (2016) manifiesta que, en un Estado liberal clásico no existe el fin resocializador ya que, la pena está dirigida a enfrentar directamente al delito como hecho y no al delincuente; mientras que, en el Estado social se acepta considerar al sujeto solo en las disposiciones de seguridad y en el interior de la ejecución de la pena, pero sin la intervención del sujeto que sólo es un simple objeto de la acción del Estado.

Es en el Estado social democrático que, se considera la idea resocializadora de la ejecución de la pena, especialmente en la ejecución de la pena privativa de libertad brindando oportunidades para que, el condenado pueda participar realmente en la reacción penal al

presentarles alternativas hacia su conducta delictuosa, en consecuencia para cumplir con la pena, la forma de ejecución penal se va materializando y sufriendo cambios según evoluciona la relación Estado y condenado, sin permitir su marginación de participación directa con la comunicación con la sociedad, más al contrario buscando que, el condenado se reincorpore a la vida en libertad, en respeto a sus derechos fundamentales y a su dignidad humana.

Es este principio de humanidad y de respeto a la dignidad humana del condenado que justifica la pena y limita el *ius puniendi* del Estado, al no permitir formas ilegítimas de ejecución penal, como torturas y todo trato inhumano y degradantes que constituyen una vulneración a la dignidad humana.

LA EJECUCIÓN DE LA PENA

Concepto

Fernández (2021) señala que, la ejecución de la pena es el conjunto de acciones ejercidas por los órganos competentes facultados por el Estado a fin de concretar y hacer cumplir lo dictaminado por el juez o tribunal comprendidos en una sentencia penal condenatoria.

En esa misma línea Hinojosa (2002) expresa que, la ejecución de la pena es el conjunto de acciones legalmente asignados a los órganos estatales con el fin de hacer efectivo, dentro del margen de la ley y los reglamentos, el cumplimiento de la sentencia condenatoria consentida y ejecutoriada.

En esta fase es donde se fijan determinadas circunstancias y condiciones a fin de hacer posible que se cumpla con la pena sancionada y la factibilidad de sus modificaciones, respetando los derechos, beneficios y garantías que posee el condenado, razón por lo que, las decisiones que se tomen deben emanar de un órgano judicial independizado de la administración.

Naturaleza jurídica de la ejecución de la pena

Según Fernández (2021), en lo que corresponde a la ejecución de la pena privativa de la libertad, existe confrontación directa doctrinaria.

Así para Santoro en la doctrina italiana, para Gutiérrez de Cabiedes en la doctrina española es de naturaleza netamente administrativa, por cuanto una vez determinada la sanción penal finaliza el proceso penal y se inicia los actos

netos de la función administrativa; mientras que, Carnelutti y luego Marsich sostienen que, luego de la sentencia penal condenatoria y firme, continúa el proceso penal hasta que finaliza la pena, por tanto es de naturaleza procesal; y una tercera posición dada en la doctrina italiana por Manzini, Falchi, Catelani y Leone; en la española con Gómez Orbaneja sostienen que, es de naturaleza mixta con una primera etapa de ejecución que corresponde a los órganos jurisdiccionales, haciendo ejecutar lo sancionado y otra de cumplimiento tangible de las penas que, corresponde a la actividad administrativa que, también se denomina actividad penitenciaria desarrolladas en las instituciones penitenciarias con el fin primero en el denominado régimen penitenciario, de retener y custodiar al condenado; segundo, en el denominado tratamiento penitenciario destinado a su reeducación y resocialización social; y tercero, a establecer programas de prestaciones asistenciales en beneficio de los condenados.

Los derechos fundamentales de la persona privada de libertad

El Tribunal Constitucional del Perú, en la sentencia del expediente 1429-2002-HC/TC, afirma que nuestra Constitución Política garantiza la defensa y protección de los derechos fundamentales del ciudadano y que el goce de estos derechos no está subordinado ni tampoco pueden ser suspendidos por efecto de la privación del derecho a la libertad, es decir el régimen penitenciario se formula y aplica observando los derechos del recluso que posee iguales derechos que el ciudadano en libertad salvo los afectados y limitados por la sentencia.

Asimismo los tratados internacionales en materia de derechos humanos confirman que, los internos de los establecimientos penales gozan de todos sus derechos fundamentales, menos de los limitados por la resolución judicial sancionadora.

Según Cafferata (2000) la reclusión del condenado a un establecimiento penitenciario está regulado por el Código Penal y Código Procesal Penal, éstos deben observar el principio de legalidad penal, siendo descartados las aplicaciones análogas, los derechos derivados de usos y costumbres, la observancia retroactiva de la ley.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (2005) manifiesta que, los tratados internacionales en materia de derechos humanos protegen a las personas ante la arbitrariedad del

poder público, la tutela de sus derechos en la fase de ejecución de la pena cobra importancia porque en esta etapa del proceso penal ocurre las violaciones de derechos, por tanto existiendo una dependencia entre el recluso y el Estado, siendo el Estado el obligado de la custodia del recluso en los establecimientos penitenciarios es el responsable de proteger los derechos fundamentales de los condenados, asumiendo su custodia y vigilancia.

Los principios rectores de la ejecución de la pena

Estos principios rectores son: el principio de jurisdiccionalidad, el principio de legalidad y el principio de oficialidad.

El principio de jurisdiccionalidad

Según Fernández (2021) este principio implica todo acto dirigido a llevar a cabo la ejecución de lo juzgado cuya función solo corresponde al juez o tribunal competente conforme lo dispone la ley.

El principio de legalidad

Para Fernández (2021) este principio comprende cuatro garantías. La garantía criminal, la garantía penal, la garantía jurisdiccional y procesal, establece que, la ejecución de la pena y las disposiciones de seguridad solo es factible cuando existe una sentencia firme sancionada por el juez o tribunal competente según las leyes, y la garantía ejecutiva establece que, la ejecución de la pena y las disposiciones de seguridad solo se aplican en la forma establecida por ley y reglamentos controlados por el juez y tribunal competente.

El principio de oficialidad

En la ejecución penal se da el impulso de oficio por el órgano jurisdiccional establecida y fijada por la ley que los encomienda, correspondiendo en España al juez o tribunal que sentencia. (Fernández, 2021).

EL INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO (INPE)

Solís (2008) indica que, el Código de Ejecución Penal de 1985 instituyó el Instituto Nacional Penitenciario (INPE) como un ente rector del sistema penitenciario en el Perú que reemplazó a la Dirección General de Establecimientos Penales y Readaptación Social; y que, debido a los cambios sufridos por el Código de Ejecución Penal en 1991 sufrió también cambios en su

estructura orgánica, estando en vigencia desde el año 2007 su actual Reglamento de Organización y Funciones, que fijan como su objetivo que, deberían cumplir en la dirección, control y supervisión, tanto técnica como administrativa, en la ejecución de las penas privativas de la libertad, restrictivas de libertad y limitativas de derecho, así como también las disposiciones de seguridad, del Sistema Penitenciario Nacional, en su finalidad resocializadora del condenado, especialmente en la pena privativa de la libertad dentro de un establecimiento penitenciario que, en la práctica solo se aplica la modalidad cerrada de las otras dos, semiabierto y abierto que determina el Código de Ejecución Penal, con las dramática realidad que en lugar de resocializar, desocializan a los condenados.

En ese sentido, la Defensoría del Pueblo manifiesta que, es competencia del Instituto Nacional Penitenciario (INPE) la custodia, seguridad y otros, del condenado, es decir en el marco del actual modelo de administración penitenciaria del sistema de control de la ejecución penal, es el INPE quien soluciona y ejecuta la sanción penal, afectando lamentablemente los derechos fundamentales y los beneficios penitenciarios, reconocidos por nuestra Constitución y tratados internacionales sobre derechos humanos suscritos por el Estado peruano, haciéndose necesario establecer una instancia jurisdiccional de ejecución penal que tutele y garantice los derechos humanos y otros no negados por la sentencia, y que son propios de un Estado democrático de derecho.

LA ADMINISTRATIVIZACIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA

Künsemüller (2010) señala que, una vez que el derecho penal adjetivo o derecho procesal penal dicta sentencia, el juez que sentenció se desvincula del condenado y ya no interviene directamente en el cumplimiento de la pena que ha impuesto, quedando la fase ejecutiva de la pena fuera de la atención jurídico-penal y dependiendo de la intervención de la administración estatal mediante un servicio público, es decir se deja al condenado ajeno al derecho, desamparándolo de las consecuencias que estas traen y que, inciden en sus derechos esenciales y fundamentales, pues dejar la ejecución de la pena simplemente a la actividad administrativa conlleva a privar de legitimidad y funciones al derecho penal que es la encargada de la organización de las formas, métodos, tratamientos, garantías, derechos y obligaciones de los condenados en la fase de ejecución de las penas; y de esta manera esta

fase queda fuera de un control especializado independiente del que lo sancionó, sólo en poder de un agente de administrativo carcelario, produciéndose la administrativización de la ejecución penal, haciendo de la pena un fin en sí misma, desvirtuando todo lo positivo alcanzado en las dos fases anteriores del proceso, haciendo irrealizable la rehabilitación del condenado, quienes pierden su personalidad y su sociabilidad, vulnerando sus derechos fundamentales como su derecho a la dignidad humana que, la Constitución y los instrumentos internacionales consagra a toda persona, aún fuese un delincuente.

En ese contexto se pronuncia Pérez (2016) una vez impuesta la pena privativa de la libertad por el órgano jurisdiccional competente lo abandonaban al condenado hasta pronunciarse sobre la recuperación de su libertad, de tal forma que, la actividad penitenciaria se encontraba dentro del marco de la administración penitenciaria que funcionaban deficientemente tomando decisiones arbitrarias que transgredían los derechos del condenado, generalmente cuando no existía supervisión y control judicial, con lo que, se generaba la protesta de la población de condenados mediante motines y diversas formas de violencia a tal punto diversos certámenes internacionales fomentaron la necesidad de la creación del juez de ejecución penal.

Con la creación del juez de ejecución penal se evitaría las decisiones arbitrarias e injustas de la autoridad administrativa, puesto que, constituye un juez imparcial, especializado y con funciones legales que la ley lo reconoce, superando no solo la realidad colombiana sino de todos los países, lo que Orjuela (2019) señala que, en el reglamento penitenciario colombiano establece que, toda sanción disciplinaria puede ser apelada ante la administración penitenciaria, que es la misma que sancionó el castigo, sólo que es atendido por el superior jerárquico, lo que resulta una fractura del orden justo, porque en la praxis la administración penitenciaria aprovecha su condición de supremacía sobre los internos y vulnera sus derechos fundamentales.

LA JUDICIALIZACIÓN O JURISDICCIONALIZACIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA

Según Künsemüller (2010) el tribunal que, juzgó y sentenció pone punto final a su jurisdicción al llegar a la sentencia ejecutiva, a partir de ahí comienza la jurisdicción de otro tribunal especializado, encargado de supervisar, velar y amparar los

derechos del condenado al hacer cumplir la sentencia penal, dando lugar a la judicialización de la sentencia, cuya virtud es observar el principio de legalidad, columna vertebral del derecho punitivo, y garantizar los derechos de los reclusos no comprendidos por la ley y por la misma sentencia; constituyéndose en una herramienta imprescindible para el tránsito del nivel declarativo o programático al nivel de su materialización en acciones concretas que, hacen efectivo el fin que busca la pena, garantizando los derechos de los reclusos mediante una vía únicamente judicial, ejerciendo control y vigilancia hacia las autoridades encargadas de ejecutar las penas y establecer medidas opcionales para su cumplimiento.

La judicialización de la pena se encamina tanto a proteger que las sanciones penales se cumplan correctamente como a salvaguardar los derechos humanos del condenado, protecciones encomendadas únicamente a una judicatura especial, diferente al que emitió la sentencia.

NATURALEZA JURÍDICA DE LOS BENEFICIOS PENITENCIARIOS

Tanto Small (2010) como Milla (2019) sostienen que, los beneficios penitenciarios son genuinos incentivos y no derechos, creados como una razonable posibilidad de derechos del condenado, con una gran perspectiva de que, las normas de comportamiento para el campo penitenciario conlleven a reducir el tiempo de internamiento del recluso, beneficiándose gradualmente con el otorgamiento de la semilibertad, libertad condicional y finalmente con la libertad, gracias a un sistema de condonación de pena por trabajo o educación; y no puede ser derecho porque el derecho obliga al reo cumplir con los requisitos para su otorgamiento.

Bueno (1989) opina que, los beneficios penitenciarios son derechos subjetivos de los condenados porque no sólo se debe al hecho de que están privados de su libertad, sino que necesariamente tienen que cumplir con un juicio de valor exigido por la norma correspondiente.

Mientras que, el Tribunal Constitucional peruano, en la sentencia 0842-2003-HC/TC, sanciona que los beneficios penitenciarios no son derechos subjetivos ni derechos fundamentales, sólo son garantías establecidas por el Código de Ejecución Penal.

EL JUEZ DE EJECUCIÓN PENAL

La doctrina moderna según Künsemüller (2010) sostiene que, el juez de ejecución penal necesariamente debe ser un órgano

jurisdiccional, es decir un representante del Poder Judicial y no una autoridad administrativa que marca una clara diferencia entre el campo administrativo-penitenciario con el campo netamente jurisdiccional, lo que, no significa negar que debe existir una rigurosa colaboración entre dichas esferas, puesto que, en esta fase de ejecución se requiere de la colaboración de la esfera administrativa estatal para que el órgano jurisdiccional, el juez, pueda hacer efectiva el fin de la pena; dado que, -así lo sostiene Manzanares (1984)- una sentencia penal no es nada estático, más al contrario es dinámico que, está en constante cambio sufriendo alteraciones en su ejecución, como en su libertad condicional, en los beneficios penitenciarios, en los castigos y disciplina impuestas; que por lo tanto se requiere someterlas a estrictos y delicados controles y supervisión, de manera que, se garanticen la protección de los derechos fundamentales que no los pierde el condenado por su condena penal, sino que, debe ser reconocido y respetado por su derecho a la dignidad, pilar fundamental de un Estado de derecho y que sólo un juez de ejecución penal es el órgano garantista.

Orjuela (2019) menciona que, la designación del juez de ejecución penal tiene su génesis en la función que desempeña, la misma que está relacionada con las penas privativas de la libertad del condenado recluido en un penal, concediendo alicientes de libertad condicional, permisos y descuentos por cálculo de las actividades educativas, de trabajo y de enseñanza desarrollados por el condenado, de aceptar o negar los beneficios penitenciarios de acuerdo a la evaluación realizada por la administración penitenciaria.

Al respecto Haddad (1999) menciona que, el juez de ejecución penal posee amplias funciones como de tutela, de decisión, de control y de un puro conocimiento.

Según Solís (1990) el juez de ejecución penal por la cultura que posee, por su independencia y por sus facultades operantes y de inspección constituyen garantía de los derechos y beneficios del recluso.

En ese sentido Fernández (2021) expresa que, el juez de ejecución penal es idóneo para el control del cumplimiento conveniente de las sentencias condenatorias, para garantizar el respeto de los derechos del prisionero y resolver todo los problemas que se presenten durante la fase de la ejecución de la pena; para el efecto establece programas de inspección y visita a las

instituciones penitenciarias, pudiendo confrontar a los sentenciados con los responsables de los establecimientos penitenciarios para cumplir con sus funciones de vigilancia y control, estableciendo formas para su cumplimiento y dictando medidas necesarias para corregir y prevenir fallas y defectos observados en el desempeño del sistema penitenciario.

En ese sentido, podemos observar que, el Código Penitenciario y Carcelario de Colombia dispone que, es el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad la autoridad judicial competente que garantiza la legalidad del cumplimiento de la ejecución de las sanciones penales, pero según Mendieta, et al. (2020) el rol de proteger, preservar y salvaguardar los derechos fundamentales de los reclusos es letra muerta por cuanto debido a la falta de recursos humanos y financieros no se puede garantizar la presencia permanente en los establecimientos carcelarios del Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad.

La necesidad de un juez de ejecución penal

Orjuela (2019) señala que, Perú eliminó la institucionalidad del juez de ejecución penal, transfiriendo la potestad y el poder de conocer los asuntos vinculados con la ejecución penal y la actividad penitenciaria, a la administración a través del Instituto Nacional Penitenciario (INPE) y lo concerniente a los beneficios penitenciarios a los jueces penales que conocieron el proceso, lo que provoca un conflicto por el escaso conocimiento del aspecto de la resocialización del condenado.

El Nuevo Código Procesal Peruano, faculta la juez de la investigación preparatoria conocer los requerimientos, observaciones y todo lo accesorio correspondiente a la sentencia impuesta, así como resolver lo concerniente a los beneficios penitenciarios, sin embargo, esta amplia facultad del juez de investigación preparatoria de conocer y resolver sobre el otorgamiento del beneficio penitenciario, de los incidentes ocurridos y de hacer uso de diligencias para su correcto cumplimiento, a opinión de Orjuela (2019) la práctica se encarga de demostrar que, la actividad de dichos jueces es negativa porque hacen uso de los mismos fundamentos y criterios que se emitieron en la fase de la responsabilidad penal como si se tratara de condenar de nuevo al reo, sin tener en cuenta que, es una fase independiente encargada de valorar la permanencia del recluso, su comportamiento, insolvencia

económica, condiciones psicológicas y de salud, o en otras ocasiones no asumen su competencia dejando a la discrecionalidad de las autoridades penitenciarias del Instituto Nacional Penitenciario.

Al respecto, Millán (2016) sostiene que, no es nada razonable, prudente ni sensato que, el juez que diligenció el proceso sea el encargado de evaluar y resolver los beneficios penitenciarios porque se halla inficionado del caso lo que no le permite hacer una evaluación objetiva, por ello se hace necesario la reinstauración de los jueces de ejecución.

Podemos mencionar tres razones de utilidad que, conllevarían la reinstauración de los jueces de ejecución penal. La primera razón, evitaría y limitaría la posible arbitrariedad que, pueda cometer la administración penitenciaria, ejerciendo control sobre las medidas desproporcionadas emitidas por el órgano interno administrativo, logrando establecer un orden justo en los presidios, al lograr un equilibrio entre el condenado y la administración penitenciaria, sin que, ello signifique una contraposición a la facultad sancionadora de la administración penitenciaria, porque se trata de controlar a través de un órgano judicial todo procedimiento disciplinario – administrativo. Como segunda razón, concretar la tutela judicial efectiva en la fase de ejecución que conlleva a garantizar: el ingreso a un órgano judicial imparcial que favorece una evaluación objetiva para una correcta toma de decisiones; el debido proceso respetando el derecho de defensa y la conducta del condenado frente a decisiones arbitrarias, como puede ser el caso de un condenado que tuvo una conducta violenta durante el juicio y que luego de un tratamiento penitenciario aprendió a controlar sus emociones sustentada en un informe psicológico. La tercera razón sustenta que, favorece la concreción y materialización de los fines resocializadora, reeducadora y rehabilitadora que persigue las penas y que, conlleva a que, el condenado cumpla con los requisitos para lograr los beneficios penitenciarios, recuperando su libertad y garantizando a la sociedad su no reincidencia.

La necesidad de compatibilizar el sistema penitenciario peruano con los pronunciamientos de las instituciones internacionales

El Estado peruano está obligado a cumplir con los pronunciamientos y mandatos de las instituciones internacionales sobre derechos humanos, por tanto, conciliar y compatibilizar

el sistema penitenciario con el mandato de los tratados internacionales, como son:

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el año 1966, vigente desde 1976 y aprobado por el Perú mediante Decreto Ley N° 22128 en 1978.

Dispone en el artículo 10° numeral 1 que, todo condenado en un establecimiento penitenciario tendrá un trato humanitario, respetando su dignidad humana que le es inherente por su condición de ser humano; y en el numeral 3 que, el condenado es favorecido con un tratamiento penitenciario con la finalidad de lograr su reforma y readaptación a la sociedad, por cuanto asume un rol de prevención del delito y de rehabilitación del condenado.

En el artículo 14 obliga al Estado a establecer mecanismos que, garanticen la adecuada aplicación de la justicia observando la igualdad de condiciones por los órganos judiciales tanto ordinarios como especiales, es decir toda persona tiene derecho a un juicio justo y al respeto a las garantías procesales y a solicitud del condenado a revisar su sentencia por un tribunal diferente al que sentenció, garantizando el debido proceso y la materialización de la tutela judicial efectiva.

Convención Americana sobre Derechos Humanos

Más conocido como el *Pacto de San José de Costa Rica*, fue aprobada el año 1969 y vigente a partir del año 1978, reconoce el derecho de toda persona, entendiéndose que se incluye a los reclusos, a exigir el respeto a su vida; a su integridad física, psíquica y moral; no someterlos a torturas y tratos cueles e inhumanos, los condenados deben ser tratados con respeto a su dignidad humana por el solo hecho de ser humano, por tanto, tienen derecho a la reforma y a la readaptación social, derecho a la defensa, al libre acceso a la justicia, el derecho de ser oído por un tribunal imparcial dentro del plazo que corresponde y con las garantías debidas.

Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura

Aprobada en 1985 en Cartagena de Indias, Colombia y vigente a partir de 1987, define tortura como un acto ejecutado en forma intencional sobre una persona provocando

penas, dolor, angustia y daños físicos o mentales, o que recurran a métodos dirigidos a inhabilitar su personalidad a excepción de penas, dolor, angustia y daños físicos o mentales que son consecuencias de sanciones legales.

Los Estados partes garantizarán en su ordenamiento penal que, todos los actos e intentos de tortura sean considerados como delitos de tortura, estableciendo castigos y sanciones rigurosas de acuerdo al grado de gravedad y estableciendo dispositivos de prevención y sancionadoras frente a todas penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, prohibiendo al personal policial y funcionarios públicos responsables de custodiar a los reos en los establecimientos penitenciarios el uso de medios de tortura, considerando que nada justifica su empleo, ni la peligrosidad del condenado, ni la inseguridad del establecimiento penitenciario.

Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador)

Aprobado en San Salvador, el Salvador en el año 1988 y entró en vigencia el año 1999, este Protocolo obliga a los Estados partes a adoptar las medidas necesarias tanto internas, de acuerdo a sus procedimientos constitucionales, como en colaboración con otros Estados para hacer efectivo todos los derechos reconocidos en dicho Protocolo sin discriminación alguna.

Un derecho importante dirigido a los reclusos es el derecho a la salud, a disfrutar del mayor grado de bienestar físico, mental y social, para ello los Estados partes declararán la salud como un bien público, a vivir en un ambiente sano con servicios básicos adecuados, a una nutrición adecuada que, garantice su bienestar físico, emocional e intelectual que, le permite desarrollar eficientemente su tratamiento penitenciario.

Convenio sobre traslado de personas condenadas – Estrasburgo sobre la ejecución de penas

Aprobado en Estrasburgo en 1983 orientado a establecer una relación de unión y cooperación entre Estados en materia penal en busca de lograr una buena administración de justicia y servir de fuente para la eficiente reinserción social de los reos extranjeros consignados

en establecimientos penitenciarios de países ajenos, para ello mutuamente los Estados asumen su colaboración en todo lo necesario para el traslado de condenados hacia su medio social de nacimiento considerando que es el mejor medio para un eficiente tratamiento penitenciario.

Reglas mínimas para el tratamiento de reclusos adoptadas por la Organización de Naciones Unidas y principios básicos de tratamiento penitenciarios

Aprobadas en Ginebra en el año 1955 y vigentes desde los años 1957 y 1977 sirvieron de base e inspiración para la reglamentación y administración penitenciaria de todo el mundo a pesar de las diferencias, políticas, económicas, sociales y culturales de los diferentes países.

El objetivo de estas Reglas mínimas es establecer los principios y las reglas a fin de lograr una buena organización de los establecimientos penitenciarios y un eficiente tratamiento de los condenados.

Establece que, los establecimientos penitenciarios deben ofrecer ambientes ventilados, con acceso a luz natural, sanos, higiénicos, ropas y cama limpias y en un buen estado, alimentación de calidad y bien servida, nutritivas que permiten al recluso mantener su salud y fuerza, el orden y la disciplina debe mantenerse sin imponer limitaciones exageradas que linden con el abuso, la crueldad, acciones inhumanas y degradantes, para su sanción debe existir normas informadas al recluso y que le permita su defensa.

La administración penitenciaria seleccionará cuidadosamente al personal de nivel y grado de acuerdo al puesto de trabajo, dado que, de la integración, humanidad, perfil personal y profesional es la garantía de una buena dirección de los establecimientos penitenciarios y un tratamiento eficiente a los reclusos con el fin de lograr su modificación y reinserción a la sociedad.

Reglas de Naciones Unidas para el tratamiento de reclusos (Reglas de Bangkok)

La Asamblea General de las Naciones Unidas sancionó en el año 2010 las *Reglas de Bangkok* justificando que, varones y mujeres no pueden recibir igual trato sino tratos diferentes, con políticas y leyes de acuerdo al género de los condenados y condenadas, atendiendo

que, las mujeres privadas de libertad son muy vulnerables por muchas razones, como puede ser su pasado afectado por la violencia doméstica y/o sexual, en el uso y tráfico de drogas, su discriminación en todo los estatus sociales, la misma que se agrava en los centros penitenciarios, razón por lo que, requieren de políticas y régimen penitenciario especiales que eviten la vulneración de su dignidad humana y garanticen su desarrollo físico y mental.

Dispone de las formas como la administración penitenciaria debe ingresar, registrar, determinar el lugar de reclusión distinguiendo si son reclusas embarazadas o con hijos menores de edad, seguridad y vigilancia y otros más.

El Manual de Buenas Prácticas Penitenciarias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

El Instituto Interamericano de Derechos Humanos en 1988 elaboró este Manual señalando que, las autoridades administrativas de los establecimientos penitenciarios para sancionar por motivos disciplinarios deben observar la razón de necesidad, el principio de legalidad, el respeto al debido proceso, de no ser penado doblemente por una infracción igual a la ya sancionada.

La Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en 2008

La Comisión reiteró la obligación de los Estados partes de observar los derechos de todos los reclusos conforme los tratados internacionales sobre derechos humanos, respetando la dignidad humana y sus derechos humanos de los condenados.

El proceso disciplinario en los establecimientos penitenciarios debe observar el principio de legalidad de tal manera que, las resoluciones tanto judiciales como administrativas no deben limitar los derechos de los reclusos por encima de lo permitido; las sanciones disciplinarias requieren observar lo dispuesto por las normas internacionales; respetar el debido proceso; las mujeres en estado de gravidez, las madres que tienen a sus hijos menores de edad conviviendo con ella, los reclusos con incapacidad mental deben ser aislados previo informe médico.

Las Comisión establece que los Estados partes deben garantizar instancias especiales judiciales para una eficiente administración penitenciaria estableciendo jueces de control y ejecución de penas.

CONCLUSIONES

La pena es la privación o restricción de derechos que impone los órganos jurisdiccionales al que violenta la ley, como castigo por su conducta jurídicamente reprochable, a fin de restaurar el orden jurídico trastocado por el delito y que, según la teoría mixta de las penas es la que, desalienta y educa en un alcance social-pedagógico, aunando la prevención con la resocialización del condenado.

La ejecución penal es la actividad ejercida por los órganos del Estado determinados legalmente por la correspondiente norma con el propósito de materializar y hacer efectivo todos y cada uno de lo dispuesto por el fallo de una sentencia penal firme, así como también de establecer medidas de seguridad que garanticen el cumplimiento de los fines de la pena, que es la resocialización de los condenados y que dentro de un Estado social y democrático de derecho le corresponde al Poder Judicial, a través de un juez de ejecución penal.

Dejar la ejecución de la pena simplemente a la actividad administrativa significa privar de legitimidad y funciones al derecho penal que, es la encargada de la organización de las formas, métodos, tratamientos, garantías, derechos y obligaciones de los condenados en la fase de ejecución de las penas; y de esta manera, ésta fase queda fuera de un control especializado independiente del que lo sancionó, sólo en poder de un agente de la administración penitenciaria, produciéndose la administrativización de la ejecución penal, haciendo de la pena un fin en sí misma, desvirtuando todo lo positivo alcanzado en las dos fases anteriores del proceso, haciendo irrealizable la rehabilitación del condenado, quienes pierden su personalidad y su sociabilidad, vulnerando sus derechos fundamentales como su derecho a la dignidad humana, que la Constitución y los instrumentos internacionales consagra a toda persona.

La virtud de la judicialización de la sentencia es la observación del principio de legalidad, columna vertebral del derecho punitivo, y la de garantizar los derechos de los condenados no comprendidos por la ley y por la misma sentencia; constituyéndose en una herramienta imprescindible para el tránsito del nivel declarativo o programático al nivel de su materialización en acciones concretas que hacen efectivo el fin que busca la pena, garantizando los derechos de los condenados mediante una vía únicamente judicial, ejerciendo control y vigilancia hacia las autoridades encargadas

de ejecutar las penas y establecer medidas opcionales para su cumplimiento.

Podemos mencionar tres razones de utilidad que conlleva la reinstauración de los jueces de ejecución penal. La primera razón, evitaría y limitaría la posible arbitrariedad que pueda cometer la administración penitenciaria, ejerciendo control sobre las medidas desproporcionadas emitidas por el órgano interno administrativo, logrando establecer un orden justo en los presidios, al lograr un equilibrio entre el condenado y la administración penitenciaria, sin que, ello signifique una contraposición a la facultad sancionadora de la administración penitenciaria, porque se trata de controlar a través de un órgano judicial todo procedimiento disciplinario – administrativo. Como segunda razón, concretar la tutela judicial efectiva en la fase de ejecución que, conlleva a garantizar: el ingreso a un órgano judicial imparcial que favorece una evaluación objetiva para una correcta toma de decisiones; el debido proceso respetando el derecho de defensa y la conducta del condenado frente a decisiones arbitrarias, como puede ser el caso de un condenado que tuvo una conducta violenta durante el juicio y que luego de un tratamiento penitenciario aprendió a controlar sus emociones sustentada en un informe psicológico. La tercera razón sustenta que, favorece la concreción y materialización de los fines resocializadora, reeducadora y rehabilitadora que persigue las penas y que conlleva a que, el condenado cumpla con los requisitos para lograr los beneficios penitenciarios, recuperando su libertad y garantizando a la sociedad su no reincidencia.

Por último, la reinstauración de los jueces de ejecución penal es una necesidad de compatibilizar el sistema penitenciario peruano con los principios constitucionales y pronunciamientos de las instituciones internacionales en materia de derechos humanos.

FUENTES DE INFORMACIÓN

Bacigalupo, E. (2005). *Las teorías de la pena y el sujeto del Derecho Penal*. En: *Los Desafíos del Derecho Penal en el Siglo XXI*. Ara Editores: Lima.

Berdugo, I. et, al. (2004). *Curso de Derecho Penal. Parte General*. Ediciones Experiencia S.L: Barcelona.

Bueno, F. (1989). Los beneficios penitenciarios después de la Ley Orgánica General Penitenciaria. *Revista de Estudios Penitenciarios*. Extra 1

- Cabrera, S. (s/f). Teorías absolutas de la pena. *Revista de análisis jurídico, Urbe et Ius*, Año I, Newsletter N°3. <https://cideargumentaciones.files.wordpress.com/2010/07/teorias-absolutas-de-la-pena-sandra-cabrera1.pdf>.
- Cafferata, J. (2000). *Proceso penal y derechos humanos*. Editores del Puerto. Buenos Aires. <https://www.cels.org.ar/web/wp-content/uploads/2016/10/Proceso-penal-y-derechos-humanos.pdf>.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (junio, 2005). Sentencia *Caso Acosta Calderón Vs. Ecuador*. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_129_esp1.pdf.
- Cote, G. E. (2007). La necesidad de la pena – reflexiones a partir de los artículos 3º y 4º del código penal colombiano. *Universitas*, 56(114), 191–226. <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/14594>.
- Duran-Migliardi, M. (2016). Constitución penal y teoría de la pena: apuntes sobre una relación necesaria y propuesta para un posible contenido desde la prevención especial. *Dikaion*, 24(2), 282–306. Recuperado a partir de <https://dikaion.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/view/4984>.
- Fernández, L. (2021). *Sistema de ejecución penal de la República Dominicana y la Constitución. En constitucionalización del Proceso Penal*. Segunda edición. Escuela Nacional de la Judicatura: Santo Domingo. <https://biblioteca.enj.org/handle/123456789/123477>.
- García, M. Á. (1991). Pena, disuasión, educación y moral pública. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. *Revista de la Facultad de Derecho, México*. número 175-176-177, <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-facultad-derecho-mx/article/view/27843/25162>.
- Haddad, J. (1999). *Derecho Penitenciario, Actividad Delictual, Responsabilidad y Rehabilitación Progresiva*. Ciudad Argentina: Buenos Aires.
- Hinojosa, R. (2002). *La ejecución en Derecho Procesal Penal*. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A: Madrid.
- Jescheck, H. y Weigend, T. (2002). *Tratado de Derecho Penal Parte General*. España: Comares
- Künsemüller, C. (2010). La judicialización de la ejecución penal. *Revista De Derecho - Pontificia Universidad Católica De Valparaíso*, 26(1). <https://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/view/568>.
- Manzanares, J. L. (1984). *Relaciones entre la Administración Penitenciaria y los jueces de vigilancia. Anuario de derecho penal y ciencias penales (ADPCP)* Tomo 37. Sección doctrinal: España.
- Mendieta, L.M, Goyte, M., Oviedo, I.Y. (2020). El juez de ejecución de penas y las medidas de seguridad en Colombia: un análisis crítico sobre sus orígenes, consagración normativa y funciones. *Via Inveniendi Et Iudicandi. Universidad Santo Tomás*. 15 (1). 91-118 <https://doi.org/10.15332/19090528/5743>
- Millán, D.G. (2016). *Los beneficios Penitenciarios en Iberoamérica*. Grijley: Lima.
- Milla, D. G. (2019). *Beneficios Penitenciarios*. Instituto Pacífico: Perú.
- Mir Puig, S. (2000). *Derecho Penal. Parte general*. 5ta. Edición. Reppertor: Barcelona.
- Mir Puig, S. (2004). Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva. En: Anuario de derecho penal y ciencias penales. Unirioja: España. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=46280>.
- Orjuela, C. P. (2019). *Los beneficios de la reincorporación del juez de ejecución penal al sistema penitenciario del Perú*. [Trabajo Académico para optar el título de Segunda Especialidad en Derecho Procesal: Pontificia Universidad Católica del Perú] URI: <http://hdl.handle.net/20.500.12404/16264>
- Peñaranda, E. (2015). *La pena: nociones generales. En Lascuráin Sánchez, J.A.* (coordinador), *Introducción al derecho penal*. 2ª edición. Civitas Thomson Reuters: Madrid.
- Pérez, A. I. (2016). *El juez de vigilancia penitenciaria y sus competencias. En I. Berdugo Gómez de la Torre, Lecciones y Materia para el estudio del Derecho Penal – Derecho Penitenciario*. Iustel: Madrid.
- Rabossi, E. A. (1976) *La justificación moral del castigo*. Editorial Astrea: Buenos Aires.
- Rodríguez, D. (2019). Pena (Teoría de la). *EUNOMÍA. Revista En Cultura De La Legalidad*, (16), 219-232. <https://doi.org/10.20318/eunomia.2019.4701>.
- Roxin, C. (1981). *Iniciación al derecho penal de hoy*. Secretariado de Publicaciones de Sevilla: España.

Roxin, C. (2001). *Transformaciones de los fines de la pena. En: Nuevas formulaciones en las ciencias penales*. 1º edición. Lerner: Córdoba.

Small, G. (2010). *Situación carcelaria en el Perú y beneficios penitenciarios*. Lima: Grijley.

Solís, A. (1990). *Ciencia Penitenciaria y Derecho de Ejecución Penal*. Editorial FFECAAT E.I.R.L: Lima.

Solis, A. (2008). *Política Penal y Política Penitenciaria*. Octavo Cuaderno de Trabajo del Departamento Académico de Derecho de la PUCP: Lima. <https://departamento.pucp.edu.pe/derecho/wpcontent/uploads/2019/05/politica-penal.pdf>.

Zaffaroni, S. (2006). *Manual de derecho penal. Parte general*. 2ª edición. Ediar: Buenos Aires.

ASPECTOS SOCIALES Y JURÍDICOS DE LA CONFIANZA EN EL CAMPO DEL DERECHO: A PROPÓSITO DEL PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGÍTIMA Y SU VINCULACIÓN CON EL ESTADO DE DERECHO

SOCIAL AND LEGAL ASPECTS OF TRUST IN THE FIELD OF LAW: REGARDING THE PRINCIPLE OF LEGITIMATE TRUST AND ITS CONNECTION WITH THE RULE OF LAW

César Luis Correa Zúñiga
<https://orcid.org/0000-0003-4256-0834>
Universidade da Coruña
ccorreaz@usmp.pe
España

Recibido: 31 de agosto de 2023.

Aceptado: 14 de marzo de 2024.

SUMARIO

- Introducción
- La construcción social de la confianza y su vinculación con el derecho
- La confianza legítima: Antecedentes y contenido dogmático
- Alcance y aplicación de la confianza legítima en el ordenamiento nacional y su aplicación más allá del procedimiento administrativo
- Conclusiones
- Fuentes de información

RESUMEN

La confianza termina siendo un aspecto vital del desarrollo histórico en todas las sociedades del mundo ya que a través de esta se erigen las disposiciones legales que cautelan y protegen los intereses de los individuos en la sociedad, es por ello que el tránsito, en cuanto a su estudio, debe partir desde el origen del ser humano como individuo social, pasando por la posterior creación y aparición del Estado hasta nuestros días donde se le relaciona con las diversas áreas de la vida diaria.

En ese escenario, es preciso el abordaje de la temática no desde su análisis positivo tal cual se encuentra previsto en la legislación administrativa peruana actualmente, sino desde su análisis histórico para identificar el por qué se le asocia especialmente al ámbito del derecho público y de esa forma comprender el dogma que trae consigo su incorporación al derecho como ciencia social que busca encuadrar la realidad social a través del establecimiento de

normas jurídicas, que lo que buscan es generar escenarios armonía en la convivencia social; no obstante, es propicio reconocer que la confianza, en cuanto a su significado, no es exclusivo del campo del derecho.

Por tanto, el precitado concepto involucra aspectos subjetivos, ya que los seres humanos, mediante el libre albedrío y la toma de decisiones, deciden en que aspectos pueden estar seguros de que su contraparte cumplirá con su rol, promesa, labor o responsabilidad en la sociedad, ello quiere decir que en principio corresponde a las diversas ciencias sociales determinar la naturaleza y característica de la confianza.

Sin perjuicio de que se reconozca como punto de partida a la confianza desde su acepción natural, importa a este trabajo de investigación abordar la temática que incida en el contenido histórico – dogmático que le se le atribuye a la llamada confianza legítima como una expectativa social depositada en el Estado, a través de la administración pública, siendo una suerte de garantía frente a toda acción e incluso omisión que se presente en las interacciones que existen entre administrados y administración pública; no obstante, se espera lo mismo en el tratamiento interno organizativo del estado, no siendo privativa únicamente de la actuación privada – pública sino siendo extensiva a la actuación entre entes públicos, eso quiere decir que no solo los individuos ajenos a la función administrativa se encuentran expectantes del correcto desempeño de lo que se conoce como confianza legítima, sino que también las diversas entidades públicas generan expectativas en favor de esta institución que también corresponde al campo del derecho.

Es por lo anteriormente señalado que si bien su encuadre se encuentra prefijado en la actualidad como un principio procedimental reconocido en la Ley del Procedimiento Administrativo General – Ley N° 27444, dicho alcance no ha sido ajeno a controversias e incluso contradicciones, tanto así que comúnmente se le vincula con la producción resolutoria en un procedimiento administrativo a través de la línea de interpretación asumida por parte de alguna entidad pública y en algunos casos más rigurosos a la producción resolutoria a modo de precedentes de observancia obligatoria, lo cual como veremos no es lo más adecuado.

En ese sentido, partiendo de la justificación de la existencia de la estudiada institución en el ordenamiento jurídico peruano, advertimos necesario considerar que su tratamiento debe ir más allá de la propia aplicación realizada en un procedimiento administrativo; si bien existe desconcierto en el empleo de esta institución cuando se refiere al espacio discrecional propio de algunas actuaciones administrativas o incluso la contravención al principio de legalidad, al encontramos ante un principio garantista, no está de más recordar que como todo aspecto relacionado con el interés general, deben existir parámetros o características para una adecuada aplicación, motivo por el cual ello no impide el poder promover una construcción *ius publicista* amplia del principio en cuanto a su aplicación en el derecho administrativo, ello con el fin de conseguir los fines públicos de su objeto y finalidad.

PALABRAS CLAVES: Administración pública, actuación administrativa, capital social, confianza legítima, dogmática, función administrativa del poder, legitimidad, seguridad jurídica.

ABSTRACT

Trust being a vital aspect of historical development in all societies of the world and it is through it that the legal provisions that safeguard and protect the interests of individuals in society are established, which is why the transit in terms of Its study must start from the initial state of the human being as a social individual, a step for the subsequent creation and appearance of the State until today where it is related to the various areas of daily life.

In this script, it is necessary to approach the subject not from its literal analysis provided for in the current administrative legislation, but to start it from its historical analysis to identify why it is especially associated with the public

sphere and in this way to understand the dogma that it achieves its incorporation into law as a social science that seeks to frame social reality through the establishment of legal provisions as norms, which they seek is to generate harmony in social coexistence; However, in principle it is propitious to recognize that trust, in terms of its meaning, is not exclusive to the field of law. Being exact, we refer to a concept that involves subjective aspects, since human beings, through free will and decision-making, decide at what point and aspects they can be sure that their counterpart with their role, promise, work or responsibility in society, this means that in principle it is up to sociology to determine the nature and characteristics of trust.

Without prejudice to recognizing trust as a starting point from its natural meaning, it is important for this research work to address the issue by influencing the historical - dogmatic content that is attributed to the so-called legitimate trust as a social expectation deposited in the State. , through the public administration, being a kind of guarantee against any action and inclusion of omission that occurs in the interactions that exist between the companies and the public administration; However, the same is expected in the internal organizational treatment of the state, not being exclusive only to private - public action but even public - public, that means that not only individuals outside the administrative function are expecting the correct performance of what is known as legitimate trust, but also the various public entities generate expectations in favor of this institution.

It is because of the aforementioned that although its framing is currently established as a procedural principle recognized in the General Administrative Procedure Law - Law No. 27444, its scope has not been immune to controversies and even contradictions, so much so that it is generally It is linked to the resolution production in an administrative procedure through the line of interpretation assumed by a public entity and in some more extreme cases to the resolution production as precedents of obligatory observance, which as we will see is not the most appropriate. .

In this sense, starting from the justification of the existence of the institution studied in the Peruvian legal system, we warn that it is necessary to consider that this treatment goes beyond the request made in an administrative procedure; If indeed there is disagreement

in the use of this institution when it refers to the discretionary space proper to some administrative actions or even the contravention of the principle of legality, when faced with a guarantee principle, it is worth remembering that like any aspect related to the interest In general, there must be parameters or limits in terms of its application, which is why this does not prevent the promotion of a broad public law construction of the principle in terms of its application in administrative law, in order to achieve the public purposes of its application. object and purpose.

KEYWORDS: Public administration, administrative action, social capital, legitimate trust, dogmatic, administrative power, legitimacy, legal certainty.

INTRODUCCIÓN

La confianza legítima como punto de partida en el ordenamiento normativo peruano se incorporó positivamente a la Ley del Procedimiento Administrativo General – Ley N° 27444, a raíz de la entrada en vigor del Decreto Legislativo N.º 1272 – Decreto Legislativo que modifica la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General y deroga la Ley N° 29060, Ley del Silencio Administrativo. Si bien la confianza legítima se encuentra estrechamente vinculada con el derecho público, particularmente con el derecho administrativo, ello no es óbice para aproximar a la institución desde una mirada histórico – social y desde ahí generar el desarrollo de su aplicación más allá del procedimiento administrativo, motivo por el cual se parte desde lo general de la institución hacia lo específico mediante su abordaje más allá de la relación jurídico – procesal.

En ese escenario, el alcance de la institución traslada a lo histórico - dogmático asentado al rol del Estado y su relación con los individuos en un Estado de derecho, es por ello que se le atribuye cierto deber – obligación al Estado a través de las entidades de la administración pública para la consecución de dicho aspecto, lo que genera escenarios de confianza en pos de la gobernabilidad por un lado y el asentamiento del derecho como institución social para la solución de controversias y conflictos que puedan suscitarse en la sociedad cuanto menos en el ámbito del derecho administrativo.

Motivo por el cual se incide en el significado de la confianza desde el punto de vista de las ciencias sociales y luego de ello el alcance de la

confianza legítima desde el estado de derecho. Al respecto, dicha caracterización no es de todo simple debiéndose efectuar el estudio de su configuración histórica a fin de entender el dogma o razón de ser de su existencia en la sociedad.

Una vez efectuado ello corresponde el recorrido propio de su existencia en el derecho administrativo peruano y de esa forma la postulación de su incorporación y aplicación en la práctica administrativa más allá de lo procesal, estudiando los aciertos y también desaciertos de la institución cuando ha sido abordada por la jurisprudencia nacional, lo cual permite entender su alcance tanto sustantivo como procesal.

Finalmente un aspecto importante está referido a que luego del análisis efectuado se concluya que la institución materia de investigación no solo constituye un principio del procedimiento administrativo general peruano sino que corresponde su inserción en otras formas de manifestación de la función administrativa que propiamente ejerce la administración pública, es por ello que sobre ese punto se postula una construcción ius publicista integral de la confianza legítima en nuestro ordenamiento administrativo como punto clave para el logro de los fines y objetivos de un estado de derecho sólido y predecible en cuanto a su relación con los individuos en un estado de derecho.

LA CONSTRUCCIÓN SOCIAL DE LA CONFIANZA Y SU VINCULACIÓN CON EL DERECHO

Hace unos años en la Universidad del Externado de Colombia, entiendo producto de muchas investigaciones, se desarrolló el trabajo académico que luego se convirtió en libro titulado *La defraudación de la confianza legítima. Aproximación crítica desde la teoría de la responsabilidad del Estado* obra de Gabriel Valbuena Hernández. Entre muchas de sus conclusiones y comentarios finales se tiene lo siguiente:

Tal como queda expuesto en estas páginas, la incorporación de este principio en nuestro derecho nacional se explica por la necesidad de ampliar la esfera de protección jurídica de los administrados. Dentro de dicha perspectiva, resulta plausible el enorme esfuerzo doctrinario que se ha venido haciendo en la intimidad de los despachos judiciales y en las aulas universitarias en procura de ajustar este principio a las necesidades que son propias de nuestra realidad (2008, p. 513).

En ese sentido, para el citado autor exponer los alcances y aspectos esenciales del principio de confianza legítima significa un aporte no solo académico sino de alcance para sus conciudadanos y su aplicación a la realidad de su país, realidad que de por sí es diferente a la peruana a pesar de la proximidad y cercanía; es por ello que es preciso introducir un punto de vista nacional al estudio académico de la referida institución conformado por la práctica jurídica administrativa en cuanto a aplicación en tiempo y forma del citado principio, motivo por el cual corresponde entender como ha sido el tratamiento de la confianza en el ámbito jurídico para que partiendo de ese punto se construyan los antecedentes, razón de ser y aplicación de la confianza legítima en el Perú, la que hay que distinguirla de otras instituciones o principios como el de legalidad, juridicidad, entre otros, a fin de no generar confusiones innecesarias.

En ese escenario, dos son los elementos terminológicos que conforman el principio materia de investigación, por un lado la confianza, lo cual qué duda cabe forma parte del escenario subjetivo de cada persona y que vincula con una situación determinada en el marco de vida en sociedad, lo que escapa del ámbito jurídico; no obstante ello se introduce en la ciencia jurídica dicho concepto, agregándole el calificativo de “legitimidad” justamente para entender que nos encontramos ante un término que es propio del derecho como tal y que justamente busca caracterizar la confianza depositada intrínsecamente en el estado de derecho, a modo de *contrato social* como mencionaría Rousseau en su clásica obra inspiradora de las libertades francesas, y con ello generar un espacio de deber – derecho y obligación en la sociedad como tal.

De lo antes mencionado es preciso coincidir con la profesora Viana Cleves quien resalta el espíritu comunitario de la confianza legítima conforme el siguiente postulado:

La confianza legítima es un principio general del derecho, un principio constitucional implícito y, con relación al derecho comparado, un principio del derecho comunitario. Su origen se encuentra en el ordenamiento jurídico alemán y su desarrollo se debe principalmente al ámbito jurisprudencial. Dadas las implicaciones prácticas de la protección jurisprudencial concedida a este principio, ha sido ampliamente desarrollado por la doctrina extranjera. (2007, p. 221).

Sin embargo, es preciso detenerse en el concepto de confianza tal cual su acepción natural. Este concepto ha sido estudiado desde diversos

campos tales como la psicología, la economía, la sociología y el derecho, constituyéndose todas en común ciencias sociales; no obstante, una primera aproximación al concepto es sumamente complejo tal cual lo dan a conocer Sanz, Ruiz y Pérez, quienes recogen lo siguiente:

Estudios como los de Fukuyama (1995), Hosmer (1995), McAllister (1995), Williamson y Craswell (1993), han detectado una laguna de investigación consistente en la dificultad de precisar el concepto de confianza, al no existir una definición universalmente aceptada en las ciencias sociales, debido a que se ha conceptualizado desde diversas perspectivas o de acuerdo con el texto en el que se encontraban inmersos las investigaciones (Fogg y Tseng 1999; Morgan y Hunt, 1994). Por lo tanto, y para identificar el contenido de las principales contribuciones, se requiere una labor de análisis de las aportaciones académicas previas. (2009, p. 32).

Partiendo de la complejidad de brindar una definición inicial sin ingresar al universo de posturas y alcances sociales corresponde tener presente lo citado por Yáñez, Ahumada y Cova, quienes citando a Mayer y Gil manifiestan que la confianza representa una intención para tomar un riesgo en una relación, es decir la voluntad o deseo de comprometerse en tomar un riesgo con quien se va a confiar (2006, p.11).

Este aspecto es sumamente ilustrativo, desde un punto de vista micro social para entender que el concepto de confianza va ligado íntimamente al ser humano en la toma de decisiones.

Al respecto, los economistas y estudiosos del análisis económico del derecho han desarrollado diversas tesis referidas con la toma de decisiones en sociedad; en ese escenario un aspecto bastante interesante por resaltar versa sobre la economía colaborativa, en ese sentido Mejía, Mendoza y Mejía han referido lo siguiente:

El modelo de creación de confianza de Shao & Yin está estructurado en tres fases; confiar en antecedentes, confiar en creencias e intenciones y confiar en comportamientos, en otras palabras, el modelo aborda la confianza que se desarrolla a partir de factores exógenos (antecedentes), lo cual condiciona las intenciones de los consumidores y conduce a desarrollar comportamientos interesantes como seguir las recomendaciones de otras personas, compartir información de los proveedores del servicio y la satisfacción de experiencias. (2021, p.151).

Si bien este último enfoque está circunscrito al campo del consumidor, es curioso advertir que la confianza de la que se hace referencia ha sido generada por el propio ciudadano,

incluso empleando medios accesorios para poder adoptar una decisión, justamente esa es una forma de actuar del ser humano ante el desconcierto o desconocimiento, apoyarse en otros, es por ello que la confianza va de la mano de muchos aspectos subjetivos y que cambian de sociedad en sociedad como por ejemplo, en algunas civilizaciones antiguas, la palabra era la fuente más segura de confianza, en otros es necesario conocer los antecedentes, quizá el ofrecimiento de garantías o alguna acción que repercuta en notoriedad; sin embargo cuando nos enfrentamos al colectivo, desde un punto de vista macro es preciso hacer referencia al concepto que de manera generalizada ha sido definido como el de: “capital social”.

Al respecto, sobre este concepto, Valbuena menciona lo siguiente:

El concepto de “capital social” alude al conjunto de factores que contribuyen a potenciar el desarrollo de una colectividad, de los cuales forman parte los niveles de confianza existentes entre los distintos actores sociales, las normas de comportamiento cívico, la capacidad de trabajo en equipo y la participación de los individuos en las diferentes actividades de naturaleza asociativa, los cuales en su conjunto, facilitan la coordinación, la cooperación y la concreción de las posibilidades de crecimiento y desarrollo de la comunidad. Dicho en otras palabras, esta expresión se refiere al conjunto de lazos, redes y vínculos asociativos que se establecen de manera espontánea y voluntaria en el seno de una sociedad y que además de consolidar y fortalecer la comunidad de esfuerzos y propósitos, constituye uno de los motores más importantes del desarrollo económico. (2008, p. 61).

Es en tal sentido que se encuentran incorporados los aspectos de confianza tanto en el ámbito individual como en el social, ello advierte justamente que los individuos se desarrollan y desenvuelven en sociedad y del mismo modo adoptan mecanismos para sentirse “confiados” de que sus decisiones y su entorno es el más adecuado para la convivencia en sociedad.

Sin embargo es ahí donde figura y aparece un actor supremo: El Estado, si bien la construcción del Estado como tal se ha ido construyendo en mérito a un proceso histórico producto de la suma de las experiencias de las grandes civilizaciones y de pensamientos históricos filosóficos como los de Platón, Aristóteles, Bodin, Hegel, Hobbes, Rousseau, Montesquieu, Santo Tomas de Aquino, Maquiavelo, Descartes, entre otros, es posible advertir cual sea la corriente filosófica que utilicemos para identificar la teoría del estado,

que la construcción del estado ha originado una asignación de diversos poderes en favor de los individuos que conforman una sociedad, eso según el pensamiento finalista que da como origen la aparición del Estado como si de un contrato social se tratase; no obstante no hay que olvidar que el poder siempre recae y recaerá en el pueblo, ello hasta el fin de los días; sin embargo: ¿De dónde nace es legitimidad estatal?

Un primer punto de aproximación lo brinda el profesor colombiano Santofimio quien manifiesta respecto del principio de buena fe o de tutela a la confianza pública en el derecho administrativo colombiano:

El principio de buena fe o de tutela a la confianza pública, que rige tanto para las actuaciones de las autoridades como de los particulares, es de origen constitucional y su consagración corresponde a un desarrollo preciso de garantías de los derechos tendientes a consolidar la confianza, la seguridad jurídica, la credibilidad, la certidumbre, la lealtad, la corrección y la presunción de legalidad como reglas básicas de convivencia dentro de la comunidad política en el entendido de que la desconfianza y la deslealtad no pueden constituirse en las reglas generales y ordinarias del comportamiento público frente a los ciudadanos y demás asociados en cualquier actuación administrativa o de los particulares para con las autoridades. (2023, p.476).

En lo que respecta a la legitimidad conduce a la incursión en la teoría del Estado. Sobre este punto Rúa menciona lo siguiente:

El concepto de legitimidad aparece, pues, ceñido al de poder político, en tanto que se representa como justificación de su ejercicio. En términos de Bertrand Russell, el poder aparece como un concepto cuantitativo que se puede definir como la producción de los efectos pretendidos. No se puede hablar de legitimidad sin hablar de poder, ni se puede hablar de poder sin hablar de política, dado que la política se define a sí misma a partir del ejercicio del poder, por ello la legitimidad suele presentarse con un carácter justificatorio. (2013, p. 92).

Regresando al campo del derecho, aunque quizá haya algún lector que considere que la política y el derecho van de la mano lo cual representa un anhelo social, se evidencia que el concepto de legitimidad está asociado al del poder; y justamente ese poder es conferido al estado quien, en lo que respecta a los individuos en sociedad, en salvaguarda del interés general, se encuentra asociado a la función administrativa del poder, término empleado en Perú por el profesor Ricardo Salazar Chávez asociándolo a los organismos, órganos y personas órgano estatales y no estatales; esto quiere decir que esa legitimidad

es trasladada a toda actuación administrativa, ello en razón del Estado de derecho, a través del cual se confieren facultades legislativas a los entes públicos y se limitan libertades de los individuos conforme el precepto de vinculación negativa consagrado en el inciso a numeral 24 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú que establece que nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe.

En ese sentido, este tránsito histórico otorgado en principio al Estado, dotándolo de legitimidad para el ejercicio del poder en mérito de las luchas históricas revolucionarias por la libertad, ha originado que sea atribuida dicha legitimidad al Estado representado esta vez por las entidades de la administración pública, motivo por el cual el derecho administrativo cobra suma relevancia en este punto.

Si bien con ello no se desconoce que el concepto de legitimidad o de confianza legítima esté vinculado al derecho administrativo, pues tanto en las diferentes ramas del derecho como en el derecho civil, penal, comercial la confianza es un elemento vital y ha sido desarrollo bajo la mirada propia de la legitimidad de un Estado de derecho; es preciso resaltar las bondades que trae aparejadas la aparición y desarrollo del derecho administrativo sujeto ello al desarrollo a su vez de la función administrativa del poder y del rol con el que cuenta las entidades en un Estado de derecho.

En ese sentido comparto la visión finalista que desarrolla el profesor Salazar quien manifiesta:

La administración pública, los administrados y, consecuentemente el derecho administrativo, se manifiestan dentro de un marco que incluye a un conjunto de factores y actores cuya interrelación condiciona o influye en el contenido de las múltiples relaciones de relevancia jurídico-administrativa que se establecen entre todos ellos. En tal sentido, es preciso identificar y considerar a tales factores y actores cuando se pretende construir un régimen jurídico administrativo que brinde principios, soluciones y vías exitosas para que la función administrativa del poder cumpla su propósito central como es el de coadyuvar a que la sociedad concrete acciones para hacer realidad los valores y metas programáticas que justifican la existencia de esta, con miras a lograr la realización individual y colectiva de sus integrantes (2007, p.p 198-199).

En ese sentido, no es posible parametrar el término confianza exclusivamente al derecho conforme hemos evidenciado, su construcción

se da desde el punto de vista individual pasando por la confianza social todo ello para construir un aspecto que involucra a la subjetividad del individuo; no obstante, el Estado como garante del interés general y en el marco del ejercicio del poder ostenta legitimidad, que desarrollada en un Estado de derecho se traduce en el ejercicio de la función administrativa del poder, la cual debe ser desarrollada con suma responsabilidad, caso contrario veremos defraudada la confianza legítima que justamente corresponde su abordaje a continuación.

LA CONFIANZA LEGÍTIMA: ANTECEDENTES Y CONTENIDO DOGMÁTICO

En la actualidad, el Texto Único Ordenado de la Ley N.º 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado mediante Decreto Supremo N.º 004-2019-JUS, en adelante TUO ha incorporado la confianza legítima al principio de predictibilidad, el cual ha quedado redactado a raíz de la entrada en vigor del Decreto Legislativo N.º 1272, de la siguiente manera:

Principio de predictibilidad o de confianza legítima. - La autoridad administrativa brinda a los administrados o sus representantes información veraz, completa y confiables sobre cada procedimiento a su cargo, de modo tal que, en todo momento, el administrado pueda tener una comprensión cierta sobre los requisitos, trámites, duración estimada y resultados posibles que se podrían obtener.

Las actuaciones de la autoridad administrativa son congruentes con las expectativas razonablemente generadas por la práctica y los antecedentes administrativos, salvo que por las razones que se expliciten, por escrito, decida apartarse de ellos.

La autoridad administrativa se somete al ordenamiento jurídico vigente y no puede actuar arbitrariamente. En tal sentido, la autoridad administrativa no puede variar irrazonable e inmotivadamente la interpretación de las normas aplicables.

Conforme puede apreciarse, la citada norma está compuesta por tres aspectos; el primero de ellos, por la obligación de la autoridad a cargo del procedimiento de brindar información esencial sobre el procedimiento, pero no sobre el estado situacional del mismo sino respecto de aspectos referidos a los requisitos a presentar, la duración y los posibles resultados; estos es sumamente vital ya que el ciudadano tiene derecho a la conocer la certeza o posibilidades de éxito respecto de una petición que formule, es por ello que sobre este primer punto el principio resalta la obligación a cargo del funcionario

o servidor instructor del procedimiento relacionada con la información que brinda al ciudadano respecto del trámite que pretende iniciar o está iniciando, es por ello que en este extremo el citado principio se plasma a través de los mecanismos de petición con los que cuenta el administrado, tanto formales como orales, para acceder justamente a la información que satisfaga sus inquietudes referidas con la postulación al procedimiento.

No obstante ahí no culmina el alcance de la norma ya que en segundo lugar se hace referencia a las actuaciones que deban desarrollarse tanto ex ante como durante al inicio del procedimiento administrativo, bajo la lógica prevista en el párrafo precedente, a fin de que la actuación a desarrollar sea consecuente con la práctica común evidenciada en mérito al tratamiento brindado en actuaciones similares con anterioridad, con lo cual se plasma una garantía de sujeción a la práctica administrativa muy vinculada al principio de igualdad en lo que respecta al tratamiento recibido; no obstante y dada la dinámica del derecho administrativa y que no es posible sujetar todos los casos al cumplimiento de un parámetro especificado, es posible que la autoridad pueda apartarse de dicho tratamiento pero siempre previa justificación motivada.

Ello quiere decir que dicha actuación funcional no solo aborda aspectos de información ex ante sino también la conducta de la autoridad durante el procedimiento en lo que respecta a la vinculación que le asigna al caso frente a lo ya resuelto, teniendo la posibilidad de apartarse previa justificación.

Un último punto es el referido a que la autoridad queda sometida al ordenamiento jurídico, ya que ello responde al cumplimiento del principio de legalidad, y también lo referido a que no puede actuar arbitrariamente, todo ello ya consagrado en el alcance de otros principios; no obstante debe entenderse que si bien es cierto la autoridad puede apartarse de la línea resolutive o de actuación administrativa de forma motivada, dicha motivación debe contener mínimamente elementos razonables lo que genere una nueva línea de interpretación normativa.

En ese sentido, de acuerdo a su alcance previsto en la normativa en mención, la autoridad administrativa mantiene dos obligaciones: la de brindar información esencial acerca del trámite a seguir que permita conocer con mayor certeza acerca de las expectativas de éxito por

un lado, mientras que por el otro la vinculación entre lo que tiene que resolver frente a lo que ya resolvió consagrando el criterio adoptado para las prácticas a futuro, salvo que por algún motivo razonablemente justificado deba apartarse desarrollando una diferente interpretación, en ello se plasma justamente el alcance del comentado principio extendido en terminología a raíz de la entrada en vigor del precitado decreto legislativo.

La razón de ser de los ajustes que hoy se encuentran previstos en la normativa en vigor se justificaron de acuerdo con lo señalado en la exposición de motivos¹ de la ley conforme lo que a continuación se menciona:

La predictibilidad, reflejo y expresión de la búsqueda de seguridad jurídica – en este caso, dentro de un procedimiento administrativo –, demanda que la información entregada – y sin duda alguna, las decisiones tomadas por la Administración Pública sea completa y confiable, para así generar confianza en el quehacer de dicha Administración. Además, en la doctrina comparada, el principio de confianza legítima en la Administración se refiere a que esta “no puede modificar unilateralmente el sentido de sus decisiones de no mediar una clara y concreta justificación que lo permita (...). Lo normal será que, en efecto, la actuación administrativa siga los cánones de la continuidad de las políticas públicas o, lo que es lo mismo, que actúe de acuerdo con la objetividad, imparcialidad y congruencia propia de quien está al servicio del interés general.

Por ello la nueva redacción para el numeral 1.15 del artículo IV de la LPAG identifica adecuadamente predictibilidad con confianza legítima, aclara que la autoridad administrativa está obligada a dar información sobre el procedimiento a su cargo y, además especifica cuál es el objetivo buscado cuando se proporciona información.

Sin embargo, corresponde señalar que lo anterior no se agota allí, pues adicionalmente se establece que la autoridad administrativa debe someterse al ordenamiento jurídico vigente. Por ello, si dicha autoridad decide cambiar de interpretación, deberá hacerlo en forma razonable y motivada. (Expo. de motivos D.L 1272)

Al respecto, como ya se evidencia, nuestro ordenamiento ha considerado aparejar la confianza legítima con la predictibilidad, no obstante, de la sustentación bajo comentario se advierte en mérito a la cita efectuada al

¹ La citada exposición de motivos fue revisada a través de la siguiente ruta electrónica: https://www.congreso.gob.pe/Docs/comisiones2016/ConstitucionReglamento/files/exposic%C3%B3n_de_motivos_dl_1272.pdf

profesor Jaime Rodríguez Arana Muñoz, utilizada en la citada exposición de motivos, al hacer referencia a la actuación administrativa en general, por consiguiente, a que esta no se circunscriba únicamente al cauce protector en un procedimiento administrativo.

Todo ello origina y genera la inquietud de conocer su alcance histórico y dogmático de la institución para corroborar si efectivamente debemos delimitarla a los alcances del clásico principio de predictibilidad o por si lo contrario, puede hablarse de una institución arraigada en el derecho público en mérito a la legitimidad referida, específicamente a la función administrativa del poder.

Qué duda cabe que el tema es apasionante y discutible y que conforme lo desarrollado por el profesor Valbuena va más allá del propio procedimiento, quien afirma lo siguiente:

Bajo la perspectiva en la cual hemos enmarcado esta investigación, en donde como vimos las posiciones de confiante y confidente son asumidas en su orden por el administrado y el Estado la base de la confianza ésta dada por todos aquellos hechos, acciones y omisiones atribuibles a las autoridades públicas o a los particulares que actúan en su nombre, y que tienen por si mismos la propiedad de suscitar la confianza de los administrados. (2008, p.159).

Esto quiere decir, que la confianza legítima como es lógico va más allá de la predictibilidad en materia procedimental administrativa; no obstante, si bien su inclusión en la ley procedimental administrativa peruana por excelencia nos conduce a su aplicación en vía procedimental, como ya se ha postulado es posible extender sus alcances más allá del procedimiento administrativo.

De conformidad con el profesor Eduardo García de Enterría, la institución bajo análisis tiene un origen en el derecho alemán, en ese escenario el profesor Maurer manifiesta lo siguiente:

Los derechos fundamentales constituyen indiscutiblemente derechos de defensa frente a actuaciones estatales, y no sólo frente a injerencias intencionadas sino, en su caso, también contra aquellas lesiones incidentales de la libertad o la propiedad causadas a través de actuaciones estatales. Siempre que no entren en juego derechos fundamentales especiales, se recurrirá al art 2.1 GG del cual, en tanto que derecho de libertad general según la amplia interpretación que de él ha hecho el BVerfG otorga el derecho a individuo a que no se le

impongan cargas o perjuicios que no se hallen cubiertos constitucionalmente (2009, p. 199).

En ese sentido, la citada cita nos lleva a la correlación que se busca entre la confianza legítima por un lado y la actuación administrativa por otro a fin de encuadrarla en el tratamiento constitucional, no obstante, en un orden democrático, el profesor García de Enterría citando a Maurer señala lo siguiente:

Las regulaciones por ley que afectan exclusivamente al nacimiento futuro de situaciones, derechos o relaciones jurídicas no colisionan con el principio de protección de la confianza. El ciudadano no puede confiar en que las leyes dadas en un tiempo vayan a permanecer incambiadas. Menos aún puede pretender que el legislador actúe de una determinada manera... El legislador tiene que estar abierto hacia el futuro, tiene que tener la posibilidad de reaccionar sobre nuevos desarrollos o evaluaciones, admitir nuevos conocimientos e imponer nuevas concepciones políticas, como también corregir en el futuro viejos errores. (2002, p. 181).

En ese escenario, de lo antes citado nos encontramos en principio ante el encauzamiento constitucional de la confianza por un lado y de la práctica democrática al momento de desarrollar un instrumento normativo como lo sería la ley, en la que ubicamos justamente la idea de confianza social y de innovación en el campo de la ciencia jurídica, sobre ello el profesor García de Enterría señala: “En realidad, en el derecho alemán, el principio de protección de la confianza como un verdadero límite a la potestad legislativa juega únicamente – y no sin importantes críticas por el sector doctrinal más autorizado – en el tema específico de la retroactividad o irretroactividad de la leyes y con importantes restricciones o limitaciones.” (2002, p. 179).

Si bien el citado autor enfoca su análisis en los aspectos de responsabilidad patrimonial, buscando identificar si existe alguna consideración constitucional del citado principio, equiparándolo al de seguridad jurídica, se considera importante la identificación de su antecedente en el ordenamiento jurídico alemán como una forma de dotar de seguridad jurídica a las situaciones de hechos culminadas, que en nuestro ordenamiento involucraría la incorporación de las tesis de los derechos adquiridos y la de los hechos cumplidos cuya esencia puede establecerse como regla en nuestro marco constitucional, ello posición nuestra fundamentación referida a que este principio debe ser incorporado al desarrollo de

cualquier actividad administrativo propia de la función administrativa del poder y no solo al procedimiento administrativo.

Ahora bien, habiéndose ubicado los antecedentes de la institución, es preciso comprender el sentido dogmático de la confianza legítima no sin antes caracterizarlo. Al respecto el profesor Rodríguez Arana Muñoz vincula a este principio con los principios generales del derecho y del mismo modo lo relacionado con el de seguridad jurídica. En ese sentido, citando diversas resoluciones del tribunal supremo, nos ilustra al respecto con lo siguiente:

El Tribunal supremo, por sentencia de 4 de junio de 2001, estableció que “el principio de confianza legítima, relacionado con los más tradicionales, en nuestro Ordenamiento de seguridad jurídica y buena fe en las relaciones entre la Administración y los particulares comporta, según la doctrina del TJCE y la jurisprudencia de esta sala, el que la autoridad pública no pueda adoptar medidas que resulten contrarias a la esperanzada inducida por la razonable estabilidad de las decisiones de aquélla, y en función de las cuales los particulares han adoptado determinadas decisiones” es decir, la racionalidad, congruencia y objetividad otros tantos principios generales de aplicación del derecho administrativo conducen a exigir a la Administración una actuación acorde con las expectativas o esperanzas que ha despertado en los particulares. (2003, p. 68).

De acuerdo a la naturaleza citada por el precitado autor encontramos por un lado la expectativa social sustentada en anteriores formas de actuación por un lado, mientras que por otro intrínsecamente es posible de manera excepcional el apartamiento de dichas formas siempre de que existan elementos razonables, congruentes, y objetivos que fundamente la decisión; es por ello que en realidad postulamos por la construcción de un concepto generalizado de confianza legítima frente a cualquier actuación administrativa desmedida que justamente lesione esa expectativa social puesta y materializada a través de diversas actuaciones en el pasado.

En ese escenario, ello permitirá uniformizar una línea de actuación administrativa sometida a la debida motivación o fundamentación en beneficio de la sociedad, claro está que si bien existes matices de discrecionalidad respecto de esta actuación, lo que origina que en algunos casos la forma obtenga matices difusos, lo cierto es que considero que debe resguardarse con este principio las actuaciones administrativas que incidan definitivamente en el individuo

social tal es el caso de una sanción, la emisión de una norma jurídica, incluso en una actuación material de fiscalización en lo que respecta al procedimiento a seguir, lo cual justamente garantizará la confianza social depositada en la ciudadanía; no obstante aún queda pendiente conocer el contenido dogmático que hay que brindarle a la institución analizada.

Habiendo analizado ello, en el ordenamiento nacional peruano, el profesor Morón (2017) señala lo siguiente:

Con algunos matices, la doctrina tiene claro el sentido y contenido de la protección de la confianza legítima en el ámbito administrativo. (...) los autores que han abordado este principio en su aplicación del derecho administrativo comparten los siguientes elementos: Primero una conducta originaria de la administración que por sus circunstancias y características externas es reveladora de su disposición inequívoca de afirmar o mantener una determinada interpretación frente al mismo, de respetar las situaciones preestablecidas o no desmejorar la posición de los administrados, y una conducta constante y reiterada de modo de conformar una situación estable, (...) mediando el comportamiento diligente del administrado se puede inferir que surge el segundo elemento: una expectativa o confianza legítima generada en que la administración actúa correctamente, la que se fundamenta en signos objetivos. (2017, p. 131).

Para el citado profesor, siguiendo la línea doctrinaria con posición bastante similar encontramos dos rasgos naturales de la confianza legítima, por un lado el deber – obligación del estado en mantener su criterio, posición o razonamiento expresado en la práctica por su producción administrativa bajo un enfoque de inamovilidad, lo cual no quiere suponer que las entidades mantengan dichos criterios de forma estática por siempre, sino que producto de escenarios de oportunidad, conveniencia o simplemente por falta de diligencia, se efectúen cambios que colisionen justamente con los que de forma razonable y sustentada los ciudadanos esperan.

Si bien el punto de partida está en el deber – ser del Estado representado por las entidades administrativas, por lo que este deber y obligación se sujeta a una expectativa objetiva y legítima por parte del propio ciudadano, quien para ello ha debido actuar con buena fe o probidad frente a la administración pública; sin embargo, el estudio de la confianza legítima como institución debe conducirnos en principio

a su razón de ser en la vida en sociedad y por qué se le atribuye dicho deber – obligación al Estado en principio, en esencia el dogma de la institución.

Sucede que algunos textos constitucionales modernos consagran la libertad de las personas en el desarrollo de sus actividades, estableciendo límites los cuales deben ser debidamente justificados y proporcionales con el objeto de que se busca cautelar, he ahí un primer escenario referido a lo que se conoce como vinculación positiva y vinculación negativa por parte de la administración pública y los individuos en sociedad frente al derecho administrativo.

Partiendo de este punto, es que el ciudadano se ve condicionado a un tratamiento, si bien excepcional, que lo limita al desarrollo de lo que por naturaleza le corresponde hacer, ello en el marco del pensamiento del derecho natural; no obstante estos aspectos generan que para el ejercicio de dichas libertades limitadas, los individuos deberán acudir ante una autoridad administrativa, quien en el marco del interés general, resolverá teniendo en consideración además el ordenamiento jurídico administrativo y los espacios de discrecionalidad con los que cuenta, entrando a tallar un conflicto clásico entre el alcance de la confianza legítima y el principio de legalidad y la discrecionalidad limitada con la que cuenta la Administración Pública siempre asociada al interés general, siendo una buena herramienta lo citado por Guzmán quien manifiesta que el referido principio requiere que la Administración Pública arroje resultados predecibles, es decir, consistentes entre sí. La Administración no debe hacer diferencias en razón de las personas – imparcialidad y neutralidad – y los ciudadanos deberían, al iniciar un trámite, tener una expectativa certera de cuál será el resultado final que dicho procedimiento arrojará (2020, p.79).

En tal sentido, habiéndose sentado las bases históricas, el contenido de confianza legítima en cuanto a su aparición y lo plasmado en nuestro ordenamiento jurídico, corresponde caracterizar a la institución a través de la dogmatización del concepto, lo cual permitirá comprender de manera más clara su alcance y ampliar su aplicación más allá del procedimiento administrativo, ello justamente es uno de los aspectos centrales que se encuentra acorde al contenido y naturaleza de la confianza legítima ya que por un lado el concepto cuenta con una característica subjetiva como lo es la confianza, no obstante la legitimidad ya involucra al ámbito

objetivo pues el estado de derecho, a través del cual se le ha conferido ciertos atributos a modo de potestades y prerrogativas a la Administración Pública, origina que todas sus actividades, y no solo las procedimentales, deban estar amparadas acorde al marco normativo en vigor ya que de lo contrario nos encontraríamos ante un escenario caótico donde no habría legitimidad, lo cual como hemos visto no genera capital social, sino tiranía, desgobierno y contravención a los derechos y libertades ciudadanas contenidas o enunciadas en los textos constitucionales, es por esa razón, que ambos aspectos: confianza legítima, deben contener un sustento dogmático, el cual en las siguientes líneas intentará ser develado.

Siguiendo a Warat quien efectúa un interesante análisis, tomando como referencia los estudios del profesor Bielsa, acerca del concepto tradicional y elaborado de la dogmática en el campo del derecho, tenemos la siguiente apreciación:

La dogmática jurídica requiere un trabajo de lógica y de técnica jurídica, por cuyo intermedio se realizarían operaciones de análisis y síntesis, de deducción y de inducción, que darían como resultado una serie de conceptos y principios, mediante los cuales se lograría una clara interpretación de las reglas legales integrantes del derecho positivo. Esta tarea constructiva es llamada método técnico – jurídico o lógico – abstracto, considerado por la dogmática jurídica, como el único método posible en el estudio de la ciencia jurídica. (1980, p. 34).

En ese escenario de búsqueda de conceptos y principios, o mejor dicho de características para describir la naturaleza de la institución de la confianza legítima en cuanto a su aplicación en el derecho administrativo peruano, encontramos su positivización a través de la incorporación antes estudiada efectuada a la Ley del Procedimiento Administrativo General – Ley N.º 27444; no obstante, dicho aspecto no es suficiente para el abordaje potencial del citado principio en lo que respecta a la actuación administrativa del Estado concordante con lo manifestado por el profesor colombiano Valbuena Hernández.

Es en ese aspecto, que el citado profesor Valbuena efectúa un estudio dogmático de la institución, partiendo del estado de dependencia lo cual caracteriza a la confianza que se deposita de sujeto a sujeto, y empleando un estudio pragmático, efectúa la siguiente caracterización:

Debemos retener que el principio que la protege sirve para tutelar la estabilidad de las expectativas legítimas y de los derechos aparentes en cuyo nacimiento defectuoso intervinieron las autoridades, generando en los administrados

la idea errónea, aunque honesta, entendible y justificada de ser titulares de derechos perfectos, debida y regularmente adquiridos conformes a la ley. Opera igualmente para garantizar la concreción de los ofrecimientos y promesas oficialmente realizados por los servidores públicos o para obtener el menos la protección del administrado frente a su eventual incumplimiento. Así las cosas, cuando la prevalencia del interés público y razones objetivas de naturaleza superior imponen la necesidad de realizar un viraje radical en los criterios y en las líneas de conducta asumidas en el pasado, lo mínimo que puede esperarse de las autoridades es que estas le concedan a los afectados algún término de gracia o dicten unas normas de transición que faciliten su adaptación a las nuevas circunstancias. (2008, p.168).

Si bien la cita nuevamente se enfoca en el concepto de administrado, lo más correcto, en el marco de la legislación peruana, teniendo en consideración el alcance del concepto de administrado, sea el uso del término ciudadano frente a cualquier actuación de la administración pública, con énfasis en el procedimiento administrativo, que si bien, parte de la preocupación del autor en el ordenamiento colombiano radica en la posibilidad de un periodo de adecuación establecido en el ordenamiento jurídico colombiano, pareciese que ello no es un problema para el ordenamiento peruano, ya que conforme al artículo VI del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General – Ley N.º 27444 la entrada en vigor de un precedente de observancia obligatorio rige a partir de su debida publicación, salvo sea más favorable al administrado.

Como muestra ilustrativa adicional, los fundamentos 31 y 32 de la Sentencia T-453/18 referida a la acción de tutela contra acto administrativo de la Corte Constitucional de la República de Colombia, establece que del principio de buena fe se desprende el principio que estamos estudiando bajo análisis, estableciéndose su forma de funcionamiento como límite de cualquier actividad de las autoridades producidas por el cambio intempestivo de su habitual proceder.

Si bien el tratamiento mayoritario recibido en nuestra legislación ha sido la mirada del principio aplicado al procedimiento administrativo, partimos desde un orden constitucional que si bien no existe referencia alguna acerca de la confianza legítima en la Constitución Política del Perú, no es posible desconocer su

vinculación con la rama constitucional tal y como se ha citado precedentemente; no obstante en el preámbulo de la carta constitucional peruana reza lo siguiente: “El Congreso Constituyente Democrático, invocando a Dios todopoderoso, obedeciendo el mandato del pueblo peruano y recordando el sacrificio de todas las generaciones que nos han precedido en nuestra Patria, ha resuelto dar la siguiente Constitución”.

En este preámbulo se identifica el mandato popular en el marco de la ya denominada vinculación social al poder estatal en representación de sus intereses y la convivencia social, es por tal sentido, que partiendo de dicho preámbulo y el respeto al principio de servicio al ciudadano, que lo encontramos recogido en los diversos ordenamientos positivos que conforman el derecho administrativo peruano, entre ellos la Ley N.º 29158 – Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, es que considero que su uso es aplicable a cualquier actividad que tenga a bien efectuar la administración pública, entre ellas la relacionada a los actos administrativos, pero no solamente entre el estado y los particulares, sino también entre las diversas entidades públicas e incluso entre organismos internacionales y las entidades públicas en las relaciones jurídicas en las que sea aplicable la normativa peruana acorde con el principio de territorialidad; no obstante, al ser únicamente materia de investigación la que sitúa al ciudadano con la administración pública, es preciso distinguir algunas características, las que considero son las más resaltantes en lo que respecta a la institución y que a continuación se desarrollan.

- **La correcta determinación de la competencia de la entidad que ejerce la función administrativa del poder.** - Sobre esta primera característica es de vital importancia distinguir en principio al actor en quien recae la confianza legítima, esto quiere decir que corresponde un estudio o análisis competencia a fin de no defraudar las expectativas sociales con pronunciamientos que acarrear vicios de nulidad insalvables.
- **La legitimidad del sujeto en quien recae la actuación en la que se basa la confianza legítima.** - Sobre este aspecto es propicio encontrar que corresponde identificar al ciudadano en quien recaerá la actuación administrativa a fin de determinar si se encuentra legitimado o no a interactuar frente a la administración pública, no obstante, existen los también llamados intereses

colectivos o difusos cuya titularidad puede ser ejercida por cualquier persona conforme lo establece la Ley del Procedimiento Administrativo General – Ley N.º 27444, o incluso cuando hacemos referencia a la actuación normativa la cual va dirigida a toda la sociedad en su conjunto.

- **Señales objetivas de la práctica administrativa.** - Sobre tercer punto nos encontramos ante la actuación administrativa en el tiempo a través de la cual existe evidencia acerca de la forma, información, lugar, tiempo, fundamento y contenido de su accionar, lo que permitirá legitimar una práctica o cuestionarla a través de algunas de las vías legales que el ordenamiento confiere,
- **La congruencia entre las actuaciones anteriores y las señales objetivas.** - Sobre este punto un cuarto aspecto versa sobre los antecedentes de parte de la Administración Pública, una vez identificadas las señales a través de la evidencia de producción u acción es mucho más fácil vincular esta con el nuevo pronunciamiento es por ello que existe un vínculo congruente entre lo ya decidido y lo que está por decidirse; no obstante existe una excepción a esta regla dada por lo dinámico que es el derecho sometida a una debida motivación en aspectos razonables y contundentes que ameriten un nuevo criterio.

Habiéndose arribado a este escenario, corresponde finalmente el estudio de la aplicación de la confianza legítima en nuestro ordenamiento como punto de partida para luego efectuar el estudio del por qué consideramos es posible su aplicación en las diversas actividades que desarrollan las entidades de la Administración Pública, más allá del procedimiento administrativo a través de la emisión de actos administrativos.

ALCANCE Y APLICACIÓN DE LA CONFIANZA LEGÍTIMA EN EL ORDENAMIENTO NACIONAL Y SU APLICACIÓN MÁS ALLÁ DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

En este último punto, como ya se ha señalado, el alcance y la aplicación de la institución a través de la práctica administrativa peruana, a pesar de los problemas antes formulados se ha asentado en el procedimiento administrativo como una garantía referida a la expectativa que espera se concrete a través de la emisión de un acto administrativo, pudiendo excepcionalmente

la administración pública variar su criterio de forma motivada y razonablemente, lo cual nos lleva a una línea de escape respecto del estándar resolutivo adoptado por la administración pública con competencia sobre las diversas materias que conforman el derecho administrativo y particularmente el derecho administrativo peruano.

En lo que respecta al estado del arte en cuanto al alcance desarrollado en nuestro país el profesor Morón manifiesta lo siguiente:

La reforma de la LPAG asoció correctamente el principio de predictibilidad a la protección de la confianza legítima generada en el administrado. En la exposición de motivos de la reforma se dice al respecto “La predictibilidad, reflejo y expresión de la búsqueda de seguridad jurídica – en este caso, dentro de un procedimiento administrativo, demanda que la información entregada, y sin duda alguna, las decisiones tomadas, por la administración pública sea completa y confiable, para así generar la confianza en el quehacer de dicha Administración. (2017, p. 129).

Si bien el citado profesor en su obra recoge los aportes académicos de Viana Cleves, Coviello y Rey Vásquez, efectuando lo que considera los elementos que se requieren para la configuración del principio tales como la conducta originaria de la administración, el comportamiento diligente del administrado a modo de expectativa legítima, haciendo diferencias entre la teoría de los actos propios y la confianza legítima que suelen confundirse, consideramos valioso retomar lo ya enunciado acerca de lo incorporado en la exposición de motivos de la norma que modifica la Ley del Procedimiento Administrativo General ya que justamente se equipara con el principio al de seguridad jurídica.

Si bien el profesor Morón en su obra reconoce que uno de los elementos integradores versa sobre la conducta originaria de la administración, es preciso mencionar que justamente, se busca explicar la necesidad y conveniencia de ampliar dicha institución más allá del campo del procedimiento administrativo, más aún cuando está íntimamente asociada a la seguridad jurídica y es justamente aquí donde es preciso recordar la sentencia del tribunal constitucional recaída en el expediente N.º 04850-2014-PA/TC, a través de la cual y previa interposición de una demanda de amparo constitucional se cuestionó la vulneración a diversos principios constitucionales, lo curioso fue que la institución demandada, la Marina de Guerra del Perú estableció que no se había

cumplido con agotar la vía administrativa, lo cual no fue impedimento para la emisión de un pronunciamiento sobre el fondo del asunto bajo el criterio de que era difícil aplicar dicho criterio ya que la recurrente había adoptado medidas al cuestionamiento de lo que fue materia de discusión, el haber dejado sin efecto mediante una decisión unilateral el otorgamiento de una beca de estudios para dos menores de edad que cursaban estudios en dicho colegio, producto de un cambio de interpretación.

Esta resolución es sumamente ilustrativa ya que si bien desde el inicio nos encontramos ante un “cambio de criterio” acaecido años después del otorgamiento del beneficio estudiantil, por lo que no encajaría de por sí en los aspectos referidos a la norma positiva consagrada en la Ley del Procedimiento Administrativo General -Ley N.º 27444, como podremos observar a continuación y como es lógico, si es que dicho cambio se produce en cualquier momento, puede incluso afectar la seguridad jurídica, íntimamente vinculada con el principio de confianza legítima, pues como podremos darnos cuenta la confianza legítima abarca incluso los mecanismos constitucionales de revisión de oficio de un acto administrativo tales como la nulidad y la revocación, ya que en un estado de derecho es preciso asumir que el derecho a la cosa decidida administrativamente termina siendo relativo, sobre todo en el campo de la revocación a raíz de una modificación efectuada que en la práctica pareciese ser una causal de nulidad sin plazo; sin perjuicio de ello y en lo que respecta a la inmutabilidad de la cosa decidida, el citado tribunal manifiesta lo siguiente:

En reiteradas oportunidades, este tribunal ha interpretado que la inmutabilidad de la cosa juzgada forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho al debido proceso, que esta garantía se extiende a los actos administrativos firmes que hayan adquirido la calidad de cosa decidida /cf., STC 05807-2007-PA/TC y 00419-2013-PA/TC). Sin que ello implique negar las diferencias entre proceso judicial y procedimiento administrativo, el tribunal ha entendido que las garantías de impugnabilidad e inmodificabilidad de la cosa juzgada se extiendan, *mutatis mutandis*, a los actos administrativos firmes. En la base de tal premisa se encuentra el principio de seguridad jurídica, que según ha señalado reiteradamente el Tribunal Constitucional, es un principio que atraviesa horizontalmente el ordenamiento jurídico y permite la predictibilidad de las conductas (en especial, las de los poderes públicos) frente a los supuestos previamente determinados por el Derecho” garantizando de esa manera la interdicción de la arbitrariedad.

Lo anterior, sin embargo, debe compatibilizarse con el principio de que “el error no genera derechos” (STC 05682-2007-PA/TC, 01904-2011-PA/TC y 02885-2012-PA/TC, entre otros). De ahí que, si bien es necesario proteger desde el punto de vista constitucional la inmutabilidad de los actos administrativo con calidad de cosa decidida, no es contraproducente la existencia de mecanismos que – sin resultar lesivos a la seguridad jurídica – permitan abrogar los efectos de los actos administrativos expedidos por equivocación. De la necesidad de establecer un justo equilibrio entre ambos mandatos de optimización, el legislador ha establecido una regla, según la cual “todo acto administrativo se considera válidos en tanto su pretendida nulidad no sea declarada por autoridad administrativa o jurisdiccional, según corresponda” (artículo 9 de la Ley 27444); agregando, además que la Administración puede declarar la nulidad de los actos administrativos – incluso en casos de error – dentro del plazo de un año contado a partir de que hayan quedado consentidos siempre que agraven el interés público. (2007, p.p 16 y 17).

En ese sentido, como puede advertirse el tratamiento de la cosa decidida y su inmutabilidad es bastante relativo sujeta a los plazos de revisión incluso previstos en la ley procedimental administrativa peruana, por consiguiente, se equiparan cuanto menos el principio de confianza legítima con el de seguridad; no obstante para que dicha equiparación sea lineal en cuanto a la actuación administrativa, origina justamente que este principio en cuanto a su alcance sea posible aplicarlo en otras manifestaciones de la actuación administrativa.

Con esto no quiero decir que en todos los casos sea lo más estratégico desde el punto de vista estatal, como en el caso de la función normativa o reglamentaria, cuya actuación es bastante discrecional a pesar de que una vez entrada en vigor la norma afecta significativamente a los individuos en sociedad, para lo cual existen actualmente diversos mecanismos ex ante y ex post como el impacto regulatorio o la buena regulación; entre otros, no obstante, considero que si es posible extender los alcances de la confianza legítima a la función normativa, justamente en defensa de ello no hace mucho se suscitó un espacio interesante en lo que respecta a la función administrativa que fue analizado por De la Torre quien advierte lo siguiente en razón de las normas dictadas por el Estado peruano en los primeros días de pandemia:

Inicialmente, la declaración de Estado de Emergencia Nacional (Decreto Supremo N.º 044-2020-PCM) fue por el plazo de quince (15) días calendarios, disponiéndose el aislamiento social obligatorio (cuarentena), para posteriormente

ser prorrogado en su vigencia por los Decreto Supremos 051-2020-PCM, 064-2020-PCM, 075-2020-PCM y N.º 87-2020-PCM. A la fecha de la última actualización de este trabajo, 23 de junio de 2020, y de acuerdo con el último decreto supremo indiciado El Estado de Emergencia Nacional rige hasta el 30 de junio del 2020.

En el contexto del mencionado Estado de Emergencia Nacional, se emitió el Decreto de Urgencia N.º 026-2020 que establece diversas medidas excepcionales y temporales para prevenir la propagación del coronavirus (COVID-19). (2020, p. 425).

Estos aspectos son sumamente llamativos pues como sabemos, se dictaron un par de decretos de urgencia y supremos en el Perú estableciendo la suspensión de los procedimientos administrativos, lo que a razón de dichas normas, la suspensión vencía el 10 de junio de 2022; no obstante mediante Resolución de Sala Plena N.º 001-2020-SERVIR/TSC se fijó como vencimiento de la suspensión de los plazos desde el 16 de marzo hasta el 30 de junio de 2020, generándose entre las entidades públicas la adopción de diversos criterios recaídos por ejemplo en la Resolución Directoral N.º D000108-2021-COFOPRI-DE, de fecha 16 de agosto de 2021 que considera el vencimiento del plazo de suspensión adoptado por el órgano colegiado de SERVIR, a diferencia de lo previsto en la Resolución Directoral N.º 2458-2020-PRODUCE/DS-PA, de 28 de octubre de 2020 que toma como vencimiento el 10 de junio de 2023, originándose prácticas diversas provenientes de la interpretación de normas legales.

Otro ejemplo referido a lo antes mencionado está contenido en el literal b) del numeral 8.1 del artículo 8 del Reglamento de Ordenamiento Pesquero de Recursos Invertebrados Marinos Bentónicos aprobado con Decreto Supremo N.º 018-2021-PRODUCE en el que se señala que la actividad extractiva de los Recursos Invertebrados Marinos Bentónicos se realiza, entre otros, mediante buceo a pulmón o apnea; sin embargo no se ha determinado el procedimiento administrativo para acceder a la patente de buzo a pulmón o apnea, con las implicancia que ello amerita al tratarse de una actividad que conlleva sin lugar a dudas riesgos, por lo que se requiere una habilitación estatal a cargo del Ministerio de Defensa a través de su órgano respectivo – Dirección de Capitanías y Puertos.

En ese sentido, lo antes señalado conlleva la siguiente interrogante; ¿Acaso estos aspectos no defraudan la confianza legítima del ciudadano frente a sus autoridades? La respuesta es sí, es por ello que el principio de confianza legítima

debe extenderse no sólo a los procedimientos administrativos, si no como bien se menciona en la *Exposición de Motivos* del Decreto Legislativo N.º 1272, a diversas actuaciones que efectúa la administración pública en el marco de la función administrativa del poder.

Un segundo escenario práctico lo encontramos en la actuación administrativa de fiscalización, en la cual se requiere el desarrollo del citado principio a fin de dotar de uniformidad, predictibilidad y confianza legítima la actuación de los supervisores que desarrollan sus actividades en el marco de sus funciones; sin embargo, algún lector pueda intuir que a pesar de que luego de la fiscalización se recomiende el inicio de un procedimiento administrativo sancionador, el administrado puede ejercer su derecho de defensa; no está de más recordar que a partir de los cambios introducidos por el Decreto Legislativo N.º 1272, nuestro país ha adoptado el enfoque de cumplimiento normativo, de prevención de riesgo, de gestión de riesgo y tutela de los bienes jurídicos protegidos, lo cual conforme al artículo 245 del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General – Ley N.º 27444, es posible la expedición de una certificación de conformidad, o la emisión de recomendación de mejoras o correcciones y no simplemente la recomendación de inicio de un procedimiento con el fin de determinar responsabilidades administrativas, que en algunos casos a través de un acto administrativo se declara el *no ha lugar* o su archivamiento; es por ello que en este campo es más visible que se requiere la extensión del citado principio con el fin de generar justamente la confianza social y el desarrollo del deber ser bajo el enfoque adoptado por nuestro país y positivizado en la ley procedimental peruana.

Sin lugar a dudas ha sido un recorrido muy desafiante el desarrollado ya que si bien el enfoque adoptado en nuestra legislación se encuentra destinado al procedimiento administrativo; se afirma siguiendo los postulados históricos dogmáticos que conforman actualmente los aspectos sociales y jurídicos establecidos conforme el nacimiento del Estado y actualmente amparados en lo que se conoce como *Estado de derecho*, que la confianza no es solo la expectativa concretizada frente a un pronunciamiento de la administración pública, si no que esta admite en principio, conforme la reconocida doctrina citada, las conductas originarias de la administración y conforme lo postulado incluso actuaciones administrativas diferentes a las propias de un procedimiento administrativo.

Por tal sentido, partiendo de la razón de ser del derecho administrativo, en el marco de la teoría del Estado y la confianza legítima se requiere para que las actuaciones administrativas en el marco del capital social sean sólidas, firmes y eficaces, es necesario repensar el alcance del principio, haciéndolo extensible a las diversas y masivas actuaciones que en la actualidad se incrementan a razón de que justamente en un mundo tan globalizado y tan expectante de lo que pueda hacer el estado, este último a través de la administración pública no están solo en el deber sino la obligación de garantizar el cumplimiento de dicha confianza legítima a sus ciudadanos, ya que de lo contrario carecerá el objeto, finalidad y esencia del derecho administrativo, es nuestro deber abogar por que ello no suceda y más bien esta confianza cada vez se concrete.

CONCLUSIONES

La construcción del Estado social de derecho como proceso histórico origina identificar al ciudadano como un sujeto que cuenta con garantías mínimas para el ejercicio de sus actividades en sociedad. En ese sentido el término confianza amerita un estudio social con el propósito de identificar sus características las que depende de cada persona; sin embargo, al asentarse el Estado de derecho en las sociedades, ello originó que el Estado tome el protagonismo, esto a través de las entidades de la Administración Pública, conferidas de competencias definidas, con el propósito final de atender las necesidades sociales de los individuos, es ahí donde nace la legitimidad del Estado, la cual no es inmutable y dependerá justamente del ejercicio adecuado de la función administrativa del poder.

La exposición de motivos del Decreto Legislativo N.º 1272, el cual modificó la Ley N.º 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General considera que el principio es aplicable frente a las actuaciones de la Administración Pública. Tomando dicho punto de partida y analizando los antecedentes históricos alemanes y españoles de la institución, consideramos que justamente su fin histórico y razón de ser a través del estudio dogmático está asociado con garantizar al individuo la expectativa legítima en mérito a la vinculación congruente entre dicha expectativa producto del resultado de anteriores actuaciones procedimentales, no obstante y excepcionalmente a la Administración Pública le es posible apartarse de manera motivada y razonablemente.

Las características propias de la confianza legítima en nuestro ordenamiento jurídico origina en principio determinar adecuadamente la competencia de las entidades públicas y la

legitimidad del individuo que actúa frente a la entidad, una vez advertidos estos aspectos dependiendo del tipo de actuación encontramos dos adicionales que son sumamente relevantes siendo estos las señales objetivas de la práctica administrativa y su congruencia en el ejercicio de la función administrativa del poder, lo que origina un deber – obligación que debe ser asumida por la administración pública.

Si bien la práctica administrativa se centra en el respeto del principio en los procedimientos administrativos, atribuyéndole su vinculación a la seguridad jurídica y predictibilidad, se han identificado problemas de cumplimiento en la práctica de dicho principio tal como en el caso de la falta de aplicación correcta de la norma sustantiva o procesal producto de la declaratoria de nulidad en procesos contenciosos administrativos o en los supuestos referidos a la revisión de los actos administrativos, específicamente en los casos de revocación producto de una última modificación a la Ley del Procedimiento Administrativo General – Ley N.º 2744.

Considero importante, adecuado, necesario y viable la incorporación del principio bajo análisis en otras actividades propias de la Administración Pública como en el caso de la función normativa y en la referida a la actividad de fiscalización, advirtiéndose que en algunos aspectos de la práctica administrativa no se genera la confianza a fin de que los ciudadanos puedan desarrollar sus actividades, originando que deban acudir a la vía judicial para solicitar al juez requiera bajo apercibimiento el cumplimiento de los mismos o se adopten los escenarios incorporados en nuestra norma procedimental referidos con la gestión del comportamiento incorporada como gestión del riesgo y demás en la citada actuación administrativa.

FUENTES DE INFORMACIÓN

Fuentes libros

Guzmán Napurí, C. (2020). *Procedimiento Administrativo General*. Tomo I (1.a.d). Instituto Pacífico.

Maurer, H. (2009). *Derecho administrativo*. (17.a.d.). Marcial Pons.

Morón Urbina, J. (2017). *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Tomo I. (12.a.d). Gaceta Jurídica.

Santofimio Gamboa, J. (2023). *Compendio de derecho administrativo*. (2.a.d) Universidad del Externado.

Valbuena Hernández, G. (2008). La defraudación de la confianza legítima. Aproximación crítica desde la teoría de la responsabilidad del Estado. (1.a d.). Universidad del Externado de Colombia.

Viana Cleves, M. (2007). El principio de confianza legítima en el derecho administrativo colombiano. Universidad del Externado.

Fuentes legislativas

Constitución Política del Perú de 1993.

Decreto Legislativo N.º 1272, Decreto Legislativo que modifica la Ley N.º 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General y deroga la Ley N.º 29060, Ley del Silencio Administrativo, publicada el 21 de diciembre de 2016 y su Exposición de Motivos. https://www.congreso.gob.pe/Docs/comisiones2016/ConstitucionReglamento/files/exposici%C3%B3n_de_motivos_dl_1272.pdf

Decreto Supremo N.º 004-2019-JUS, Texto Único Ordenado de la Ley N.º 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, de fecha 25 de enero de 2019.

Decreto Supremo N.º 011-2019-JUS, Texto Único Ordenado de la Ley N.º 27584 – Ley que regula el proceso contencioso administrativo, de fecha 04 de mayo de 2019.

Fuentes hemerográficas y electrónicas

De la Torre, D. (2020). La confianza legítima como principio fundamental ante la regulación del Estado en la suspensión de plazos de procedimientos administrativos durante el estado de emergencia por el Covid-19. Revista de Derecho Administrativo, núm. 18, p.p 417-435. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/22871>

García de Enterría, E. (2002). El principio de protección de la confianza legítima como supuesto título justificativo de la responsabilidad patrimonial del estado legislador. Revista de Administración Pública, núm. 19, p.p. 173-208. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=293639>

Mejía, O, Mendoza, C, Mejía, Y. (2021). Consumo colaborativo: la confianza, un factor crítico en la intención de compra. Revista Suma de Negocios, Volumen 12, núm., 27, pp. 149-160. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=609970431006>

Rodríguez–Arana, J. (2013). El principio general del derecho de confianza legítima. Ciencia Jurídica. Vol. 2, núm. 4, p.p. 59-70. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4596172>

Rúa, C. (2013). La Legitimidad en el ejercicio del poder político en el estado social de derecho. Una revisión desde el caso colombiano. Revista Ius et Praxis, Año 19, núm. 2, p.p. 85-122. https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122013000200004

Sanz, S, Ruiz, C, Pérez, I. (2009). Concepto, dimensiones y antecedentes de la confianza en los entornos virtuales. Revista Teoría y Praxis, Número 6, p.p. 31-56. <https://biblat.unam.mx/hevila/Teoriaypraxis/2009/no6/3.pdf>.

Salazar, R. (2007). Proyecciones para la Función administrativa y la Administración Pública en el Perú. Revista de Derecho Administrativo, núm. 3, ppm, 197-2020, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8176869>

Warat, L. (1981). Sobre la dogmática jurídica. Revista Secuencia: estudios jurídicos e políticos. Vol.2, núm. 2, p.p. 33-55. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4818191>

Yáñez, R, Ahumada, F, Cova, F. (2005). Confianza y desconfianza: Dos factores necesarios para el desarrollo de la confianza social. Revista Universitas Psychologica. Volumen 5, núm. 1, pp. 9-20. <https://www.redalyc.org/pdf/647/64750102.pdf>

Jurisprudencia

Sentencia T-453/18 – Acción de tutela contra acto administrativo – Caso en que se negó reconocimiento de práctica jurídica. Corte Constitucional de la República de Colombia.

Expediente N.º 04850-2014-PA/TC – Recurso de agravio constitucional relacionado a la seguridad jurídica. Tribunal Constitucional de la República de Perú.

INTELIGENCIA EMOCIONAL DIGITAL PARA ABOGADOS: UNA APROXIMACIÓN A LA LUZ DEL COACHING ONTOLÓGICO

DIGITAL EMOTIONAL INTELLIGENCE FOR LAWYERS: AN APPROACH IN THE LIGHT OF ONTOLOGICAL COACHING

Alicia Liceth Miñano Donayre
<https://orcid.org/0000-0002-1976-2967>
Legal and Financial Management SAC
lminano@glf.com.pe
Perú.

Recibido: 24 de enero de 2024.

Aceptado: 31 de marzo de 2024.

SUMARIO

- Introducción
- Metodología y materiales
- Antecedentes sobre inteligencia emocional y *coaching* ontológico
- Mundo emocional real versus mundo emocional digital
- Inteligencia emocional digital para abogados
- Resultados y discusión
- Propuesta: mapa de inteligencia emocional digital para abogados
- Conclusiones
- Fuentes de información

RESUMEN

La pandemia Covid-19, ha traído a la humanidad un quiebre que ha producido cambios en muchos ámbitos, uno de ellos el tener que reemplazar la comunicación real por una comunicación en línea, es decir mediante el uso de sistemas tecnológicos; ello debido a que por medidas sanitarias las personas se mantuvieron confinadas en sus hogares especialmente durante los años 2020 y 2021, provocando que muchas actividades como la educación, relaciones profesionales, comerciales y relaciones sociales, tengan que realizarse mediante el uso de las citadas tecnologías.

Así naturalmente al estar un entorno nuevo, en el cual aún no se ha terminado de profundizar en el conocimiento de la inteligencia emocional, su impacto y potencialidades en

un espacio físico, la humanidad se ha visto en la necesidad de preguntarse cuáles serían las competencias emocionales, o si acaso se tiene nuevas formas, normas o conductas a seguir en un entorno de comunicación digital, entendida esta como la inteligencia emocional, que deberíamos desarrollar o tener en cuenta.

Así el trabajo de investigación pretende contextualizar la inteligencia emocional, a la luz de estudios relevantes sobre la materia y el *coaching* ontológico, del mismo modo indagar el entendimiento que existe actualmente entre la inteligencia emocional real versus la inteligencia emocional digital, distinguiendo la inteligencia emocional digital para abogados, para finalmente proponer un mapa de inteligencia emocional digital para abogados, así como las conclusiones finales del método aplicado.

PALABRAS CLAVE: Inteligencia emocional, abogado, inteligencia emocional digital, *coaching* ontológico, ser-ahí, ser en línea.

ABSTRACT

The Covid-19 pandemic has brought humanity a break that has produced changes in many areas, one of them having to replace real communication with online communication, that is, through the use of technological systems; This is because due to health measures, people remained confined to their homes, especially during the years 2020 and 2021, causing many activities such as education, professional, commercial and social

relationships to be carried out through the use of the aforementioned technologies.

Thus, naturally, given that we are in a new environment, in which the knowledge of emotional intelligence, its impact and potential in a physical space has not yet been fully explored, humanity has seen the need to ask itself what the emotional competencies would be, or if perhaps we have new forms, norms or behaviors to follow in a digital communication environment, understood as emotional intelligence, that we should develop or take into account.

Thus, the research work aims to contextualize emotional intelligence, in light of relevant studies on the subject and ontological coaching, in the same way to investigate the understanding that currently exists between real emotional intelligence versus digital emotional intelligence, distinguishing digital emotional intelligence for lawyers, to finally propose a digital emotional intelligence map for lawyers, as well as the final conclusions of the applied method.

KEYWORDS: Emotional intelligence, lawyer, digital emotional intelligence, ontological coaching, being-there, being online.

INTRODUCCIÓN

El proceso de aceleración digital que se ha vivido en el mundo producto de la pandemia Covid-19, ha obligado a muchas actividades humanas a pasar de las actividades físicas que se conocían a realizar actividades sustitutas de manera remota, por medio de una máquina, lo cual antes de la pandemia, no era una posibilidad imperante, no obstante, esta situación de crisis empujó al mundo a mantenerse comunicado, interconectado por medio de estos equipos o máquinas.

Así de sorpresa y de manera súbita, los implicados en trabajos a distancia, se han venido preguntando qué será lo adecuado, en el nuevo contexto, en muchos casos los papeles se invertían, en donde quienes ostentaban la autoridad para guiar o liderar una sala, pasaban a ser quienes eran guiados, justamente por estar en un entorno digital de comunicación totalmente nuevo y para lo cual nadie había sido preparado, salvo quizá los nativos digitales, por su capacidad de poder adaptarse más rápido a las circunstancias.

La investigación: Inteligencia emocional digital para abogados: una aproximación a la luz del coaching ontológico; es una exploración

que pretende mostrar los antecedentes de la inteligencia emocional, qué pasó antes de que se conociera sobre este término, cuál es el impacto que tiene la inteligencia emocional en la vida profesional del abogado, si acaso lo tiene; y si es así, qué es lo que deberíamos tener en cuenta.

METODOLOGÍA Y MATERIALES

Esta exploración se realiza bajo un diseño metodológico de enfoque cualitativo, básico, con análisis de contenido documental y teniendo como pedestal los saberes del coaching ontológico. Su propósito principal: aproximarse a un concepto sobre inteligencia emocional digital para el abogado, y plantear, al mismo tiempo, una propuesta de mapa de inteligencia emocional digital para el abogado.

ANTECEDENTES SOBRE INTELIGENCIA EMOCIONAL Y COACHING ONTOLÓGICO

Antes de ingresar a los antecedentes de la inteligencia emocional, es menester mencionar que los antecedentes del mundo emocional del hombre se remontan a los albores de su existencia, ya que consiente o no de dicho ámbito emocional, este siempre ha sido un sustrato inherente a la naturaleza humana.

Existe la postura sostenida por Rafael Echeverría (2002), apuntando a Platón, en la cual señala que en algún momento de la historia la iglesia y los llamados empiristas, dijeron: a partir de ahora ustedes los empiristas se van a dedicar al mundo exterior, pero ustedes están prohibidos de entrar en el mundo interior, entonces la iglesia se haría cargo del mundo interior. Ese habría sido el acuerdo entre la iglesia y los empiristas. Una división brutal, han pasado más de cinco siglos y es hasta ahora que se ven los resultados, en donde se observa a una sociedad con necesidad de reconectarse con su emocionalidad.

La postura señalada podría ser una de las razones por las cuáles, “nuestra concepción tradicional veía a los seres humanos como ‘seres racionales’, siguiendo la ya apuntada interpretación propuesta por Descartes hace más de 350 años” (Echeverría, 2002, p. 269), por ello se escucha a menudo afirmar contundentemente que el ser humano es un *ser racional*; no obstante, el contradictorio no se hizo esperar, como por ejemplo con la conocida reflexión del filósofo francés Blaise Pascal (1623): «*le coeur a ses raisons que la raison*

ne connaît pas [El corazón tiene razones que la razón ignora]» (Echeverría, 2002, p. 270).

Del mismo modo Humberto Maturana señala:

Decir que la razón caracteriza a lo humano es una anteojera, y lo es porque nos deja ciegos frente a la emoción que queda desvalorizada como algo animal o como algo que niega lo racional. Es decir, al declararnos seres racionales vivimos una cultura que desvaloriza las emociones, y no vemos el entrelazamiento cotidiano entre razón y emoción que constituye nuestro vivir humano, y no nos damos cuenta de que todo sistema racional tiene un fundamento emocional. (2018, p.15).

Pasando del oscurantismo acerca de las emociones en la edad media, y el reinado de la ciencia en el ámbito objetivo y exterior del conocimiento humano, que prevaleció hasta el siglo XIII, se puede apreciar que, en el siglo XIX, surgen autores como Howard Gardner (Estados Unidos – 1983), Salovey y Mayer (Estados Unidos -1990), Daniel Goleman (Estados Unidos – 1995), quienes popularizaron el concepto de inteligencia emocional, y la toma de conciencia, enfatizando en su significado y gran potencialidad. Aunque cada autor tiene una propuesta singular, los tres coinciden en señalar que la concepción tradicional mayoritaria que se venía arrastrando en la historia humana, sobre seres racionales no es tal, y que más bien el ser humano es un ser implicado por la inteligencia emocional y que la misma interviene en todo el devenir humano, además de ser susceptible de aprenderse, gestionarse y desarrollarse.

Parte del revuelo que causaron Howard Gardner, Salovey y Mayer y Daniel Goleman, con la popularización del concepto de inteligencia emocional y probablemente por otros cauces, dieron origen a la práctica del coaching en general y del coaching ontológico en específico, como un método para adentrarse a conocer el mundo emocional utilizando la lingüística humana. Así autores como Julio Olalla y Rafael Echeverría señalan que los orígenes del coaching ontológico se remontan a 1996 aproximadamente.

Pero ¿qué significa la palabra coaching?

La palabra coaching viene del húngaro “kocsi”, una carreta especial con un sistema de suspensión más cómodo que toma el nombre de la ciudad húngara de Kocs. Este término pasó al alemán como “kutsche”, al italiano como “cocchio”, al inglés como “coach” y al español como “coche”. El Coaching transporta a las personas de un lugar a otro, es decir de donde están a donde quieren estar. (Zapata, 2012, p. 4).

Entonces, que se ha dicho sobre el coaching ontológico:

Coaching Ontológico: Como elemento diferenciador resalta un tipo de práctica basada en un discurso en el que el foco nos remite al sentido de la fenomenología de Martin Heidegger: “la pregunta del ser que se pregunta por el ser”, en la medida en que la pregunta nos remite a una determinada respuesta sobre el ser que somos al cual llamamos ontológico. Se trata por tanto de una metodología basada ampliamente en el diálogo, la lingüística y la forma en cómo nos expresamos, incluyendo aquí las emociones. (Zapata, 2012, p. 7).

Así encontramos en el coaching ontológico, una metodología a través de la cual un coach (entrenador) y un coachee (aprendiz) tienen un encuentro en el cual el coachee da autoridad y permiso al coach, para adentrarse en el mundo interior (mundo emocional) de éste, llevando a dicho encuentro lo que inquieta al coachee.

En este encuentro el coach apoya en la búsqueda de las respuestas que el coachee posee, pero que no puede advertir por sí solo, y a partir de los hallazgos que vayan avizorando, se van formando los nuevos aprendizajes o darse cuenta «*awareness*», lo que algunos señalan que proviene de la terapia Gestalt, o las llamadas terapias humanistas, por supuesto que esto se vincula a las áreas del conocimiento como la psiquiatría, psicología, psicología positiva entre otras, que en su momento observaron los aspectos emocionales del ser humano como una enfermedad, pero que estas nuevas corrientes y propuestas, plantean el conocimiento interior, específicamente como la comprensión del mundo emocional, como una oportunidad de aprendizaje y necesidad humana para potenciar o maximizar el ser humano y sus relaciones.

De este modo hoy en día se tiene muchas corrientes y escuelas diversas que proponen diferentes alternativas para adentrarse, conocer, comprender y aprender del mundo emocional de cada uno, sobre todo con el componente experiencial, así, se tiene, por ejemplo, la programación neurolingüística, las constelaciones familiares, las llamadas terapias humanistas, entre otras.

En ese sentido, al presente se estaría aún en una etapa en donde convive el fantasma de la racionalidad, y a su vez existe cada vez mayor convicción sobre la necesidad de adentrarse en el mundo emocional de cada uno, para a partir de ello, poder potenciar el interactuar adecuadamente con los demás. Lo que quiere decir que asistimos a una etapa transitoria o

de toma de conciencia sobre la emocionalidad humana. No obstante, ello y sin que nadie lo espere, llegó de sorpresa y de manera súbita una pandemia (2020) que produjo un quiebre en la vida de los habitantes del planeta, una de las consecuencias de esta terrible enfermedad, fue una medida estricta, pero necesaria, de aislamiento, lo que inevitablemente conllevó a que la comunicación se realice a distancia, haciendo uso de medios tecnológicos.

Así en medio de una etapa transitoria y aún sin cuajar completamente, la humanidad se ha visto compelida a interactuar utilizando un mediador que son las tecnologías de la información, por supuesto, la mayoría de profesionales, incluidos abogados, se preguntaron, de qué manera expresarse, si estos medios podrán transmitir emociones, o más bien quizá a través de estos medios las emociones se verían expuestas, sin que ni siquiera se pueda advertir, controlar, gestionar o percibir. Esta situación empuja a dar un salto y ubicarse forzosamente en el contexto digital, además de profundizar en dicho entorno explorando sus matices y buscando aproximarse a algunas conclusiones.

MUNDO EMOCIONAL REAL VERSUS MUNDO EMOCIONAL DIGITAL

Teniendo en cuenta esta base sobre las emociones es importante señalar que en este momento se vive en dos ámbitos con ciertas reglas y características, a las cuáles se podría llamar, mundo real y mundo digital, en ambos casos son personas las que interactúan, sin embargo, lo que diferencia al mundo real del digital, es el medio por el que se produce la interacción y comunicación, mientras en el mundo real la comunicación es de proximidad, presencial y física, en el mundo digital existe un equipo tecnológico que posibilita la interacción y comunicación, a esta diferencia algunos autores la han denominado como “el ser ahí y el ser en línea” (Makhachashvili et al., 2021, p. 21), estando el *ser ahí*, referido a la ontología humana que se ha conocido hasta el momento, mientras que el *ser en línea*, sería una “disonancia cognitiva que consiste en la colisión de dos dimensiones opuestas: el infinito digital y la existencia física finita” (Makhachashvili et al., 2021, p.21).

Así algunas investigaciones recientes afirman: “La industria 4.0, cuyo sustrato es la introducción de la matriz ciberfísica en la producción mundial, ha realizado importantes ajustes en el sistema de valores humanos, lo

que ha llevado a una reorientación de la esencia ontológica de la humanidad” (Makhachashvili et al., 2021, p. 20). Esta afirmación es de tal magnitud que va directo a lo más sensible y valorado por la sociedad, se trata justamente de cómo se ha conocido al ser humano, quien es, cómo es y cuando es, en su interacción y comunicación. “La reorientación se refiere a la trasgresión de la “vida real” al formato digital” (Makhachashvili et al., 2021, p. 20).

Así se afirma que, “el *ser en línea* es esencialmente una versión del *ser-ahí*” (Makhachashvili et al., 2021, p. 21), resaltando que el hombre moderno, debido al uso de la tecnología y dentro de ello las redes sociales, por ejemplo, se ha convertido en muy popular al interior de sus comunidades y fuera de ellas incluso, agregando a esta condición la característica de que a su vez se habría convertido en problemático, así estos autores aseveran que el *ser en línea* es verdadero y falso al mismo tiempo (Makhachashvili et al., 2021).

Por otro lado, en el mundo empresarial y del marketing se escuchan voces que señalan que se debe tener conciencia que ambos mundos el real y el digital, deberían ser lo más parecidos posibles, en todo caso sugieren a las personas crear y diseñar perfiles o espacios en las plataformas digitales, donde se pueda reflejar la vida real lo más exacto posible. Es decir, que ahora cada persona debería ostentar un duplicado del mundo real en el mundo digital, ello por supuesto se justifica desde el punto de vista de la identidad, confiabilidad, ubicabilidad y pertenencia. Además, que, al haber sido empujados abruptamente a este mundo digital, que ha cambiado drásticamente la forma que conocíamos para interactuar en los diferentes ámbitos, nadie querrá quedarse sólo como el arcaico o el que no se moderniza, constituyendo una condicionante para acoplarse a este nuevo entorno.

Infaliblemente esto tiene un sustrato emocional, ya que el ser humano posee un ámbito de individualidad, pero a la vez es un ser social por naturaleza y necesidad, en ese sentido, nadie querrá quedarse solo o apartado en el mundo real, mientras los demás interactúan y se comunican en el mundo digital. Lo que demuestra una emoción única y especial del ser humano, la posibilidad de ser y estar a través del nosotros, que conlleva buscar estar incorporados en contextos como el que ha surgido en una vida y socialización digital. Así, “nuestras vidas emocionales se desarrollan dentro de un

contexto social y cultural” (Makhachashvili et al., 2021, p. 23).

Así el biólogo Humberto Maturana señala que “desde el punto de vista biológico lo que connotamos cuando hablamos de emociones son disposiciones corporales dinámicas que definen los distintos dominios de acción en que nos movemos” (Maturana, 2018, p.15).

Así también remarca que cuando se cambia de emoción se cambia también el dominio de acción, por ende “no hay acción humana sin una emoción que la funde como tal y la haga posible como acto” (Maturana, 2018, p. 23). De manera cotidiana se hace referencia a argumentos racionales, sin hacer referencia a las emociones en que se sostienen, ello debido a que muchas personas desconocen que todas las acciones poseen un fundamento emocional y se tiene la creencia que tal condición sería una limitación al ser racional, es decir que las emociones limitarían al ser racional y pensante, cuando es, al contrario, es decir que las emociones siempre son una posibilidad y disposición para la acción (Maturana, 2018, p.18).

Algunas conclusiones de los científicos, basadas en la parte experimental, relacionadas a la función de la inteligencia emocional en la educación digital, “confirman que los dominios afectivos como las habilidades interpersonales, el manejo del estrés, la adaptabilidad y el modo general, se están fusionando lentamente en los diseños instruccionales de la educación a distancia” (Makhachashvili, Bakhtina, Semenist, 2021, p. 24). Del mismo modo se señala en estas investigaciones, a tres factores para asegurar la adaptabilidad digital: i) la motivación, ii) la flexibilidad y iii) conciencia; cada una de ellas orientada a que la persona pueda hacerse cargo de su motivación para seguir adelante y adaptarse, así como también la flexibilidad que se requiere frente a nuevos escenarios, lo cual podrá lograrse con introspección que promueva la toma de conciencia. En ese sentido, también se plantea que:

el *ser en línea* buscará una salida al *ser-ahí* emocional, que consiste en la comprensión entre el sujeto (una persona) y el objeto (una máquina), y, por lo tanto, la necesidad de la comunicación como una condición necesaria de la inteligencia emocional. (Makhachashvili, Bakhtina, Semenist, 2021, p. 26).

A pesar de ello, la máquina que media en una comunicación digital entre humanos implica una barrera, que dificulta la comunicación e interacción, sobre lo cual aún los estudios resultan incipientes.

Conforme se advierte la importancia de la inteligencia emocional en el mundo digital es crucial, al estar relacionada con la esencia humana para su interacción y comunicación, en ese sentido, las investigaciones a las cuáles se ha podido acceder, revelan que aún se está en proceso de transición, que sigue al proceso de transición inconcluso en el cual el ser humano aún no era consciente o conocía poco sobre la importancia de su emocionalidad en el mundo real y que todas sus acciones están contenidas por un fundamento emocional; pese a ello, ahora el ignorado contexto demanda mirar el mundo emocional en un nuevo entorno con un testigo de toda comunicación y movimiento humano, la máquina.

Dicho entorno, no es de una sola manera sino de muchas, tantas como espacios y contextos posee y crea el ser humano, dentro de ellas el tema que avoca la investigación, la inteligencia emocional digital de un abogado, es decir identificar las inquietudes en este ámbito profesional, partiendo de que actualmente la mayoría de audiencias dentro de los procesos judiciales se vienen dando de manera virtual desde el año 2020, en camino a cumplir cuatro años de audiencias digitales, en las cuales no se produce contacto directo entre los justiciables y los magistrados y/o autoridades.

El no tener contacto directo, por ejemplo, para estas audiencias en el ámbito del derecho procesal, deriva preguntar si dicha circunstancia, favorecerá la posibilidad de que el magistrado pueda escuchar adecuadamente al justiciable, habida cuenta que la escucha implica también al cuerpo y el lenguaje no verbal. Esta y otras inquietudes serán presentadas en el próximo apartado.

INTELIGENCIA EMOCIONAL DIGITAL PARA ABOGADOS

Con la finalidad de resaltar la importancia de la inteligencia emocional en general, la cual es base para la inteligencia emocional digital del abogado, es menester distinguir algunas investigaciones científicas referenciadas por Fernández León (2014):

- Socios de una consultora internacional fueron testados en competencias de inteligencia emocional. Los socios que alcanzaron resultados superiores a la media en 9 o más de las 20 competencias obtuvieron un incremento en los beneficios de la firma de más de un 139% (Boyatzis 1999).
- Un análisis de más de 300 ejecutivos de 15 compañías que operaban a nivel mundial

demostró que 6 competencias emocionales distinguían a los ejecutivos estrellas de la media: influencia, dirección de equipos, capacidades de organización, autoconfianza, logro y liderazgo (Spencer L.M., Jr 1997).

- Un estudio de 130 ejecutivos demostró que la forma en la que las personas gestionan sus propias emociones determina el número de personas que prefieren tratar con ellos (Walter V Clarke Associates, 1997).
- 515 ejecutivos senior de una compañía internacional, concretamente aquellos que disponían de fuertes capacidades en inteligencia emocional eran más propensos a tener éxito que aquellos que eran más fuertes en experiencia o coeficiente intelectual. En otras palabras, la inteligencia emocional constituye un mayor predictor de éxito que elementos como la experiencia o el coeficiente intelectual. El estudio incluyó ejecutivos en Latinoamérica, Alemania y Japón y los resultados fueron casi iguales en las tres culturas (citado por Cherniss 1990).
- Altas capacidades en inteligencia emocional hacen que el profesional sea más productivo (Stein 2009).
- Las competencias emocionales constituyen hasta dos terceras partes de las características distintivas de los mejores trabajadores (Miles 2004).
- Las decisiones más efectivas se realizan cuando las competencias emocionales e intelectuales del cerebro están funcionando conjuntamente (Brushfield 2012).
- Altas capacidades en inteligencia emocional hacen que el profesional mejore el trabajo en equipo y la gestión de conflictos (Clarke 2010).
- Una investigación sobre la inteligencia emocional y el trabajo desarrollado demostró que la inteligencia emocional puede predecir cómo será la prestación del trabajo por encima de la personalidad y la habilidad cognitiva de la persona (O’Bolle 2011).

Conforme se puede apreciar del testimonio de las investigaciones citadas por Fernández León (2014), la inteligencia emocional es clave en el desempeño y logros profesionales, por supuesto también lo es para los abogados, ya que constantemente el abogado se enfrenta a litigios en donde las emociones están a flor de piel, pero si no las conoce, no sabrá cómo gestionarlas, y lo más probable es que muchos de los involucrados

en el caso legal, resulten afectados de una u otra manera.

La inteligencia emocional como se ha sostenido constituye el sustrato esencial del ser humano, fundamento de su accionar, y al ser esto así, interviene en toda actividad que este pueda realizar, por ello se dice que el ser humano no puede existir ni un segundo, sin un espacio emocional, ello incluye la actividad profesional de la abogacía, la misma que esencialmente consiste en brindar asesoría o patrocinio legal a las personas que acuden en busca de un apoyo para la toma de decisiones.

Así el abogado está constantemente relacionándose con personas, y siendo ello así, debe saber escuchar y conversar con sus clientes, oponentes y autoridades, para que en base a ello pueda diseñar y delinear su desempeño como abogado en el contexto que le toque.

Estas relaciones anteriormente se realizaban a través de lo que se ha denominado el *ser-ahí*, pero actualmente gran parte de la interacción de la vida profesional del abogado ha pasado a ser una interacción digital, es decir el llamado *ser en línea*, así muchas consultas se atienden mediante reuniones en salas virtuales, y las audiencias de un proceso judicial en su mayoría se llevan a cabo por medio de aplicativos digitales como Google Meet, por lo que, resulta fundamental aproximarse a definir en qué consistiría para un abogado el ostentar inteligencia emocional digital.

En el entendido que estudios científicos afirman que el desarrollo de la inteligencia emocional puede impactar en el ámbito cognitivo, es decir que puede volver más inteligente a una persona de lo que venía siendo, entonces el abogado que realiza un trabajo intelectual, cognitivo, podría por supuesto estar muy interesado en desarrollar su inteligencia emocional, así Goleman (2015) señala:

En su conjunto, esa información revela que existen centros cerebrales específicos que gobiernan la inteligencia emocional, lo que diferencia ese conjunto de capacidades humanas de la inteligencia académica (es decir, verbal, matemática y espacial) o coeficiente intelectual (que es como se conocen esas competencias puramente cognitivas), así como de los rasgos de la personalidad. (p.17).

En ese entendido, si las emociones fundan el accionar humano en el mundo real, también lo fundan en el mundo digital, con la diferencia que en el mundo digital se tiene un testigo constante de la interacción y comunicación (la máquina), que para muchos esto podría resultar una barrera o

dificultad, al momento de expresar sus emociones; por ejemplo, cuando se requiera de la emoción de la ira para defender una causa, esta emoción como todas las emociones, que posee el ser humano, que se conocen hasta el momento, tienen un rango de despliegue el cual podría ser establecido del uno al diez, en términos de intensidad, entonces es aquí en donde entra a tallar lo que se denomina la introspección o autoconocimiento, ya que dependerá de ello su correcta manifestación y sobre todo la medida o intensidad idónea en su manifestación dentro de un contexto determinado. Y esto no se logra negando el mundo emocional humano, sino por el contrario reconociéndolo y buscando identificar los aspectos centrales para desarrollar una inteligencia emocional digital óptima del abogado.

Queda claro que, para poder desarrollar la inteligencia emocional digital en el abogado,

primero debe haber desarrollado la inteligencia emocional en el mundo real, habida cuenta que el mundo digital busca ser una réplica del mundo real, mediando la máquina; y que recién comenzamos a registrar las experiencias humanas a través de una comunicación en la que interviene el hombre + máquina, o como dirían algunos, el hombre + su prótesis, o también el llamado *transhumanismo*¹.

Adentrándonos superficialmente en el mundo emocional, el coach ontológico Olalla (2008), enseña que en este ámbito se pueden distinguir: i) las emociones, ii) los estados de ánimo y iii) las emociones enraizadas.

Sobre las emociones marca como las más importantes, a las emociones básicas o también llamadas por algunos como los colores primarios, siendo estas de siete tipos, a saber:

Figura 1. Emociones básicas



Elaborado a partir de Olalla (2008).

Si una persona se propone definir cada una de las emociones citadas, lo más probable es que logre realizarlo, sobre todo con ejemplos de su diario vivir, y a esto es a lo que los coach ontológicos llamarían una reconstrucción lingüística de las emociones, pero para aprender sobre las emociones de cada uno, los rangos, niveles, medidas, intensidades entre otros aspectos, no basta leer un libro o aprender de memoria ciertas definiciones, sino que ello ocurre, de manera experiencial, con la propia vivencia, por contacto; es decir que se puede explicar a alguien sobre la tristeza, pero seguir triste.

Y ello puede ser posible a través del autoconocimiento, es decir observando al observador. Luego de lo cual, podremos adquirir conciencia e identificar cómo operan las emociones, los estados de ánimo o acaso las emociones enraizadas.

Mientras que las emociones es posible reconocerlas y por ende gestionarlas, los estados de ánimo serían algo que forma al ser humano y sobre lo cual no se posee control inmediato, sino que más bien obedece a una

condición humana que llega, se implanta sin mediar identificación u oposición de una persona, cumplen una función específica y luego se disipan. Tal como también ha sido confirmado desde la psicología; remarcando el profesor René Vergara lo siguiente:

En la reacción emocional se observa la participación de ciertos estímulos inductores que activan un sistema de respuesta y que le otorgan su punto de partida (Palmero et al, 2002). En cambio, los estados de ánimo no tienen un evento o estímulo claro que los ocasione, o de existir, no es claramente identificable por quien lo experimenta (Goldsmith, 1994; Gendolla, 2000). (Vergara, 2006, p.30).

Del mismo modo Rafael Echeverría (2005), distingue a las emociones de los estados de ánimo señalando que son muy diferentes: “Los estados de ánimo viven en el trasfondo desde el cual actuamos” (Echeverría, 2005,

¹ El transhumanismo es un “Movimiento que propugna la superación de las limitaciones actuales del ser humano, tanto en sus capacidades físicas como psíquicas, mediante el desarrollo de la ciencia y la aplicación de los avances tecnológicos” (Real Academia Española, s. f.).

p.6). En ese sentido, se plantean cuatro estados de ánimo:

Figura 2. Estados de ánimo



Elaborado a partir de Echeverría (2005).

Y las emociones enraizadas serían aquellas que pueden haber ocurrido en la infancia por medio de un evento dramático, en esos casos la emoción se queda definitivamente, la emoción se enraizó; y las personas pueden pensar que es parte de su ser. Algunos aseveran que estas emociones enraizadas estarían conectadas con el mundo ancestral, historia de un linaje que mueve a las personas a un determinado tipo de emocionalidad. Quizá este sea uno de los motivos que derivó a que el mundo emocional, por mucho tiempo, fuera considerado, únicamente un espacio de tratamiento terapéutico.

Como se puede apreciar el mundo emocional es vasto, tal es así que existen autores como Olalla (2008), que señalan que cada vez se descubren más emociones, existiendo actualmente un registro de más de 300 tipos de emociones, y sin ir muy lejos muchas personas cuando buscan ubicar una emoción para publicaciones que hacen en redes sociales, por más que pasan y repasan los tipos allí registrados, no logran identificarse con ninguna, lo que demuestra una vez más, la riqueza y vastedad del mundo emocional humano y lo incipiente de los conocimientos sobre ello.

Así este ámbito de la inteligencia emocional resulta un extenso y profuso camino para el abogado, que consciente del impacto que ello tiene en el devenir de la existencia humana. Mucho más lo es la inteligencia emocional digital del abogado, que incluye no solo aprender sobre sus emociones y su asertividad, sino que compele a instruirse a expresar las emociones a través de una máquina, entendiendo que dicha forma limita la expresión humana en toda la magnitud del *ser ahí*.

Por tanto, la inteligencia emocional digital del abogado es un concepto que combina la inteligencia emocional tradicional con las habilidades digitales necesarias en el mundo actual, esto implica la capacidad de manejar las emociones de manera efectiva en el entorno digital, así como aprovechar las tecnologías digitales de manera perspicaz.

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

De acuerdo a la investigación realizada se tienen algunos hallazgos resaltantes: es primordial transitar por el *ser ahí*, ya que se necesita fortalecer el mundo interior para poder enfrentar el mundo exterior, esta fase previa permitirá adecuarse al *ser en línea*, siendo esta etapa la más importante en términos de efectividad en el ejercicio de la profesión en entornos digitales, empero, no más importante que el *ser ahí*, ya que este último concentra la mayor fortaleza para poder aplicar idoneidad en el servicio legal, en general, que brinda el abogado.

En la investigación surge la discusión, acerca de quienes están ejerciendo una actividad pública o destinada al ejercicio del poder, en términos del contrato social, en la que se asegura que debería prevalecer la razón sobre las emociones, ya que las decisiones deben ser duras y exigentes para cautelar bienes jurídicos al amparo del poder. No obstante, aún en este contexto en discusión, donde puede confundirse a una razón sin emoción, ha quedado demostrado científicamente que no existe toma de decisiones racional sin un componente emocional, cualquier forma de ser y estar en el mundo del ser humano se encuentra teñida por una o varias emociones; por lo que, se ratifica que la razón actúa entrelazada con las emociones, siendo ambas partes del sustrato humano.

El amor como emoción y en términos de dialéctica constituye el eje del equilibrio personal y profesional que vincula a todas las escuelas o profesiones, inclusive antes del concepto mismo de la inteligencia emocional y antes de la problemática del uso de los medios tecnológicos y su asertividad, se dice que ha sido la principal forma de conectarse con el mundo, así como poder definir el curso de la vida, por consiguiente, importa mucho conocer al amor como aquella emoción que constituye al ser humano y como aquella que permite estar en contacto, interactuar y respetar al otro como un legítimo otro.

El Coaching Ontológico promueve, a partir de un ejercicio de acompañamiento, el conocimiento

interior, lo que comprende principalmente a las emociones, el cuerpo y el lenguaje, que en la práctica puede no ser accesible al conjunto, sin embargo, la cotidianidad navega en puridad sobre el concepto de Coaching Ontológico, quizá de manera ortodoxa o menos visible, pero en buena cuenta inmanente.

PROPUESTA: MAPA DE INTELIGENCIA EMOCIONAL DIGITAL PARA ABOGADOS

Con el propósito de plantear una propuesta de mapa de inteligencia emocional digital para abogados, se ha considerado los elementos clave que puedan reflejar la integración de la inteligencia emocional tradicional y la inteligencia emocional digital, entendida esta como la capacidad para comprender, expresar y regular emociones en un entorno digital a través de herramientas digitales que cumplan con dicho objetivo. Estos elementos clave serán planteados en dos ámbitos:

1. Intra personal *ser ahí*

Como se ha corroborado el primer paso hacia la inteligencia emocional del *ser ahí* o inteligencia emocional tradicional, es adentrarse en el conocimiento interior o introspección, por lo cual el abogado deberá tomar la decisión de darse este maravilloso regalo, de ingresar a los confines de su ser, a través de la metodología que considere más adecuada o con la que se sienta más identificado, se recomienda con tal cometido un espacio de por lo menos un año al iniciar la carrera de abogacía, en el transcurso, o al término.

El aprendizaje emocional al cual se adentrará le proporcionará la inteligencia emocional suficiente como para a partir de todo lo aprendido de sí mismo, poder interactuar con los demás desde el conocimiento de sus propias limitaciones y toda la trascendencia que de ello haya podido observar.

En el coaching ontológico se dice que una buena conversación de coaching genera un nuevo devenir, la posibilidad de la imaginación de una nueva epistemología, es decir que entendiendo como se sabe lo que se sabe, se puede dar paso a nuevos cauces.

En este proceso, el abogado debe identificar las emociones clave que sostienen la profesión de asesoría y patrocinio legal del abogado, y estas emociones se sostiene que son principalmente el respeto al otro como un legítimo otro y la

confianza vital. A decir del biólogo Humberto Maturana (2018):

El amor es la emoción que constituye el dominio de acciones en que nuestras interacciones recurrentes con otro hacen al otro un legítimo otro en la convivencia. Las interacciones recurrentes en el amor amplían y estabilizan la convivencia; las interacciones recurrentes en la agresión interfieren y rompen la convivencia. (p. 23).

Así Maturana (2018) propone al amor como la emoción central de la historia evolutiva humana “la aceptación del otro como un legítimo otro, en la convivencia, es una condición necesaria para el desarrollo físico, conductual, psíquico, social y espiritual tanto del niño como del adulto” (p. 25).

Del mismo modo, afirma que, en sentido estricto, “los seres humanos nos originamos en el amor y somos dependientes de él. En la vida humana la mayor parte del sufrimiento viene de la negación del amor” (Maturana, 2018, p. 26) remarcando que “el 99% de las enfermedades y dificultades humanas tienen que ver con la negación del amor” (Maturana, 2018, p. 26).

2. Inter personal *ser en línea*

Partiendo de que se ha llegado al entendimiento de haber transitado un espacio de introspección o conocimiento interior y habida cuenta que se tiene una inteligencia emocional tradicional de base, ahora el siguiente paso sería incorporar dicha inteligencia emocional al *ser en línea*, complementándolo con habilidades digitales como:

Comunicación legal en línea: Los abogados necesitan ser efectivos en la comunicación en línea, ya sea a través de correos electrónicos, salas virtuales, mensajes instantáneos, o en redes sociales. Esto implica entender cómo las expresiones, posturas, palabras y el tono pueden afectar las emociones de las personas con las que se interactúa, y cómo mantener una comunicación efectiva en un entorno digital.

Resolución de conflictos online: Desarrollar la capacidad de manejar críticas constructivas o negativas en línea y responder de manera profesional. Abordar conflictos legales que puedan surgir en el ámbito digital, como disputas en redes sociales o problemas de propiedad intelectual en línea.

Adaptabilidad y resiliencia digital: Permeabilidad al cambio, estar preparado para adaptarse a nuevas tecnologías legales y herramientas digitales.

Manejo del estrés digital: Lidar con la presión y el estrés relacionados con la carga de trabajo digital y los plazos en línea (deadline), así como también lo que algunos han llamado “fatiga de zoom”² (Makhachashvili et al., p.28).

Conciencia ética digital: Entender los riesgos de seguridad digital y proteger la información confidencial del cliente. Mantener altos estándares éticos en la conducta digital, evitando comportamientos inapropiados en plataformas en línea.

Colaboración y trabajo en equipo virtual: Colaborar de manera efectiva con colegas, clientes, y otros profesionales legales a través de las diversas plataformas virtuales. Manejar equipos virtuales y liderar proyectos a distancia.

Uso estratégico de la tecnología: Aprovechar las herramientas de automatización para mejorar la eficiencia en la investigación, redacción de documentos y otras tareas legales. Mantenerse actualizado sobre las tendencias tecnológicas relevantes para la práctica legal, como inteligencia artificial, blockchain, legaltech entre otros.

Presencia digital del abogado y marca personal: Construir y mantener una reputación positiva en línea como profesional del derecho. La cual como se mencionará debe ser una réplica de lo que pasa en el mundo real. Participación en redes sociales: Utilizar plataformas sociales de manera estratégica para la promoción profesional y la conexión con la comunidad legal.

Abordando y desarrollando estos dos ámbitos de la inteligencia emocional (Intra personal *ser ahí* - Inter personal *ser en línea*) se estaría en condiciones de afirmar que se ha recorrido el camino adecuado que lleva a ostentar una inteligencia emocional digital en el campo del ejercicio de la profesión de abogado. Sin duda actualmente es un aspecto que no solo se viene observando desde el ámbito del derecho, sino que muchas áreas del conocimiento y sobre todo la educación han puesto la lupa en la inteligencia emocional digital, debido a que muchas actividades educativas se plantean en línea, por lo que resulta crucial desarrollar la inteligencia emocional digital para maximizar los resultados del aprendizaje educativo, lo propio deriva para el abogado, de quien depende la

situación legal de las personas que asesora o a quienes brinda patrocinio legal.

CONCLUSIONES

En la edad media se dividió el mundo objetivo humano del mundo subjetivo, reservando lo subjetivo (mundo emocional) a la iglesia y el mundo objetivo a la ciencia. Esta división brutal, originó que, por siglos, los seres humanos se consideren seres racionales mas no emocionales; no es sino hasta el siglo XIX, que autores como Howard Gardner, Salovey y Mayer, Daniel Goleman, popularizan el concepto de inteligencia emocional, acrecentándose desde ese momento diversas propuestas en el mercado que buscan cubrir esta necesidad del ser humano de reconectarse con su mundo emocional.

Es necesario que el abogado desarrolle la inteligencia emocional tradicional basada en el *ser ahí*, para que a partir de ello pueda saltar a desarrollar una inteligencia emocional digital del *ser en línea*.

De acuerdo con el Coaching ontológico las emociones fundamentales que pueden aportar en el desarrollo de las labores de los abogados son el respeto y la confianza vital, basadas en el amor entendido como la emoción que funda al ser humano y su vivir en comunidad.

El mapa de inteligencia emocional para abogados propone atravesar dos etapas, para el desarrollo idóneo de la inteligencia emocional digital; la primera ingresar a un tránsito de auto conocimiento o introspección que permita conocer las emociones propias y a partir ello poder extrapolar lo aprendido en la interacción con autoridades, clientes y otros con los que se relaciona el abogado; lo cual se complementará con las habilidades para la utilización de herramientas digitales de vanguardia.

FUENTES DE INFORMACIÓN

Echeverría, R. (2002). *Ontología del lenguaje*. Dolmen Ediciones.

Echeverría, R. (2004). *El búho de Minerva*. JC Sáez Editor.

Echeverría, R. (2017). *Ontología del lenguaje*. Ediciones Granica.

Echeverría, R., & de Coaching, F. P. (2005). Emociones y estados de ánimo. *Ontología del lenguaje*, 152-173.

2 “Enfermedad psicológica que se manifiesta por la pérdida de energía debido a las multitareas de video conferencias, lo que puede hacer concentrarse excesivamente, controlar cada movimiento y preocuparse como esto puede ser interpretado por los interlocutores” (Makhachashvili et al., 2021, p.28).

- Fernández Berrocal, P. y Extremera Pacheco, N. (2005). La inteligencia emocional y la educación de las emociones desde el modelo de Mayer y Salovey. *Revista Interuniversitaria de Formación del profesorado*, 19(3), 63-93.
- Fernández León, O. (26 de setiembre de 2014) *¿Por qué a los abogados nos interesa la inteligencia emocional?* Legal Today. <https://www.legaltoday.com/gestion-del-despacho/estrategia/por-que-a-los-abogados-nos-interesa-saber-de-inteligencia-emocional-2014-09-26/>
- Goleman, D. (2010). *La práctica de la inteligencia emocional*. Editorial Kairós.
- Goleman, D. (2014). *Liderazgo. El poder de la inteligencia emocional*. B de books.
- Goleman, D. (2015). *El cerebro y la inteligencia emocional: nuevos descubrimientos*. B de Books.
- González Galván, J.A. (2012). El constructivismo pedagógico aplicado al derecho: hacia una formación dinámica. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 45(133), 119-139.
- Makhachashvili, R., Bakhtina, A. y Semenist, I. (2021). La función de la inteligencia emocional en la educación digital como el sustrato de la validez de la vida on-line. *Amazonia Investiga*, 10(45), 20-30.
- Maturana, H. (2018). *Emociones y lenguaje en educación y política*. JC Sáez Editor.
- Olalla, J. (2008). El mundo emotivo y el mundo del lenguaje. *Cuadernos de Coaching*, (1), 9-11.
- RealAcademiaEspañola(s.f.). Transhumanismo. En *Diccionario de la lengua española*. <https://dle.rae.es/transhumanismo?m=form>
- Vergara, R. G. (2006). Naturaleza del estado de ánimo. *Revista chilena de Neuropsicología*, 1(1), 29-40.
- Zapata, M. S. (2012). ¿Qué es el coaching? Sus orígenes, definición, distintas metodologías y principios básicos de actuación de un coach. *3c Empresa: investigación y pensamiento crítico*, 1(3), 1-11.

IMPPLICACIONES DE LA TRANSFORMACIÓN DIGITAL EN EL ÁMBITO LABORAL Y SU IMPACTO EN LAS SITUACIONES DE ACOSO LABORAL O MOBBING¹

IMPLICATIONS OF DIGITAL TRANSFORMATION IN THE WORKPLACE AND ITS IMPACT ON WORKPLACE HARASSMENT OR MOBBING SITUATIONS

Juan Esteban Aguirre Espinosa
<https://orcid.org/0000-0001-9012-9585>
Universidad Católica Luis Amigó
aguirreespinosaesteban@gmail.com

Dany Steven Gómez Agudelo
<https://orcid.org/0000-0003-2687-0146>
Universidad Católica Luis Amigó
dany.gomezag@amigo.edu.co

Sebastián Díaz Bolívar
<https://orcid.org/0000-0001-7314-6412>
Universidad Católica Luis Amigó
sebastian.diazbo@amigo.edu.co
Colombia

Recibido: 6 de marzo del 2024.

Aceptado: 3 de junio de 2024

SUMARIO:

- Introducción.
- Marco teórico.
- Los cambios normativos en el ámbito laboral en Colombia durante la pandemia del covid-19 y su impacto en la prevención del acoso laboral digital.
- El acoso laboral digital en Colombia: una revisión de las situaciones que pueden surgir en el trabajo en casa y el teletrabajo.
- El papel de la prueba digital en casos de acoso laboral virtual en Colombia: cadena de custodia y valoración en la jurisdicción laboral.
- Conclusiones.
- Fuentes de información.

RESUMEN

El presente artículo de investigación analiza los cambios normativos en el ámbito laboral en Colombia durante la pandemia del COVID-19 y su impacto en la prevención del acoso laboral

digital. La emergencia sanitaria mundial ha generado la creación de normas destinadas a regular las nuevas modalidades de trabajo, como el teletrabajo y el trabajo a distancia. Sin embargo, el uso de las tecnologías de la información y la comunicación en el trabajo remoto, ha aumentado el riesgo de acoso laboral en el contexto digital, lo que ha generado la necesidad de adaptar las disposiciones normativas a las nuevas realidades del trabajo. Este documento analiza la aportación, contradicción, práctica y valoración de las pruebas digitales en los procesos de acoso laboral, donde la prueba se torna en un elemento fundamental para la acreditación de hechos y la generación de los efectos jurídicos correspondientes.

PALABRAS CLAVE: Acoso laboral digital, derechos laborales, nuevas tecnologías, transformación digital.

ABSTRACT

This research article analyzes the regulatory changes in the labor field in Colombia during the COVID-19 pandemic and their impact on preventing digital workplace harassment.

¹ Este artículo se deriva de la investigación denominada "El plazo razonable en el Código General del Proceso (ley 1564 de 2012 CGP) y decreto 806 de 2020", la cual fue financiada por la Universidad Católica Luis Amigó- Sede Medellín, Colombia, en el año 2024. Research Organization Registry: <https://ror.org/055d5bf90>

The global health emergency has generated the creation of norms aimed at regulating new forms of work, such as telework and distance work. However, the use of information and communication technologies in remote work has increased the risk of digital workplace harassment, which has generated the need to adapt regulatory provisions to the new realities of work. This essay analyzes the contribution, contradiction, practice, and evaluation of digital evidence in workplace harassment processes, where evidence becomes a fundamental element for the accreditation of facts and the generation of corresponding legal effects.

KEYWORDS: Digital workplace bullying, digital transformation, new technologies, labor rights.

INTRODUCCIÓN

La pandemia conocida como COVID-19 ha dado lugar no solamente a la declaración de un estado de emergencia sanitaria a nivel mundial, lo que ha conllevado en Colombia, con unas implicaciones sociales, económicas, políticas y jurídicas, a la creación de normas destinadas a buscar regulaciones frente a la nueva realidad del trabajo en casa y/o teletrabajo y trabajo a distancia, las cuales han hecho transición a las relaciones laborales de los trabajadores en nuestro país, como consecuencia de la veloz propagación del virus.

El derecho del trabajo no ha sido ajeno a la producción normativa excepcional y temporal surgida durante este periodo histórico, generando de esta forma la necesidad de analizar las diferentes disposiciones normativas para adaptarlas a los nuevos entornos del trabajo, donde las nuevas tecnologías de la información y la comunicación cobran fuerte relevancia con respecto a las nuevas figuras de acoso laboral, mediante el uso de los medios de comunicación digital, y se amplía cada vez más la utilización de chats, mensajes de WhatsApp, videos, fotos y grabaciones, en procesos regulados por la normatividad laboral, medios de prueba aceptados desde la expedición de la ley 527 de 1999, pero poco comprendidos en cuanto a su aportación, contradicción, práctica y valoración en procesos originados por acoso laboral, donde la prueba se torna en un elemento fundamental para la acreditación de hechos y la generación de los efectos jurídicos correspondientes.

Dado lo anterior, la pregunta de investigación es: ¿cuáles han sido las implicaciones jurídicas de la emergencia sanitaria producida por la covid-19 en las situaciones laborales de acoso laboral o *mobbing* en Colombia?

Los objetivos propuestos buscan analizar las implicaciones jurídicas del acoso laboral digital en Colombia durante la pandemia de COVID-19, específicamente en relación a las pruebas digitales utilizadas. Para el desarrollo de la anterior, este trabajo presenta una síntesis de las últimas investigaciones en acoso laboral y acoso laboral digital en diferentes países. Se busca, además, identificar los cambios normativos en materia laboral durante la emergencia sanitaria, describir las situaciones que pueden ser consideradas acoso laboral digital, y resaltar la importancia de manejar adecuadamente las pruebas digitales en estos casos. Se pretende desarrollar un protocolo que proporcione directrices a los empleadores para garantizar el cumplimiento de las normativas laborales y el respeto a los derechos de los trabajadores que realizan trabajo en casa y/o teletrabajo. En conjunto, estos objetivos buscan proporcionar una comprensión más clara de las implicaciones jurídicas del acoso laboral digital en Colombia y contribuir a la prevención y protección de los trabajadores afectados.

Así, el objetivo general consiste en analizar las implicaciones jurídicas de las situaciones de acoso laboral digital en el mundo y más específicamente en Colombia, donde se hayan utilizado pruebas digitales, durante la emergencia sanitaria producida por la covid-19.

Mientras que los objetivos específicos son:

- Identificar cuáles han sido los cambios normativos en Colombia en materia laboral a partir de la emergencia sanitaria producida por la covid-19.
- Describir las situaciones que pueden enmarcar un acoso laboral digital desde las figuras del trabajo en casa o teletrabajo en Colombia.
- Explorar el desarrollo investigativo que ha tenido el teletrabajo alrededor del mundo con las nuevas modalidades de acoso laboral digital.
- Relatar la importancia del manejo de la prueba digital en situaciones de acoso laboral virtual, su cadena de custodia y su forma de llevarlas al conocimiento de la jurisdicción.
- Generar un protocolo en el cual se den directrices generales para los empleadores para

asegurar el cumplimiento de las normativas laborales relativas al respeto de los derechos de los trabajadores, que cumplen sus funciones mediante trabajo en casa y/o teletrabajo.

Los principales referentes normativos son la Constitución Política de Colombia, el Código General del Proceso, la Ley 270 de 1996 Ley Estatutaria de Administración de Justicia, la Ley 527 de 1999 sobre mensaje de datos, la Ley 1010 de 2006, la ley 1221 de 2008, La ley 2121 de 2021, La ley 2088 de 2021 y la ley 2209 de 2022.

La investigación se desarrolló con un enfoque cualitativo, toda vez que el interés se centró en el rastreo de información y de fuentes documentales, con miras a interpretar la finalidad de la investigación. Para lograr este objetivo, se realizó la búsqueda de artículos de investigación publicados en revistas indexadas e internacionales, que brindan una referencia del acoso laboral en diferentes países. Coherente con el enfoque de investigación, el estudio se ubica en un paradigma socio jurídico retomando como método el hermenéutico, al respecto, Duque, González, Cossio & Martínez (2018) afirman: “con el enfoque teórico de la investigación socio jurídica, el investigador puede obtener el estudio de las problemáticas que detecta de la dogmática en su relación con la realidad social” (p. 23).

Consecuente con lo anterior, la investigación hará énfasis en lo descriptivo–analítico, esto es, pretende comprender y lograr explicar la realidad de las implicaciones de las nuevas tecnologías en ámbito de las pruebas digitales en el acoso laboral. Para el desarrollo de esta investigación, se utilizarán como técnicas de recolección de información la revisión documental y la observación no participante, acudiendo a información obtenida de precedentes judiciales, en lo local, regional y nacional, y a literatura realizada por doctrinantes nacionales e internacionales, expertos en la temática; en cuanto a la observación, se obtuvo información del objeto de la investigación simposios, foros y congresos sobre el acoso laboral, la cual se estableció en una matriz que posteriormente permitió encontrar las diferencias y similitudes en los datos analizados.

MARCO TEÓRICO DE REFERENCIA: ANÁLISIS DE LAS INVESTIGACIONES MÁS RECIENTES EN ACOSO LABORAL Y ACOSO LABORAL DIGITAL.

El acoso laboral ha sido definido como una consecuencia negativa de las interacciones socio-económicas entre trabajadores y empleadores. Este fenómeno genera graves

situaciones para los derechos humanos de los empleados, disminuyendo su dignidad y generando ambientes de trabajo poco sanos, corruptos e indecentes. Algunas de las formas de discriminación más comunes son el bullying, el acoso propiamente dicho, el estigma y la discriminación. Es importante entender que esta situación genera fuertes perjuicios en contra de la salud de los empleados (Amoadu et al., 2023).

Una de las formas para prevenir el acoso laboral es la creación de ambientes laborales seguros o (PSC) por sus siglas en inglés. Sin embargo, la creación de ambientes laborales sanos dependerá muy en concreto, de cada una de las empresas en las que se quiera implementar. La diferencia en el criterio que ha tenido la creación de los distintos modelos y los grandes problemas de informalidad en los países en vías de desarrollo, han dificultado la creación de protocolos masivos para la creación de trabajos seguros (Amoadu et al., 2023).

El acoso laboral no es solo un fenómeno que afecte a las víctimas del mismo. Se han hecho investigaciones donde se ha concluido que este también puede generar importantes daños para las personas que lo están observando. El estrés generado a los empleados que lo observan se deriva de la percepción de no encontrarse en un ambiente seguro. Si una persona observa el maltrato laboral puede sentir que en cualquier momento puede ser ella la víctima, generando un daño psicológico (así no sea percibido por el mismo trabajador observador). Esto perjudica la productividad de las empresas y la concreción de un oficio seguro (Nielsen et al., 2023).

Aún más preocupante es la afectación que la salud mental puede tener no solo para los colaboradores, sino también para sus familias. En EEUU se investigó existía una posible relación entre los problemas de salud mental para los niños en los hogares. Luego de realizar una encuesta a más de diez mil niños entre los 4 y 17 años, se encontró que cuando los padres recibían el maltrato laboral, los niños tenían hasta el doble de probabilidad de desarrollar una enfermedad mental en su edad adulta. Las encuestas fueron realizadas entre 2010 y 2015 (Liu & Kawachi, 2023).

Este fenómeno también tiene una importante problemática relacionada con el género, las mujeres pueden llegar a ser las más afectadas sobre todo en tema de inequidad salarial y acoso sexual en sus funciones. En Brasil, durante la pandemia de covid-19, un grupo de

investigadores se propuso examinar el impacto que la enfermedad había tenido en contra del ambiente laboral de las trabajadoras del sector salud. Este estudio encontró que las mujeres debían enfrentarse a situaciones de: falta de equipos de infraestructura física, falta de equipos bioseguros, agresión por parte de médicos y jefes, humillación y persecución para quienes no podían aguantar el ritmo de trabajo. Esta situación se agravaba por la situación de vulnerabilidad que muchas mujeres experimentaban por estar en cargos de menor jerarquía que sus compañeros masculinos (Da Silva et al., 2023).

También relacionado con el tema del trabajo en el sector salud, en China se ha investigado las formas de violencia que tienen que afrontar estos trabajadores. Se encontró de acuerdo con encuestas realizadas en 2019 que la gran mayoría (90%) de los empleados habían sufrido violencia en sus lugares de trabajo. Las formas de violencia más comunes consistían en: agresiones verbales (87,25%), amenazas (68,50%), violencia física (40,6%) y acoso sexual (7,50%) (Yan et al., 2023) (Li et al., 2023).

La violencia para los trabajadores del sector salud no fue un fenómeno exclusivo de China, en EEUU se encontró que la probabilidad de tener enfermedades de salud mental severas a causa de la violencia que se sufría en el trabajo, era mucho mayor que para las personas que sufrían estas situaciones en sus funciones. Las enfermedades más comunes que enfrentaron los trabajadores de la salud fueron: depresión, ansiedad, estrés postraumático, y hasta ideaciones suicidas (Tiesman et al., 2023).

Para los trabajadores jóvenes, la situación tampoco es mucho mejor. De acuerdo con una masiva encuesta realizada en los EEUU, los asalariados menores de 25 años son más propensos a sufrir agresión laboral en sus lugares de trabajo. De los asalariados encuestados, el 60% afirmó haber sido acosado y el 24% haber recibido formas de acoso sexual por parte de sus jefes o compañeros. Se encontró, además, que es más probable que las mujeres reciban formas de acoso sexual, mientras que los hombres reciban formas de abuso verbal (Rauscher et al., 2023).

A esta situación de abuso a la que pueden estar expuestos los trabajadores más jóvenes, académicos de Australia han decidido iniciar una campaña para fomentar la diversidad en las firmas de abogados y la protección de los practicantes. Se descubrió que en la mayoría de las firmas legales que existen en el país no hay

diversidad por parte de grupos étnicos distintos, a pesar de ser Australia un país cada vez más diverso. Se inició entonces una campaña con resultados exitosos que buscaba la protección de los practicantes, a través de una socialización de sus derechos y campañas de concientización en las firmas (Hewitt et al., 2023).

En el mismo sentido, la comunidad LGTBIQ+ es objeto de situaciones de acoso laboral por sus preferencias sexuales. Según estudios realizados en el mercado laboral estadounidense por universidades canadienses, entre el 3% y el 12% de los empleados forman parte de esta comunidad. A pesar de ello, esta comunidad sigue siendo discriminada y las situaciones que los afectan son: el tener que esconder su identidad sexual y de género, experimentar problemas financieros por su condición, sufrir de afectaciones a la salud mental y física por el acoso, sentirse excluidos de sus compañeros y sentirse incómodos en su lugar de trabajo (Imsirovic et al., 2023).

Al analizar países como Hungría, se ha encontrado que el fenómeno del acoso laboral ha sido poco estudiado por las autoridades del país. Un grupo de investigadores decidió observar la prevalencia de este fenómeno dentro de la sociedad húngara. Se descubrió que al menos la mitad de los trabajadores del país habían sufrido acoso laboral (48,7%), se encontró además que el 11% de los trabajadores sufría de este fenómeno con una frecuencia semanal o diaria. Desde una perspectiva de género, las mujeres sufrieron más este fenómeno que los hombres. Si se mira desde el cargo que ostentan las personas, los empleados en cargos más importantes sufrían menos de este fenómeno, mientras que los trabajadores con menos autoridad eran más acosados. También se concluye en este artículo que la simple exposición a conductas de acoso laboral (sin ser víctima de ello), tenía serios problemas para la salud mental de los empleados (Szusecki et al., 2023).

Al analizar otros países de Europa del este, la situación del maltrato laboral y sexual llega al punto de no tener una regulación específica en el código laboral. En Bulgaria, un país europeo apenas una ley del año 2019, buscó integrar estos conceptos en el Código Laboral con resultados dudosos para los trabajadores. Se encontró por parte de los especialistas que esta legislación no ha sido suficiente y que es necesaria la inclusión de tratados internacionales de derechos humanos,

para lograr una mayor protección por parte del Estado búlgaro (Lazarova & Mihaylov, 2023).

En otros países europeos como Francia, desde una perspectiva de salud, se ha concluido que el acoso sexual también se hace prevalente en este país. La legislación francesa hace obligatorio que todos los empleadores actúen en contra de este fenómeno con medidas institucionalizadas en sus compañías. Se ha hecho necesario garantizarles a las víctimas de esta forma de acoso sexual y laboral que puedan hablar con total tranquilidad, sin temor a las represalias a la hora de preservar su trabajo. Este esfuerzo por garantizar que la víctima pueda denunciar no puede recaer únicamente en la empresa, el médico tratante, el psicólogo, el área de gestión humana tienen la tarea de garantizar la denuncia libre (Salembier-Trichard & Wardyn, 2023).

Las situaciones de acoso sexual pueden verse agravadas cuando el trabajador se encuentra en una posición de especial vulnerabilidad. En Bangladesh, se ha detectado que las trabajadoras del sector doméstico están especialmente en peligro en situaciones de acoso laboral. No solo la sociedad admite este tipo de acoso, sino que además está una cultura de culpar a la víctima y el silencio absoluto que se debe tener a la hora de sufrir estas situaciones. Las trabajadoras, en lugar de afrontar el problema, deciden evadirlo para evitar la pérdida de sus empleos y el daño a la reputación de la familia de sus empleadores (Nazneen & Huq, 2023).

Otro factor que puede aumentar el riesgo para que un trabajador pueda enfrentar situaciones de acoso sexual es la informalidad. En Uganda, se ha investigado que la gran mayoría de los jóvenes del país se encuentran en el sector informal, una cifra que llega hasta el 90%. Esta gran estadística deja a la mayoría de los jóvenes trabajadores del país por fuera de la normativa laboral que protege a los trabajadores que cuentan con trabajos formales. La precaria relación laboral de estos obreros expone a su gran mayoría a que las situaciones de acoso sexual se den con mayor frecuencia y la posibilidad de ser denunciados no se realiza por miedo a pérdida del empleo y la cultura del silencio frente a estas situaciones (Namuggala & Oosterom, 2023).

La eliminación del acoso sexual se vuelve entonces un imperativo que todos los países del mundo deberían tener en sus legislaciones. En los años recientes, el movimiento #MeToo ha buscado que las situaciones de acoso sexual logren mayor visibilidad y puedan ser atacadas

por los gobiernos. Académicos de EEUU realizaron un rastreo de los cambios normativos en la legislación laboral de 192 países del mundo. Se encontró que 13 países del mundo incluyeron el acoso sexual en su lista de conductas prohibidas entre trabajadores y empleadores. A pesar de los avances, se evidenció que en el 22% de los países de altos ingresos, el 26% de los medios y el 34% de los bajos aún es legal realizar conductas de acoso sexual en el lugar de trabajo (Heymann et al., 2023).

No obstante, el grave panorama, la situación es un llamado de atención para erradicar este fenómeno lo antes posible. Es allí donde se ha encontrado en Corea del Sur que, para evitar el acoso, es necesario que las organizaciones y los líderes creen políticas efectivas. Los gerentes pueden implementar políticas moldeables que aprendan de los casos que van ocurriendo, socializar las políticas con los empleados para evitar el fenómeno de no denunciar y tener líderes que sepan la forma de solucionar estos conflictos, en especial para temas de acoso sexual (Park, 2023).

Frente a las posibles soluciones que se pueden utilizar para afrontar este problema, investigadores españoles quisieron observar si era posible crear una mediación en situaciones de acoso laboral con la ayuda de una inteligencia artificial, es decir, comentar sus problemas y llegar a un acuerdo al hablar con la IA en lugar de hacerlo con un ser humano. Se ha encontrado que en los ambientes laborales en que las personas son felices, prefieren hablar sus problemas con un ser humano. Al contrario, cuando el acoso se presenta en ambientes laborales más difíciles, las personas preferían hablar con una herramienta más impersonal, como un computador o una inteligencia artificial. A pesar de ser una investigación aún por avanzar, una muestra de 329 personas evidencia que el uso de IA puede ayudar a mediar en ambientes laborales difíciles (De Obesso Arias et al., 2023).

De no tomar medidas urgentes para erradicar el acoso que sufren algunos de los empleados, los entornos laborales pueden convertirse en verdaderos campos de batalla. También en Corea del Sur, investigaciones han encontrado que el acoso laboral no solo puede perjudicar la salud mental de los colaboradores, sino que se puede convertir en situaciones de graves actos de venganza entre los empleados víctimas y los victimarios. Laborantes insatisfechos pueden recurrir a actos de desquite y sabotaje para hacer justicia por mano propia cuando no encuentran

apoyo dentro de las empresas que trabajan. Las personas que toman la decisión de vengarse ya pasaron el miedo a ser despedidos, de hecho, quieren irse de sus empresas, pero prefieren no hacerlo hasta ver a su victimario pagando por lo que les hicieron (Roh et al., 2023).

Como se pudo leer en los estudios presentados, el acoso laboral es un fenómeno que ha existido siempre en el mundo, pero que ahora gracias a los nuevos movimientos sociales y feministas, ha ido ganando visibilidad para ser erradicado. A pesar de ello, hay una forma de acoso laboral de la que apenas el mundo ha empezado a oír mencionar, el acoso laboral digital, también llamado *cyberbullying*, esta forma de acoso consiste en utilizar las formas del acoso laboral tradicional, pero realizado a través de los medios de comunicación digitales como lo pueden ser: correos electrónicos, mensajes instantáneos, WhatsApp, uso indebido de redes sociales y corporativas (Rajbhandari & Rana, 2023).

Al entrar un poco más en investigaciones realizadas al *cyberbullying*, la pandemia del covid-19 también marcó un antes y un después para los entornos ocupacionales. Las nuevas formas de comunicación hicieron que las empresas pudieran seguir trabajando a pesar de tener a sus trabajadores confinados en sus casas, sin embargo, se generaron nuevos entornos y situaciones donde los trabajadores podían tener que enfrentar el acoso por parte de sus jefes y compañeros. El problema, a diferencia del acoso laboral tradicional, es que el acoso laboral digital aún tiene grandes vacíos regulatorios (Marcos, 2023).

Específicamente en Japón, la entrada de la pandemia de covid-19 incrementó sustancialmente los niveles de acoso laboral digital que estaban sufriendo los trabajadores. De acuerdo con una investigación llevada a cabo en el país nipón con una muestra de más de 1200 empleados, la mayoría de estos trabajadores reportaban haber sufrido acoso en sus trabajos. Factores como la juventud podían influir en la posibilidad de ser víctima del mismo. Las consecuencias de este fenómeno para los empleados se evidenciaron en estrés psicológico, insomnio y soledad (Ikeda et al., 2022).

La presencia del *cyberacoso* ha llevado a que muchos países del mundo empiecen a cuestionar si sus legislaciones laborales se encuentran preparadas para enfrentar este fenómeno. En Ecuador, se encontró el elevado número de acoso digital durante la pandemia de covid-19. Esto

ha llevado a que investigadores propongan un cambio en la legislación y una reinterpretación en los elementos que legalmente configuran un acoso laboral (Zambrano et al., 2021).

Este tipo de maltrato laboral puede llegar a todo tipo de ocupaciones. En Nepal, se encontró que los profesores pueden ser las principales víctimas por parte de sus estudiantes. Se encontraba como estudiantes molestos con las notas que recibieron por parte de sus docentes, han decidido vengarse a través del matoneo digital. La falta de actuación por parte de los directivos educativos, ha hecho que este fenómeno se vuelva uno de los principales retos que tienen que enfrentar los maestros en el siglo XXI (Rajbhandari & Rana, 2023).

Se han presentado también fenómenos en los que los acosados son los mismos directivos de las instituciones por parte de los padres de familia. En una ocasión, un director de un colegio recibió fuertes respuestas por parte de un padre de familia a los tweets del director (algunos de ellos no tenían nada que ver con la institución educativa) pero aun así recibían las fuertes declaraciones por parte del padre de familia del colegio (Fagell, 2021).

El acoso hacia el personal docente no es algo exclusivo de la educación básica y media, de acuerdo con una investigación canadiense, el acoso digital ha aumentado significativamente en las universidades del país. Luego de preguntarle a los docentes por este fenómeno, se encontró además un grave desconocimiento del mismo por parte de los docentes sobre su existencia y debido manejo. Se ha propuesto que, para contrarrestar el acoso, es necesario que las universidades hagan campañas de socialización con sus profesores y docentes, se cree una política para el manejo adecuado de estos casos con el apoyo del área de gestión humana y se tenga claridad y transparencia en el manejo de estos casos (Bisaillon et al., 2023).

Incluso para trabajos en los cuales las empresas pueden estar un poco más preparadas para enfrentar este tipo de fenómenos por estar en un sector tecnológico, sigue siendo difícil regular el *cyberbullying* y crear entornos seguros para sus trabajadores. Una investigación realizada en Pakistán, encontró que entre 385 empleados de *call center*, el fenómeno del acoso digital seguía siendo parte de sus trabajos y que, además, el ser víctima de estas conductas lleva a una desviación en las relaciones interpersonales con los compañeros y sus familias. Esta desviación

lleva a situaciones de agotamiento emocional e ira para los colaboradores (Syed et al., 2022).

Se ha indagado además la posibilidad de venganza entre los trabajadores que han sufrido el acoso laboral digital. En este capítulo, ya se citaron investigaciones que encontraban como los trabajadores que habían sido víctimas de acoso laboral tradicional preferían permanecer en sus trabajos con la intención de vengarse de sus acosadores. Otra investigación ha encontrado como esta venganza no solo se presenta en entornos físicos, sino que también se presenta en los digitales. Las víctimas deciden tomar revancha de sus victimarios a través de cuentas falsas, escudados en el anonimato de internet, para intimidar y hacer justicia por cuenta propia (Malik & Pichler, 2023).

Como se pudo observar en la primera parte del capítulo, el trabajo para erradicar el acoso laboral no es solo un beneficio para los empleados, el capital humano de una empresa puede ser el que esté en juego. De la misma forma, los entornos laborales en que se encuentra más presente el *cyberbullying*, la posibilidad de que los empleados dejen el trabajo es mayor. De acuerdo con investigadores de la India, en entornos laborales donde hay presencia de acoso laboral digital, así la persona no sea la víctima directa, hay más probabilidad de que el trabajador quiera dejar su empleo, perjudicando a la compañía para la que trabaja (Ciby & Sahai, 2023).

Además de la posibilidad de dejar el empleo, para los trabajadores que quedan en la empresa, su rendimiento y productividad se puede ser seriamente afectado. Al ser víctima de acoso digital, los trabajadores pierden gran parte de su capacidad creativa por estar rodeados de entornos estresantes, amenazados y psicológicamente peligrosos. En un mundo en el que es cada vez más necesario recurrir a la creatividad del talento humano para estar en la vanguardia de la industria 4.0, el tener empleados que sufran de acoso laboral pueden hacer caer en picada a industrias del sector creativo (Kalyar et al., 2021).

Una de las formas que se ha presentado en el mundo para erradicar el acoso digital ha sido a través del uso de inteligencia artificial. Ya se ha detallado como han utilizado la IA para el acoso laboral tradicional en entornos laborales difíciles. Lo que buscó esta investigación fue utilizar la inteligencia artificial para detectar si una persona estaba recibiendo acoso digital. El experimento fue realizado en la India, a través de un software previamente programado, se le

pidió que detectara el *cyberbullying* de acuerdo con las interacciones que se recibían en las redes sociales, específicamente en Twitter. Con una muestra de más de 35 mil *tweets*, la IA tuvo la capacidad de detectar situaciones problemáticas con un acierto superior al 90%. Este avance es muy importante en la prevención del acoso ya que las máquinas grandes bases de datos en poco segundos (Bharti et al., 2022).

El luchar contra las formas de acoso laboral (incluida la digital) se ha convertido en un imperativo de todos los países. Si bien es cierto que la tecnología ha traído la posibilidad de obtener nuevos y mejores trabajos, se ha hecho también necesario que la tecnología sea regulada para que la dignidad en los entornos laborales del siglo XXI sea lograda, así como fue normada para los trabajadores del siglo pasado (Vukelić & Cizmić, 2019).

LOS CAMBIOS NORMATIVOS EN EL ÁMBITO LABORAL EN COLOMBIA DURANTE LA PANDEMIA DEL COVID-19 Y SU IMPACTO EN LA PREVENCIÓN DEL ACOSO LABORAL DIGITAL

Una de las grandes conquistas que trajo el siglo XX en el mundo occidental fue la consolidación del derecho del trabajo como una rama autónoma e independiente dentro de la formación especializada de los abogados. Las luchas sociales de los trabajadores por el logro, preservación y garantía de los derechos conllevaron a que en varias Constituciones contemporáneas se otorgara al rango constitucional declaraciones sobre los derechos de los trabajadores.

En Colombia, como en otros países, la pandemia de COVID-19 obligó a muchas empresas a implementar el trabajo remoto o el teletrabajo como medida para garantizar la salud y la seguridad de sus empleados. Esto ha generado un aumento en el uso de las tecnologías de la información y la comunicación para llevar a cabo el trabajo diario, lo que a su vez ha aumentado el riesgo de acoso laboral digital.

La tecnología se aplica cada vez más a distintos ámbitos del conocimiento jurídico, y hay temáticas como las nuevas tecnologías en las relaciones entre empleador y trabajador, aspecto que hace necesario analizar cómo se han practicado y valorado estas pruebas en los procesos por acoso laboral, y revisar cómo se podría consolidar una justicia que proteja las garantías fundamentales de los trabajadores

que utilizan estas pruebas tecnológicas, premisa fundamental en un Estado social de derecho.

El acoso laboral según la Organización Internacional del Trabajo se define como la acción verbal o psicológica de índole sistemática, repetida o persistente por la que, en el lugar de trabajo o en conexión con el trabajo, una persona o un grupo de personas hiere a una víctima, la humilla, ofende o amedrenta (OIT 2000).

Esta situación conflictiva en el entorno laboral, se puede percibir como un problema de índole individual, por cuanto es con ocasión a un contrato individual de trabajo, suscrito entre la persona del trabajador y la persona del empleador, donde los agentes protagonistas y partícipes del conflicto son ellos mismos, en actos generalmente de subordinación y de marcada jerarquía, donde de cualquier manera se responsabilizará al empleador por no haber prevenido la conducta acosadora. Al respecto, Vargas (2022) señala:

Ello no significa que la configuración del acoso laboral sólo pueda darse entre superiores jerárquicos y subordinados. Tanto la propia Ley 1010 de 2006 como la jurisprudencia constitucional han avalado la protección contra el acoso laboral horizontal -perpetrado por los pares de la víctima (p. 83).

Por otra parte, en nuestro ordenamiento jurídico se han generado diferentes mecanismos para abordar al acoso laboral, que, en términos de Gil (2015) “es un atropello contra la integridad, la libertad, la igualdad y autonomía. Se constituye en un flagelo a la salud pública por su magnitud y las afectaciones que produce en la salud física, mental y social” (p. 814). A pesar del esfuerzo de generar dentro del ordenamiento jurídico normativa regulatoria y sancionatoria de conductas que puedan ser constitutivas de violencia, maltrato o agresión hacia un trabajador privándole de un ambiente laboral sano y adecuado (Mora, 2014), los poderes legislativo y ejecutivo no han creado o determinado mecanismos unívocos, claros y efectivos capaces de ser usados como armas de defensa por los trabajadores.

De tal suerte que es fundamental no solo conocer el acoso laboral desde su normatividad y los mecanismos de prevención sino también conocer el impacto que tienen los efectos del *mobbing* en la vida del agredido, donde no solo se afectan aspectos subjetivos como la dignidad humana, sino que también se afecta su relacionamiento familiar y social, se vulneran

sus derechos fundamentales y sociales, se atenta contra su salud mental en conexión con la vida, se expone al trabajador a grandes riesgos que pueden llegar a ser fatales, alcanzando a ocasionar daños irremediables, como por ejemplo, en el mejor de los escenarios pero no por ello aceptable, inducir al trabajador a la renuncia de su empleo, quedando este imposibilitado de la percepción del ingreso mínimo vital y móvil que le permita subvenir a sus necesidades y de su familia, aniquilando con aquella la probabilidad de una indemnización por perjuicios. Sobre el particular, Montoya (2022) refiere acciones como: “someter, denigrar, agotar, perseguir, agraviar, marginar física y psicológicamente, generar traumatismos en las tareas, lastimar y finalmente obligar a la víctima a retirarse de la organización” (p. 20).

Así mismo, puede ocasionar afectaciones físicas o psicológicas como enfermedades profesionales –estrés o incluso trastornos incurables y en el peor y más impensable de los escenarios, llevar al trabajador hasta el suicidio, donde su mejor alternativa es quitarse la vida, todo un cumulo de daños y perjuicios causados por el conjunto de conductas de hostigamiento hacia al trabajador, con el fin de amedrentarlo, discriminarlo, humillarlo o intimidarlo, donde no se dimensiona la gravedad del comportamiento, por no pensar por un instante en que el trabajador no es una máquina de producción, por mirarlo de manera superficial como un instrumento más de la cadena de rendimientos y utilidades que conlleva al fin social de la empresa. Según De los Ríos Castiblanco, Aguirre Espinosa y Macías Maury (2017):

El trabajo es considerado un derecho y el medio digno de subsistencia que tiene el ser humano para ganarse la vida, mediante el cual busca la realización de sus aspiraciones personales haciendo su aporte a la sociedad. El trabajador es una persona con capacidad productiva que, al ponerla al servicio de otra, merece respeto y consideración de ser tratado con dignidad en el ejercicio de sus funciones. Por lo tanto, este derecho es intransferible, inalienable e inviolable dentro del marco de las relaciones laborales (p.181).

Si bien es cierto, en el articulado de la Ley 1010 de 2006 de Colombia, se establecen las modalidades de acoso laboral, en ellas se verifica la ausencia del acoso laboral digital como modalidad independiente y que de la misma manera las demás conductas de acoso laboral contienen elementos que atentan contra la integridad de las personas, porque trasciende

en su desarrollo y relación en sociedad, así como en el rendimiento y productividad en el contexto laboral de la persona víctima de este tipo de conductas. El acoso laboral digital guarda una serie de elementos necesarios de ser analizados a más de las modalidades contempladas por la legislación nacional en referencia.

En Colombia, con la expedición de la Constitución de 1991, el derecho al trabajo se le otorgó el rango de derecho fundamental como se puede apreciar en el artículo 25 de la Carta Política y en otras disposiciones de la norma fundamental del Estado. Además, hay diversa normativa que regula el acoso laboral, como se relaciona a continuación:

- La ley 1221 de 2008 reguló en Colombia el trabajo a distancia, como un instrumento de generación de empleo y auto empleo mediante la utilización de las tecnologías de la información y comunicación.
- La ley 2121 de 2021 reguló en Colombia el trabajo remoto, como modalidad de trabajo que será aplicable a toda persona natural que se encuentre domiciliada en el territorio nacional.
- La ley 2088 de 2021 reguló en Colombia el trabajo a domicilio, que tiene como objeto regular la habilitación del trabajo en casa, como una forma de prestación del servicio en situaciones ocasionales, excepcionales y especiales que se pueden presentar en el marco de la relación laboral, legal, reglamentaria con el Estado o con el sector privado, sin que conlleve a la variación de las condiciones laborales establecidas o pactadas al inicio de la relación laboral.
- La ley 2209 de 2022 es una ley que tiene como objetivo modificar el artículo 18 de la Ley 1010 de 2006, que establece el marco legal para prevenir, corregir y sancionar el acoso laboral en el país. En concreto, la Ley 2209 establece que las acciones derivadas del acoso laboral caducarán en un plazo de tres (3) años a partir de la fecha en que hayan ocurrido las conductas a las que se refiere la Ley 1010. Esto significa que una persona que ha sido víctima de acoso laboral tendrá un plazo máximo de tres años para iniciar las acciones legales correspondientes y demandar la protección de sus derechos laborales. Después de ese plazo, la víctima ya no podrá exigir responsabilidades y sanciones a los responsables del acoso laboral.

A pesar de estos esfuerzos normativos y regulatorios, el acoso laboral digital sigue

siendo un problema grave en Colombia y en otros países. Lo que requiere de una mayor atención y esfuerzo para abordar este problema y garantizar que el trabajo se realice en condiciones de respeto y seguridad para todos los trabajadores. Esto implica no solo la implementación de políticas y normas, sino también explorar los principios filosóficos que fundamentan la prevención de estas situaciones en los nuevos ambientes de trabajo. Al respecto, Faugier (2022) explica:

Las soluciones como la creación de leyes que regulen las relaciones digitales laborales, la creación de manuales organizacionales para intervenir cuando existan riesgos psicosociales y la interiorización del conocimiento administrativo con la finalidad de generar un debate que se integre al saber técnico actual del área, son cruciales y deberían ser impulsadas con una perspectiva integrativa y orientada a las personas (p. 14).

Durante la pandemia de COVID-19, se han producido cambios normativos en el ámbito laboral en Colombia con el objetivo de proteger los derechos de los trabajadores y garantizar la continuidad de las actividades económicas. Sin embargo, estos cambios también han tenido un impacto en la prevención del acoso laboral digital.

Uno de los cambios normativos más importantes ha sido la implementación del teletrabajo como modalidad de trabajo en muchos sectores. Si bien esta modalidad puede ofrecer beneficios como la flexibilidad y la reducción de los desplazamientos, también ha aumentado los riesgos de acoso laboral digital debido a la falta de supervisión y control por parte de los empleadores. Sobre el particular, Tellez (2022) señala: “la gran barrera en este caso es la necesidad de acompañamiento empresarial al trabajador para que desde su casa cuente con una infraestructura que impulse su trabajo, al tiempo que pueda con salud hacer las distintas actividades” (p. 21).

Además, la implementación del teletrabajo ha generado nuevos desafíos en términos de protección de datos personales y privacidad de los trabajadores.

Otro cambio normativo relevante ha sido la implementación de medidas de distanciamiento social y la reducción de la capacidad laboral en muchos sectores, lo que ha generado un aumento en la carga laboral y la presión por cumplir con los objetivos y metas establecidos. Esto puede conducir a situaciones de estrés laboral y aumentar el riesgo de acoso laboral digital.

En respuesta a estos cambios normativos, es importante que las empresas adopten medidas efectivas para prevenir y abordar el acoso laboral digital, como la implementación de políticas claras y protocolos de actuación, la capacitación de los empleados y la promoción de un ambiente laboral saludable y respetuoso. Además, es importante que se respeten los derechos de privacidad y protección de datos personales de los trabajadores, y que se establezcan medidas efectivas de supervisión y control en el teletrabajo.

Los cambios normativos en el ámbito laboral durante la pandemia de COVID-19 han tenido un impacto en la prevención del acoso laboral digital en Colombia. Para abordar este problema, es necesario que las empresas adopten medidas efectivas y que se garantice el respeto de los derechos de los trabajadores en el teletrabajo y en cualquier otra modalidad laboral.

EL ACOSO LABORAL DIGITAL EN COLOMBIA: UNA REVISIÓN DE LAS SITUACIONES QUE PUEDEN SURGIR EN EL TRABAJO EN CASA Y EL TELETRABAJO

La Constitución de 1991 de Colombia le otorgó al derecho al trabajo el rango de derecho fundamental, lo que significa que todas las personas tienen derecho a trabajar en condiciones justas y equitativas, sin discriminación alguna. Esto incluye el derecho a trabajar en un ambiente libre de acoso y violencia laboral.

La prevención del acoso laboral desde el ordenamiento jurídico colombiano, fundamenta en varios principios filosóficos, entre los cuales destacan los siguientes:

- 1. Dignidad humana:** la prevención del acoso laboral se basa en el reconocimiento de la dignidad de todas las personas, independientemente de su género, orientación sexual, edad, etnia, religión o cualquier otra condición. Esto implica el respeto a los derechos humanos y la promoción de un ambiente laboral libre de discriminación, violencia y acoso.
- 2. Justicia social:** la prevención del acoso laboral se vincula con la búsqueda de la justicia social, la equidad y la igualdad de oportunidades. Esto implica la promoción de políticas y prácticas laborales que aseguren el acceso a trabajos decentes, la protección de los derechos laborales y el trato justo y equitativo para todas las personas.

- 3. Ética laboral:** la prevención del acoso laboral se relaciona con la ética laboral, la cual implica el cumplimiento de los principios y valores éticos en el trabajo. Esto incluye la promoción de la integridad, la honestidad, la transparencia y el respeto a las normas y leyes laborales.

- 4. Solidaridad:** la prevención del acoso laboral también se basa en el principio de solidaridad, el cual implica el reconocimiento de la interdependencia entre las personas y la necesidad de trabajar juntos para construir un ambiente laboral respetuoso y libre de acoso.

- 5. Responsabilidad social:** la prevención del acoso laboral se relaciona con la responsabilidad social de las empresas y organizaciones, la cual implica su compromiso con el bienestar de las personas y la sociedad en general. Esto incluye la promoción de políticas y prácticas laborales responsables y sostenibles, que respeten los derechos humanos y el medio ambiente.

Es así, como los fundamentos filosóficos de la prevención del acoso laboral en el mundo se basan en principios como la dignidad humana, la justicia social, la ética laboral, la solidaridad y la responsabilidad social. Estos principios son fundamentales para promover un ambiente laboral respetuoso, justo y equitativo para todas las personas.

El acoso laboral digital es una forma de violencia laboral que se produce en el entorno virtual y que puede afectar a trabajadores que desempeñan su labor en modalidades como el teletrabajo o el trabajo en casa. Sobre el particular, García (2023) explica: “más de la mitad de las mujeres *ciberacosadas* no se atreven a denunciar, motivado por diferentes causas, tales como el temor a represalias, cambios de puestos, miedo a ser despedidas, dificultad para conseguir pruebas, insuficientes canales de seguimiento y protección a las víctimas (p. 17).

A pesar de que la Ley 1010 de 2006 en Colombia establece las modalidades de acoso laboral, el acoso laboral digital no se contempla de manera específica como una modalidad independiente.

El acoso laboral digital es una manifestación de violencia laboral que surge a raíz de la transformación digital de las empresas y la implementación de nuevas modalidades de trabajo como el teletrabajo o el trabajo en casa. Esta forma de acoso se produce en el entorno virtual, por

medio de dispositivos tecnológicos, herramientas de comunicación digital o plataformas de trabajo remoto, y puede manifestarse de diversas formas, como, por ejemplo, a través de mensajes de correo electrónico, chats, mensajes instantáneos, redes sociales, entre otros medios.

Es importante destacar que, aunque el acoso laboral digital no se encuentra expresamente regulado en la legislación colombiana, la violencia laboral sí está contemplada como una forma de violencia que puede ser sancionada en el ámbito laboral. Por lo tanto, es importante que los empleadores implementen políticas y protocolos de prevención y atención del acoso laboral digital, a fin de garantizar un ambiente laboral saludable y respetuoso para sus trabajadores.

Además, es fundamental que los trabajadores conozcan sus derechos laborales y las formas de denunciar este tipo de situaciones, y que cuenten con herramientas y recursos que les permitan demostrar la existencia de acoso laboral digital, como la presentación de capturas de pantalla, grabaciones de conversaciones, correos electrónicos, testigos, entre otros medios. Asimismo, es importante que las autoridades competentes se capaciten en materia de acoso laboral digital y estén preparadas para abordar y sancionar estas situaciones.

No obstante, es importante tener en cuenta que el acoso laboral digital puede tener un impacto significativo en la integridad de las personas, su desempeño laboral y su relación con los demás. Por lo tanto, es fundamental analizar los elementos que caracterizan esta forma de violencia laboral y su posible regulación en la legislación nacional. Sobre el particular, Londoño (2021) señala: “se ha observado la falta de regulación para la prevención del acoso laboral, en aspectos como horarios de trabajo y disponibilidad, el uso de los medios de comunicación, la evaluación de la carga laboral” (p. 12).

Algunos de los elementos del acoso laboral digital incluyen: la repetición de conductas hostiles o intimidatorias, la utilización de medios digitales para difundir información difamatoria o humillante, y el aislamiento social y profesional de la persona afectada. Es importante tener en cuenta que el acoso laboral digital puede generar graves consecuencias para la salud mental y emocional de la persona afectada, así como para su desempeño y productividad en el trabajo.

Si bien la regulación laboral en Colombia contempla diversas modalidades de acoso laboral, tales como

el acoso sexual, el acoso laboral por razones de género, el acoso laboral por razones políticas, religiosas o ideológicas, entre otras, aún no existe una regulación específica en el país que aborde el acoso laboral digital de manera independiente.

El acoso laboral digital en Colombia es un fenómeno que ha tomado mayor relevancia en los últimos años, especialmente con el aumento del trabajo en casa y el teletrabajo debido a la pandemia del COVID-19. En este contexto, es importante revisar las situaciones que pueden surgir en el trabajo en casa y el teletrabajo con relación al acoso laboral digital, y cómo pueden ser abordadas.

- 1. Hostigamiento y discriminación en línea:** el acoso laboral digital puede manifestarse a través de hostigamiento y discriminación en línea, como insultos, comentarios ofensivos y ataques personales en redes sociales, aplicaciones de mensajería y correo electrónico. Para abordar estas situaciones, es importante contar con políticas claras y protocolos de actuación que establezcan medidas preventivas y sanciones para quienes incurran en este tipo de comportamientos.
- 2. Monitoreo excesivo y violación de la privacidad:** en el trabajo en casa y el teletrabajo, los empleadores pueden monitorear de manera excesiva la actividad de los trabajadores, lo que puede generar una sensación de vigilancia constante y violación de la privacidad. Es importante establecer límites claros en cuanto al monitoreo y proteger la privacidad de los trabajadores, respetando los derechos fundamentales y las normas de protección de datos personales.
- 3. Ciberacoso y difamación en línea:** el ciberacoso y la difamación en línea pueden tener graves consecuencias en la reputación y el bienestar emocional de los trabajadores. Es importante contar con herramientas y protocolos para prevenir y abordar estas situaciones, que incluyan medidas de protección y apoyo psicológico para las víctimas.
- 4. Discriminación por género, orientación sexual, raza o religión:** el acoso laboral digital puede tener un componente discriminatorio por género, orientación sexual, raza o religión, lo que puede generar un ambiente laboral hostil e inseguro para los trabajadores. Es importante establecer políticas y programas de capacitación para prevenir la discriminación y promover la inclusión y el respeto hacia la diversidad.

El acoso laboral digital es un fenómeno complejo que requiere de medidas preventivas y de actuación para garantizar un ambiente laboral seguro y saludable para los trabajadores. Es importante que los empleadores adopten políticas y protocolos claros y efectivos para prevenir y abordar estas situaciones, y que los trabajadores conozcan sus derechos y recursos disponibles en caso de ser víctimas de acoso laboral digital. Al respecto, Naranjo et al (2023) indica: “el acoso laboral o *moobing* también está presente en el teletrabajo, con consecuencias negativas, cuando no están claramente delimitadas las características y condiciones del trabajo es fácil transitar al *moobing*” (p. 1).

El acoso laboral digital en Colombia ha sido un tema de creciente interés en los últimos años, ya que se ha convertido en una problemática que afecta cada vez más a los trabajadores, especialmente en el contexto del trabajo en casa y el teletrabajo. Las situaciones de acoso laboral digital pueden manifestarse de diversas formas, como hostigamiento y discriminación en línea, monitoreo excesivo y violación de la privacidad, ciberacoso y difamación en línea, y discriminación por género, orientación sexual, raza o religión.

Para abordar estas situaciones, es necesario contar con políticas y protocolos claros y efectivos que establezcan medidas preventivas y sanciones para quienes incurran en este tipo de comportamientos. Además, es importante establecer límites claros en cuanto al monitoreo y proteger la privacidad de los trabajadores, respetando los derechos fundamentales y las normas de protección de datos personales.

También es fundamental contar con herramientas y protocolos para prevenir y abordar el ciberacoso y la difamación en línea, y que incluyan medidas de protección y apoyo psicológico para las víctimas. Asimismo, es importante establecer políticas y programas de capacitación para prevenir la discriminación y promover la inclusión y el respeto hacia la diversidad.

El acoso laboral digital es un fenómeno complejo que requiere de medidas preventivas y de actuación para garantizar un ambiente laboral seguro y saludable para los trabajadores. Sobre el particular, Sánchez (2022) señala: “los fines primigenios del derecho del trabajo son realizables, solo en la medida que se incluyan en su complejidad las nuevas formas de trabajo (p. 21).

Es necesario que los empleadores adopten políticas y protocolos claros y efectivos para prevenir y abordar estas situaciones, y que los trabajadores conozcan sus derechos y recursos disponibles en caso de ser víctimas de acoso laboral digital.

EL PAPEL DE LA PRUEBA DIGITAL EN CASOS DE ACOSO LABORAL VIRTUAL EN COLOMBIA: CADENA DE CUSTODIA Y VALORACIÓN EN LA JURISDICCIÓN LABORAL

El uso de la tecnología en el ámbito laboral ha traído consigo nuevas formas de acoso laboral, como el acoso laboral virtual, que se produce a través de medios digitales como el correo electrónico, mensajes de texto, WhatsApp, chats, redes sociales y otras plataformas en línea. Este tipo de acoso laboral puede ser difícil de probar, lo que hace que el manejo adecuado de la prueba digital sea esencial en casos de acoso laboral virtual.

En Colombia, la ley reconoce la validez de las pruebas digitales en los procesos judiciales, siempre y cuando se cumplan ciertos requisitos, como la cadena de custodia, la cual busca asegurar la integridad y autenticidad de la prueba digital desde el momento en que se obtiene hasta el momento en que se presenta en el proceso judicial. Es decir, se trata de una serie de procedimientos que garantizan que la prueba no ha sido alterada, manipulada o cambiada en ninguna forma.

La valoración de las pruebas digitales en los casos de acoso laboral virtual también es un tema importante. Los tribunales laborales deben tener en cuenta que la naturaleza de las pruebas digitales puede diferir de las pruebas físicas y deben tenerse en cuenta las particularidades de cada caso en su valoración. Además, en la valoración de las pruebas digitales en casos de acoso laboral virtual, se debe considerar el contexto en el que se produjo la comunicación y las relaciones laborales entre las partes, también revisar que la prueba no se aparte de la valoración del juez, por cuestiones de ilicitud.

La prueba digital juega un papel clave en casos de acoso laboral virtual en Colombia. Es importante que los juzgados y tribunales en sus salas laborales, entiendan la cadena de custodia y la valoración adecuada de las pruebas digitales para garantizar una justicia efectiva y proteger los derechos fundamentales de los trabajadores en un Estado Social de Derecho.

El Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012) en Colombia, establece las reglas para la presentación de la prueba digital en los procesos judiciales. A continuación, se explican los aspectos más relevantes de la normativa:

- 1. Validez de la prueba digital:** el Código General del Proceso reconoce la validez de la prueba digital como medio probatorio en los procesos judiciales. Se establece que las pruebas electrónicas tienen el mismo valor que las pruebas documentales, siempre y cuando se respeten las garantías de autenticidad, integridad y veracidad de la información.
- 2. Admisión de la prueba digital:** para que una prueba digital sea admitida en un proceso judicial, es posible demostrar su autenticidad y la forma en que fue obtenida. La parte que presenta la prueba debe ser capaz de demostrar su origen y la cadena de custodia de la misma.
- 3. Obligación de conservación:** las partes tienen la obligación de conservar la prueba digital en su forma original y mantenerla disponible durante el proceso judicial. Además, se establece que las pruebas digitales pueden ser presentadas en cualquier momento del proceso, siempre y cuando se respeten los términos procesales y se notifique a la contraparte.
- 4. Exclusión de pruebas digitales:** el Código General del Proceso establece que las pruebas digitales pueden ser excluidas del proceso judicial si se demuestra que en su obtención se vulneraron derechos fundamentales, por ejemplo, cuando se accede a la información de un dispositivo sin autorización judicial o consentimiento del titular.

La valoración de la prueba digital será realizada por el juez o tribunal, teniendo en cuenta las reglas de la sana crítica y las circunstancias del caso en particular. El juez o tribunal deberá valorar la autenticidad, integridad, fiabilidad y pertinencia de la prueba digital, teniendo en cuenta la cadena de custodia y las garantías de su obtención. Sobre el particular, Gómez et al. (2021) señala: “se debe revisar la configuración de los requisitos del mensaje de datos, esto es, si la información es accesible, si se puede identificar su autor, si es íntegra y si es confiable” (p. 22).

El acoso laboral digital es un problema cada vez más común en el mundo laboral moderno, especialmente con el aumento del teletrabajo y

el uso de las redes sociales y otras plataformas digitales en el lugar de trabajo. Si bien este tipo de acoso puede ser difícil de probar, existen varias formas de recopilar pruebas que pueden ayudar en una denuncia.

A continuación, se describen cinco formas en las que se pueden obtener pruebas del acoso laboral digital:

- 1. Capturas de pantalla:** si el acoso se produce a través de mensajes, correos electrónicos o redes sociales, es importante tomar capturas de pantalla de las agresiones y mantener una copia de las mismas. Las capturas de pantalla pueden servir como prueba del contenido de los mensajes y las interacciones, incluyendo cualquier amenaza o comportamiento inapropiado. En el caso de WhatsApp, la copia de la información queda almacenada solo en el dispositivo, salvo que cuente con registro en la nube para conservar copia de los datos.
- 2. Grabaciones:** en algunos casos, es posible grabar las conversaciones o llamadas en las que se produce el acoso laboral digital, lo que puede servir como prueba en una denuncia. Las grabaciones pueden ser particularmente útiles si se producen amenazas verbales o comentarios ofensivos.
- 3. Testigos:** si hay otras personas que han sido testigos del acoso laboral digital, pueden ser llamados a declarar como testigos en una denuncia. Es importante tener en cuenta que los testigos deben ser personas confiables y dispuestas a apoyar la denuncia. Al respecto, Paez (2022) indica: “en muchos casos los testigos son subordinados del acusado, temen represalias y cambian su versión” (p. 26).
- 4. Correo electrónico:** si el acoso se produce a través de correo electrónico, es importante guardar todos los correos relacionados con el acoso laboral, incluyendo los correos de respuesta. Los correos electrónicos pueden servir como prueba del contenido de los mensajes y las interacciones, incluyendo cualquier amenaza o comportamiento inapropiado.
- 5. Documentación de la empresa:** es importante revisar las políticas de la empresa en relación con el acoso laboral digital y conservar cualquier comunicación que se haya tenido con la empresa en relación con el acoso. Esto puede incluir informes presentados a los gerentes, correos electrónicos o cualquier otro tipo de documentación que pueda respaldar la denuncia.

Es importante tener en cuenta que las pruebas digitales pueden ser vulnerables a manipulación o alteración, por lo que es importante preservar la integridad de las pruebas recopiladas y asegurar su autenticidad y veracidad en caso de presentarse ante un tribunal o autoridad competente. La cadena de custodia y el manejo adecuado de las pruebas digitales son elementos fundamentales para su validez como pruebas. En cualquier caso, si alguien está experimentando acoso laboral digital, lo mejor es buscar asesoría legal para saber cuáles pruebas son necesarias y cómo recopilarlas y presentarlas adecuadamente.

CONCLUSIONES

La pandemia del covid 19 obligó a muchas empresas a implementar el trabajo remoto o el teletrabajo, lo que ha generado un aumento en el uso de las tecnologías de la información y la comunicación para llevar a cabo el trabajo diario, lo que a su vez ha aumentado el riesgo de acoso laboral digital.

Es importante destacar que las leyes proferidas por el legislador buscan garantizar que las personas que trabajan a distancia tengan los mismos derechos laborales y de protección que las personas que trabajan en un lugar físico. Esto incluye la protección contra el acoso laboral digital, el cual puede manifestarse a través de diferentes medios electrónicos y digitales, como mensajes de texto, correos electrónicos, llamadas telefónicas, videoconferencias, entre otros.

La transformación digital ha traído numerosos beneficios en el ámbito laboral, como la flexibilidad en el trabajo y la posibilidad de trabajar desde cualquier lugar. Sin embargo, también ha dado lugar a nuevas formas de acoso laboral, como el *cyber* acoso laboral, por lo que se requiere de una mayor atención y esfuerzo para abordar el problema del acoso laboral digital y garantizar que el trabajo remoto se realice en condiciones de respeto y seguridad para todos los trabajadores.

FUENTES DE INFORMACIÓN

Amoadu, I. O., Oyebisi, T. O., & Oyedepo, T. (2023). Mapping evidence on how psychosocial safety climate influence health, safety and performance of workers. *BMC Public Health*, 23(1), 1344. <https://doi.org/10.1186/s12889-023-13287->

Bharti, S., Yadav, A. K., Kumar, M., & Yadav, D. (2022). Cyberbullying detection from tweets using deep learning. *Kybernetes*, 51(9), 2695-2711. <https://doi.org/10.1108/K-01-2021-0061>

Bisaillon, J., Mercure, C., Villeneuve, S., & Plante, I. (2023). Cyberbullying of professors: what measures are in place in universities and what solutions are proposed by victims? *Studies in Higher Education*. Advance online publication. <https://doi.org/10.1080/03075079.2023.2206431>

Ciby, M. A., & Sahai, S. (2023). When and why workplace cyberbullying influences intention to stay: role of workplace social capital and affective commitment. *International Journal of Manpower*. Advance online publication. <https://doi.org/10.1108/IJM-04-2022-0183>

Congreso de Colombia (2012). Ley 1564 de 2012. Artículo 103 del Código General del Proceso. [Sección segunda]. Julio 12. D.O: 48.489. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1564_2012.html

Congreso de Colombia (2022). Ley 2213. D.O. 52.064. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_2213_2022.html

Congreso de Colombia. (1999). Ley 527. D.O. 43.705. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0527_1999.html

Constitución Política de Colombia. (1991). Constitución Política de Colombia (2a edición). Legis.

da Silva Jr., P. R., Porto, P., Campos Rocha, M., Ryô Tamaki, E., Garcia Corrêa, M., Fernandez, M., Lotta, G., & Nacif Pimenta, D. (2023). Women and working in healthcare during the Covid-19 pandemic in Brazil: bullying of colleagues. *Globalization and Health*, 19(1), 10. <https://doi.org/10.1186/s12992-023-00911-2>

De Obesso Arias, M. d. I. M., Pérez Rivero, C. A., & Carrero Márquez, O. (2023). Artificial intelligence to manage workplace bullying. *Journal of Business Research*, 160, 113813. <https://doi.org/10.1016/j.jbusres.2023.113813>

De los Ríos Castiblanco, J, Aguirre Espinosa, J, & Macías, V. (2017). El acoso laboral desde la perspectiva jurisprudencial de la corte constitucional colombiana. *Revista Vox Juris*. 34 (2). <https://www.aulavirtualusmp.pe/ojs/index.php/VJ/article/view/1076>

Duque, S, González, F, Cossio, N & Martínez, S. (2018). *Investigación en el saber jurídico*. Universidad de Antioquia.

Faugier Contreras, L.E. (2022). Migración del espacio laboral a entornos digitales: riesgos psicosociales ocasionados por la desvinculación social organizacional. *PAAKAT: revista de tecnología y sociedad*, 12(22), <https://doi.org/10.32870/pk.a12n22.723>

- Fagell, P. L. (2021). Career confidential: Principal getting cyberbullied by parent. *Phi Delta Kappan*, 103(3), 66-67. <https://doi.org/10.1177/00317217211058537>
- García, M. (2023). La ciberviolencia de género: nueva modalidad de ciberacoso en el entorno laboral. *Revista Iberoamericana De Derecho Del Trabajo Y De La Seguridad Social*, 4(7), 1-20. <http://revistaiberoamericana.net/index.php/main/article/view/99>
- Gil, M. (2015). La violencia sexual como un atentado contra la dignidad de la mujer. *Revista De Derecho De La UNED (RDUNED)*, (17), 813-832. <https://doi.org/10.5944/rduned.17.2015.16296>
- Gómez Agudelo, D. S., Acevedo Valencia, J. M., & Aguirre Espinosa, J. E. (2021). Autenticidad y debido proceso en los mensajes de Whatsapp: Una revisión en los casos de divorcio. *Revista Chilena De Derecho Y Tecnología*, 10(2), 123-148. <https://doi.org/10.5354/0719-2584.2021.58039>
- Hewitt, A., Henderson, S., & Covark, K. (2023). Minimising risks for South Australia's legal interns. *Alternative Law Journal*, 48(2), 143-147. <https://doi.org/10.1177/1037969X231164731>
- Heymann, J., Moreno, G., Raub, A., & Sprague, A. (2023). Progress Towards Ending Sexual Harassment at Work? A Comparison of Sexual Harassment Policy in 192 Countries. *Journal of Comparative Policy Analysis: Research and Practice*, 25(2), 172-193. <https://doi.org/10.1080/13876988.2022.2100698>
- Ikeda, T., Hori, D., Sasaki, H., Komase, Y., Doki, S., Takahashi, T., Oi, Y., Ikeda, Y., Arai, Y., Muroi, K., Ishitsuka, M., & Matsuura, A. (2022). Prevalence, characteristics, and psychological outcomes of workplace cyberbullying during the COVID-19 pandemic in Japan: a cross-sectional online survey. *BMC Public Health*, 22(1), 1087. <https://doi.org/10.1186/s12889-022-13481-6>
- Imirovic, F., Sénéchal, C., & Larivée, S. (2023). Impact of discrimination towards LGBTQ+ people in the workplace: A systematic review [Impact de la discrimination envers les personnes LGBTQ+ en milieu de travail : recension systématique]. *Psychologie du Travail et des Organisations*, 29(2), 115-135. <https://doi.org/10.1016/j.pto.2023.01.004>
- Kalyar, M. N., Saeed, M., Usta, A., & Shafique, I. (2021). Workplace cyberbullying and creativity: examining the roles of psychological distress and psychological capital. *Management Research Review*, 44(4), 607-624. <https://doi.org/10.1108/MRR-03-2020-0130>
- Lazarova, N., & Mihaylov, G. (2023). Challenges to preserving the dignity of the worker or employee in the Republic of Bulgaria. *Balkan Social Science Review*, 21(21), 7-29. <https://doi.org/10.46763/BSSR2321071>
- Londoño, A. (2022). *El acoso laboral en Colombia en el contexto de la pandemia COVID-19: modalidades de teletrabajo y trabajo en casa*. (trabajo de grado) <https://repository.unilibre.edu.co/handle/10901/24138>
- Li, X., Feng, J., Lei, Z., Qu, G., & Gan, Y. (2023). Research Progress of Workplace Violence among General Practitioners at Home and Abroad: Prevalence, Influencing Factors, and Intervention Strategies [国际全科医生工作场所患者源暴力的研究进展: 流行现状、影响因素与干预策略]. *Chinese General Practice*, 26(19), 2318-2332. <https://doi.org/10.12114/j.issn.1007-9572.2022.0767>
- Liu, S. Y., & Kawachi, I. (2023). Effect of adult's workplace harassment on child's odds of mental health problem. *Current Psychology*, 42(11), 8988-8996. <https://doi.org/10.1007/s12144-021-02211-7>
- López, Y. (2022). Transformación digital de la justicia y discapacidad. En Bustamante, M, Henao, A & Toro, L. *Justicia y Sociedad 5.0*. (pp. 89-109).
- Malik, O. F., & Pichler, S. (2023). Linking Perceived Organizational Politics to Workplace Cyberbullying Perpetration: The Role of Anger and Fear. *Journal of Business Ethics*, 186(2), 445-463. <https://doi.org/10.1007/s10551-022-05234-7>
- Marcos, B. M. (2023). The growth of cyberbullying at workplace after COVID-19: The problems of new forms of communication. En J. P. Olivas-Luján & M. T. Anguera (Eds.), *Perspectives on Workplace Communication and Well-Being in Hybrid Work Environments* (pp. 213-234). IGI Global. <https://doi.org/10.4018/978-1-6684-7353-5.ch013>
- Montoya, A, & Galvis, M. (2022) Características del acosado, del acosador y de las acciones de acoso en el contexto laboral. (trabajo de grado de especialización). <https://ridum.unizanizales.edu.co/xmlui/handle/20.500.12746/5909>
- Naranjo-Zambrano, M., Llanos-Encalada, M., Morales-Naranjo, I., Ron-Amores, E., & Vergara-Romero, A. (2023). Workplace harassment in psychosocial risks and teleworking in times of health crisis. *Amazonia Investiga*, 12(61), 92-102. <https://doi.org/10.34069/AI/2023.61.01.10>

- Namuggala, V. F., & Oosterom, M. (2023). Social and gender norms informing, voicing, and reporting against sexual harassment among domestic workers in Kampala's informal economy. *Development Policy Review*, 41(4), e12710. <https://doi.org/10.1111/dpr.12710>
- Nazneen, S., & Huq, L. (2023). Domestic workers' agency against workplace sexual harassment: The role of social norms in Bangladesh. *Development Policy Review*, 41(4), e12702. <https://doi.org/10.1111/dpr.12702>
- Nielsen, M. B., Einarsen, S. V., & Raknes, B. I. (2023). Witnessing workplace bullying — protocol for a systematic review and meta-analysis of individual health and well-being outcomes. *Systematic Reviews*, 12(1), 119.
- Páez Carrillo, Y. A., & Guillermo Jiménez, W. (2022). El Mobbing o Acoso Laboral: Modalidades, Acoso Digital y Dificultades Probatorias. El Caso de la Rama Judicial. *Verba Luris*, (47). <https://doi.org/10.18041/0121-3474/verbaiuris.1.9112>
- Park, J. (2023). The Role of Organizational Efforts in Mitigating the Adverse Effects of Workplace Mistreatment on Attitudinal Responses. *Sustainability (Switzerland)*, 15(3), 1800. <https://doi.org/10.3390/su15031800>
- Rajbhandari, J., & Rana, K. (2023). Cyberbullying on Social Media: an Analysis of Teachers' Unheard Voices and Coping Strategies in Nepal. *International Journal of Bullying Prevention*, 5(2), 95-107. <https://doi.org/10.1007/s42380-022-00121-1>
- Rauscher, K., Casteel, C., Davis, J., Myers, D., & Peek-Asa, C. (2023). Prevalence of workplace violence against young workers in the United States. *American Journal of Industrial Medicine*. Advance online publication. <https://doi.org/10.1002/ajim.23479>
- Roh, E. Y., Tarasi, C., & Popa, E. (2023). "I want to get even before I quit." Bullying, counterproductive work behavior, and turnover intention among kitchen professionals. *Journal of Human Resources in Hospitality and Tourism*, 22(1), 71-96. <https://doi.org/10.1080/15332845.2023.2126957>
- Salembier-Trichard, A., & Wardyn, P. M. (2023). Sexual harassment at work [Harcèlement sexuel au travail]. *La Revue du praticien*, 73(5), 493-496.
- Sánchez Valenzuela, L. D. M., & Ramírez Cardona, C. E. (2022). El trabajo a través de las plataformas virtuales y la óptica de la negociación colectiva como instrumento de equilibrio social. *Ciencia Latina Revista Científica Multidisciplinar*, 6(6), 6043-6071. https://doi.org/10.37811/cl_rcm.v6i6.3859
- Syed, N., Hamid, A. B. A., Su, X., & Bhatti, M. H. (2022). Suffering doubly: Effect of cyberbullying on interpersonal deviance and dual mediating effects of emotional exhaustion and anger. *Frontiers in Psychology*, 13, 941235. <https://doi.org/10.3389/fpsyg.2022.941235>
- Szusecki, T., Konkoly Thege, B., & Stauder, A. (2023). The prevalence and mental health correlates of exposure to offensive behaviours at work in Hungary: results of a national representative survey. *BMC Public Health*, 23(1), 78. <https://doi.org/10.1186/s12889-022-14920-0>
- Tellez Bedoya, C.A., & Tellez Bedoya, C. (2022). Retos de la salud mental para la cuarta revolución industrial en las empresas de Colombia. *Tendencias*, 23(2), 329-355. <https://doi.org/10.22267/rtend.222302.211>
- Tiesman, H. M., Hendricks, S. A., Wiegand, D. M., Lopes-Cardozo, B., Rao, C. Y., Horter, L., Rose, C. E., & Byrkit, R. (2023). Workplace Violence and the Mental Health of Public Health Workers During COVID-19. *American Journal of Preventive Medicine*, 64(3), 315-325. <https://doi.org/10.1016/j.amepre.2022.10.004>
- Vargas García, J. (2022). Las vicisitudes en la lucha contra el acoso laboral como deber jurídico en la función pública en Colombia. Universidad Externado de Colombia. <https://bdigital.uexternado.edu.co/entities/publication/d69a4a4f-5733-4f3e-9a89-4609340b97cd>
- Vukelić, M., & Čizmić, S. (2019). Employee wellbeing in the digital age. En 2019 Zooming Innovation in Consumer Technologies Conference, ZINC 2019 (pp. 100-102). Novi Sad. <https://doi.org/10.1109/ZINC.2019.8769391>
- Yan, S., Feng, J., Gan, Y., Wang, R., Song, X., Luo, Z., Han, X., & Lv, C. (2023). Prevalence and predictors of workplace violence against emergency physicians in China: a cross-sectional study. *Human Resources for Health*, 21(1), 8. <https://doi.org/10.1186/s12960-022-00784-3>
- Zambrano, G. K. R., Basurto, I. J. D., & Zambrano, J. C. A. (2021). Bossal through digital devices in times of co-cyberbullying vid-19 [Ciberacoso patronal a través de dispositivos digitales en tiempos de covid-19]. *Universidad y Sociedad*, 13(S2), 362-367.

INVERTIR EN VERDE: COMENTARIOS SOBRE LA LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE ORIGEN DE UNA INVERSIÓN Y SU EFECTO EN LA INDUSTRIA DEL CANNABIS¹

BET ON GREEN: A COMMENT ON THE LEGISLATION-OF-ORIGIN OF AN INVESTMENT AND ITS EFFECTS ON INVESTMENTS IN THE CANNABIS INDUSTRY

Jorge Humberto Barba Radanovich
<https://orcid.org/0009-0003-2860-1086>
Universidad de Lima

José Miguel Barba Radanovich
Universidad de San Martín de Porres
<https://orcid.org/0000-0002-5615-8347>
jbarbar@usmp.pe
Perú

Recibido: 20 de febrero de 2024.

Aceptado: 6 de junio de 2024.

SUMARIO

- Introducción.
- Protecciones otorgadas a los inversores.
- Jurisdicción extraterritorial del estado de origen.
- Conclusiones y recomendaciones.
- Fuentes de información.

RESUMEN

El presente estudio busca cuestionar la atribución de cargas y obligaciones en el ámbito de los Tratados de Inversión (AIIs) partiendo del análisis de un obvio y específico contraejemplo: la protección del derecho a la libre transferencia de activos y retorno de inversiones al tratarse de inversiones en cannabis. Cuando las inversiones se realizan en la industria del cannabis, la protección que ofrece el Estado receptor de la inversión es solo la mitad del encargo, pues será obligación del Estado productor de la inversión garantizar que el inversionista pueda legítimamente ingresar el legítimo retorno de su inversión a su Estado de origen.

El ensayo establece el marco desde el derecho de protección de las inversiones, explora las posibles justificaciones de los Estados para

restringir el derecho garantizado por el BIT y termina con unas breves conclusiones y recomendaciones.

PALABRAS CLAVE: protección de inversiones; interpretación de tratados; derecho internacional público, libre transferencia; activos líquidos; retorno de inversiones

ABSTRACT

The present study aims to question the allocation of burdens and obligations within the realm of Investment Treaties (AIIs), starting from the analysis of an obvious and specific counterexample: the protection of the right to free transfer of assets and return on investments concerning cannabis investments. When investments are made in the cannabis industry, the protection offered by the host State of the investment is only half of the mandate, as it will be the duty of the home State of the investment to ensure that the investor can legitimately repatriate the legitimate returns of their investment to their home State.

The essay establishes the framework from the perspective of investment protection law, explores possible justifications for States to restrict the right guaranteed by the BIT, and concludes with brief conclusions and recommendations.

¹ Con especial agradecimiento al Prof. Steffen Hindelang por su guía durante la redacción de este artículo, así como Adriana Coronado y Andrea Trujillo por su apoyo de compilación.

KEYWORDS: investment protection; treaty interpretation; public international law; free movement; liquid assets; return on investments

GLOSARIO

AG – Attorney General/Fiscal General.

AII – Acuerdo Internacional de Inversiones.

BIT – Tratado Bilateral de Inversiones.

CETA – Canada & Europe Trade Agreement/ Acuerdo Económico y Comercial entre la Unión Europea & Canadá.

CSA – Ley de Sustancias Controladas.

CIADI – Centro Internacional de Arreglo de Disputas sobre Inversiones.

CPIJ - Corte Permanente de Justicia Internacional.

ECT/TCE – Energy Charter Treaty/ Tratado de la Carta de Energía (1991).

FTA – Free Trade Agreement/Tratado de Libre Comercio.

GDP – Producto Bruto Interno.

ISDS – Investor/State Dispute Solution/ Solución de Disputas entre Inversionista y Estado.

MIT/TMI – Multilateral Investment Treaty/ Tratado Multilateral de Inversiones.

NMF – Nación Mas Favorecida.

SEC – Securities Exchange Commission/ Comisión de Mercado Bursatil/Financiero de los EE.UU.

FET/TJE – Fair & Equitable Treatment/ Trato Justo y Equitativo.

NAFTA/TLCAN – North American Free Trade Agreement/Tratado de Libre Comercio de América del Norte.

USMCA/T-MEC – United States-México-Canada Agreement/ El Tratado entre México Estados Unidos y Canadá.

VCLT – Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

INTRODUCCIÓN

En los últimos años, 26 estados de los Estados Unidos, Uruguay y Canadá han legalizado la producción y venta de marihuana para uso recreativo, con muchas otras legislaciones flexibilizando sus normas sobre el cannabis medicinal (HALL, et al., 2019) y el anuncio de Alemania de regular por completo el mercado recreativo a partir de abril 2024 (con grandes implicancias para Europa) (SABAGHI, 2022)². Además, Tailandia anunció la distribución gratuita de un millón de plantas para celebrar la legalización del cultivo doméstico de la planta con fines personales³.

El cannabis ya es un gran negocio a nivel mundial y, por lo tanto, resulta muy atractivo para inversores internacionales que -razonablemente- buscan expandir sus negocios en legislaciones amigables con el cannabis. Sin embargo, más que muchas otras inversiones, esta conlleva ciertos riesgos: Muchos estados influyentes que exportan capital muestran reticencia a legalizar el cannabis para su propio consumo⁴ e incluso criminalizan en ocasiones todas las actividades relacionadas con el cannabis (Thomson, 2020).

Comenzamos este proyecto preguntándonos: ¿Puede una parte en un BIT negar protección a las inversiones de sus nacionales si las actividades en las que están invirtiendo no se alinean con su propia legislación o política local? Vista desde lejos, esta pregunta tiene sentido, ya que el acuerdo de las partes tendría que alinearse con la intención común de dichas partes y sería contrario a esa intención violar las leyes locales. Pero, como rápidamente quedó claro, las protecciones a la inversión son la intención común de las partes, y el compromiso de otorgarlas a los inversores extranjeros proviene del eventual anfitrión de la inversión⁵.

Eso parecía ser un ensayo breve, así que nos preguntamos: ¿Podría un Estado – si se esforzara lo suficiente – negar, o al menos perturbar,

2 Un estudio reciente de la Universidad de Düsseldorf estima la creación de 27,000 empleos y un aumento en los ingresos fiscales de 4.7 millones de euros [<https://www.dice.hhu.de/startseitennews/studie-cannabislegalisierung-bringt-dem-staat-jaehrlich-47-milliarden-euro-rund-27000-legale-arbeitsplaetze-wuerdenentstehen>]

3 <http://Cnn.it/39epUgB>

4 Vid. Ley Estadounidense de Sustancias Controladas (1970), sección II o, más en general, las Convenciones de las Naciones Unidas para el Control Internacional de Drogas, todas las cuales incluyen el cannabis.

5 Según el artículo 18 de la Convención de Viena

las protecciones de inversión otorgadas a sus nacionales que invierten en cannabis legal?

En tal caso, ¿qué ocurre con la persecución de inversores extranjeros amenazados por la DEA estadounidense y la legislación del Reino Unido contra el lavado de dinero (especialmente la Ley de Procedimiento de Actividades Delictivas de 2002)? Y, si es así, ¿qué defensa podría utilizar el inversor para protegerse de estas acciones por parte de su Estado de origen?

En este ensayo, por lo tanto, analizaremos la fuente de las protecciones de inversión otorgadas a los inversores y comentaremos sobre ellas [Capítulo 1], analizaremos la fuente de las medidas emitidas por las legislaciones locales que perturban las protecciones de inversión (como la jurisdicción prescriptiva extraterritorial [Capítulo 2.1], o la jurisdicción universal [Capítulo 2.2], o las obligaciones internacionales comunes de las partes en el TBI), y propondremos un argumento, espero que razonable, de por qué estas medidas perturbadoras no deberían ser emitidas.

PROTECCIONES OTORGADAS A LOS INVERSORES

¿Quién otorga las protecciones a los inversores?

En el derecho de inversiones internacionales existe un entendimiento general de que el Estado receptor es el principal responsable de garantizar que el inversor obtenga ciertos derechos garantizados por el AII.

Como señala (Behn, Fauchald, & Langford, 2022):

La versión actual del derecho internacional de inversión se basa en una red de 2,901 tratados bilaterales de inversión firmados (BIT), 384 acuerdos de libre comercio regionales y bilaterales con capítulos de inversión (FTAs) y siete tratados de inversión multilaterales (MIT) que otorgan a los inversores extranjeros privados derechos beneficiarios destinados a la protección de sus inversiones en el extranjero.

Aunque cada AII es un tratado independiente con una considerable diversidad textual, los acuerdos suelen incluir estándares similares de protección de la inversión, [...]. (pp.42-43).

Estos estándares de protección de la inversión similares incluyen Estándares Sustantivos de Protección, así como Disposiciones de Solución de Controversias entre el Inversionista y el Estado (ISDS) para garantizar la realización de dichos estándares. Las partes de un AII comúnmente

acuerdan otorgar derechos sustantivos a la inversión extranjera de los otros Estados signatarios, como el Trato Justo y Equitativo (FET), el Trato Nacional, la Plena Protección y Seguridad, una adecuada compensación en caso de expropiación, y lo más importante para este ensayo, la Transferencia Libre de Activos Monetarios y Retornos de la Inversión. En consecuencia, si estos derechos son violados, el AII permitirá al inversionista presentar reclamaciones directamente contra el Estado anfitrión a través del sistema de Solución de Controversias de Inversiones (Bonnitcha, 2014) (Behn, Fauchald, & Langford, 2022)⁶. Ambos elementos trabajan en conjunto, de manera que, en caso de violación de alguno de los estándares sustantivos de tratamiento, el inversionista puede – independientemente de la posición de política pública de su Estado de origen – iniciar procedimientos de resolución de disputas de acuerdo a los derechos procesales estipulados en el AII.

Relevante para este trabajo es la parte de «independencia de la posición de política pública de su Estado de origen». En el régimen previo de protección de inversiones (conocido como protección diplomática⁷), la protección de las inversiones de sus nacionales era un poder del Estado y, por lo tanto, tenía una gran influencia en qué empresas e inversiones recibían dicha protección y cómo.⁸

Hay que tener en cuenta que, originalmente, el sistema actual se concibió de manera algo similar: el actual sistema de AII tiene su punto de

6 Ambos artículos se refieren aquí específicamente al Arbitraje de Protección de Inversiones, pero debe tenerse en cuenta que la Convención de Washington que regula el CIADI (§ 28) permite a las partes o nacionales de una parte del tratado solicitar el inicio del proceso de conciliación, y CIADI ofrece también un sistema de mediación que, aunque no tan popular como el arbitraje no deben ser ignorados pues forma parte del sistema de protección de inversiones.

7 CPIJ afirmó en el §12 de (The Mavrommatis Palestine Concession, 1924, p. 2): «Es un principio elemental del derecho internacional que un Estado tiene derecho a proteger a sus nacionales cuando resulten lesionados por actos contrarios al derecho internacional cometidos por otro Estado, del cual no hayan podido obtener satisfacción a través de los canales ordinarios. Al tomar el caso de uno de sus nacionales y recurrir a la acción diplomática o a procedimientos judiciales internacionales en su nombre, un Estado está en realidad afirmando sus propios derechos, su derecho a garantizar, en la persona de sus nacionales, el respeto a las normas del derecho internacional.»

8 Miles, 2013, pp. 47-8) Menciona que: «Un incumplimiento de las reglas de protección de la inversión entrañaba la responsabilidad internacional del Estado y activaba el derecho de intervención por parte del Estado de origen. [...] La respuesta obtenida del Estado de origen variaba, desde la protesta diplomática hasta la intervención militar. Sin embargo, el método de ejecución final elegido por un gobierno dependía de los problemas políticos y económicos involucrados en el asunto. Si el Estado de origen decidía no tomar ninguna acción, el inversor no tenía ningún recurso para recuperar pérdidas» [énfasis añadido].

partida en el Tratado entre la República Federal de Alemania y Pakistán para la Promoción y Protección de Inversiones, firmado 25 de noviembre de 1959 (entró en vigor el 28 de abril de 1962), pero este tratado no incluía el acceso abierto a la ISDS.

Ni siquiera la Convención de Washington de 1965 (que estableció el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones) contemplaba esa posibilidad: el artículo 25(1) de la Convención establece que «La jurisdicción [sic] del Centro se extenderá a cualquier controversia legal que surja directamente de una inversión, entre un Estado Contratante [...] y un nacional de otro Estado Contratante, que las partes en la disputa consientan por escrito en someter al Centro». Además, el Informe de los directores ejecutivos que acompañó la aprobación del texto de la Convención especifica:

El consentimiento puede otorgarse, por ejemplo, en una cláusula incluida en un acuerdo de inversión que prevea la sumisión al Centro de futuras controversias derivadas de ese acuerdo, o en un compromiso relativo a una disputa que ya haya surgido. Además, la Convención no requiere que el consentimiento de ambas partes se exprese en un solo instrumento. De este modo, un Estado anfitrión podría, en su legislación de promoción de la inversión, ofrecer someter las disputas que surjan de ciertas clases de inversiones a la jurisdicción del Centro, y el inversor podría otorgar su consentimiento al aceptar la oferta por escrito (ICSID, 1962, p. 1077).

A partir de eso, parece razonable concluir que el acceso al mecanismo de Solución de Controversias entre el Inversionista y el Estado (ISDS) se otorgaría caso por caso mediante un acuerdo específico entre el Estado y el inversor o mediante un acto unilateral del Estado anfitrión (especialmente, las leyes de inversión extranjera), lo que daría un control particular sobre lo que se disputaría a los Estados anfitriones.

El honor de incorporar la primera oferta abierta para arbitrar disputas directamente con inversores extranjeros recae en el BIT entre Italia y Chad del 11 de junio de 1969 (Suarez Anzorena, 2009, p. 65)⁹. Con este cambio, presenciamos un giro en el poder para determinar qué inversiones se decidirían, pasando de los Estados (las «partes con mayúscula- P» en un AII) a los inversores y al tribunal arbitral. Esto significa que las Partes en el AII tienen significativamente menos participación en qué inversiones se protegen.

9 Citando a (Newcomb & Paradell, 2009)

Naturalmente, este giro no implicó un cambio inmediato (tomaría casi 20 años para que se iniciara el primer caso relacionado con un BIT (Asian Agricultural Products Ltd. v. Sri Lanka, 1990)), pero con el tiempo quedó claro que el inversor podía tratar directamente con el Estado anfitrión sin la autorización de su Estado de origen.

Es el Estado anfitrión quien garantiza el Trato Justo y Equitativo (FET) a los inversores. Es el Estado anfitrión quien garantiza que no impondrá a los inversores normas más estrictas que las que aplica a sus propios nacionales. Es el Estado anfitrión quien garantiza la plena protección y seguridad de las inversiones y de los inversores, y compensarlos adecuadamente en caso de expropiación. Y tal es el compromiso del Estado anfitrión de ofrecer estas garantías que está dispuesto a ser demandado en un foro neutral y ofrecer su propio tesoro público para compensar los costos generados por la violación de cualquiera de estos derechos sustantivos.

Esto es relevante ya que la responsabilidad de preservar la inversión ahora recae completamente en la jurisdicción anfitriona a través de actos soberanos y voluntarios, y, por lo tanto, en su propio compromiso con los Acuerdos Internacionales de Inversión (IIAs) en los que ingresó voluntariamente, así como en su propia legislación municipal, que determinaría qué actividades son legales para que los extranjeros inviertan¹⁰.

No obstante, esto crea el problema que nos preocupa en este ensayo: ¿puede un Estado anfitrión determinar que una actividad es legal para invertir en su territorio si sería ilegal en el Estado de origen del inversor? Especialmente si las ganancias de esa actividad son de por sí un delito en la jurisdicción de origen del inversor. ¿Y qué significa eso para el derecho sustantivo de transferencia libre de activos y retornos?, ¿qué sucede cuando la jurisdicción anfitriona y la jurisdicción de origen del inversor están sujetas a un tratado particular sobre el asunto que una de ellas considera delictivo? En este ensayo,

10 Lo cual también puede revelar algunas de las complejidades de las relaciones neocoloniales entre Estados modernos. Por ejemplo, "Algunos cultivos de coca todavía son permitidos en Perú, donde las hojas de coca se han masticado y utilizado para preparar té durante siglos. Sin embargo, Estados Unidos ha estado presionando a Perú y a otros países para erradicar la planta y reemplazarla por otros cultivos [excepto] de 56 toneladas métricas a 588 toneladas métricas al año [utilizadas en la producción de saborizantes para Coca-Cola]" (May, 1988), leído en conjunto con el Artículo 27(1) de la Convención Única de Estupefacientes de 1961, enmendada por el Protocolo de 1972: "1. Las Partes podrán permitir el uso de hojas de coca para la preparación de agentes saborizantes, que no deberán contener alcaloides, y, en la medida necesaria para tal uso, podrán permitir la producción, importación, exportación, comercio y posesión de dichas hojas".

por supuesto, nos centramos en estas cuestiones relacionadas con actividades relacionadas con el cannabis, pero se puede aplicar a un amplio espectro de situaciones: ¿qué ocurre si un inversor estadounidense desea establecer legalmente un burdel (legal) en Argentina?, ¿o una plantación de coca en Bolivia? ¿Puede este inversor transferir libremente sus activos y ganancias entre jurisdicciones?

Libre transferencia de Activos líquidos (liquid assets) y Retornos (Returns on Investment)

Como se mencionó anteriormente¹¹, los AII suelen contener reglas relativas a la libre transferencia de activos líquidos: fondos, ganancias, regalías, rendimiento de las inversiones, etcétera; El lenguaje del AII puede variar para incluir algunos o todos estos, con la idea de poner a disposición de los inversionistas el movimiento de dinero necesario para establecer la inversión y permitirles devolver el pago de cualquier préstamo, interés u otro tipo de financiación u obligaciones generadas (*Continental Casualty v. Argentine Republic*, 2008) §239)¹² (al mismo tiempo dándoles tranquilidad garantizándoles la posibilidad de liquidar sus activos y convertir/mover los fondos a otras monedas/legislaciones – posiblemente más estables – sin impedimentos)¹³.

Es por eso que la cláusula de libre transferencia de activos se ha asociado ampliamente con otros derechos sustantivos otorgados típicamente por AIIs, como el TJE (p.e. (*AES Corporation and Tau Power B.V. v. Kazakhstan*, 2013)), el trato nacional y el trato NMF.

Sin embargo, esta libertad no es absoluta y, en el caso de (*Rusoro Mining Limited v. Bolivarian Republic of Venezuela*, 2016), el tribunal estableció que – fuera del texto explícito del AII – el Estado anfitrión goza de amplios poderes

para regular su régimen de control de cambios¹⁴, reforzando así la idea de que el derecho sustantivo de libre movimiento de activos líquidos y retornos no es una garantía ilimitada.

Aunque es *generalmente aceptado* que los activos deben ser liquidados, en el caso (*Karkey Karadeniz Elektrik Uretim A.S. v. Islamic Republic of Pakistan*, 2017), el tribunal arbitral encontró que el lenguaje del TBI entre Pakistán y Turquía¹⁵ era lo suficientemente vago como para incluir activos no liquidados (en este caso, un buque)¹⁶ y argumentó que, incluso si no lo fuera, la retención de un activo hace que su venta sea imposible, lo que a su vez hace que su comercio sea imposible y, por lo tanto, obstaculiza la transferencia de sus frutos civiles por parte del Estado anfitrión¹⁷.

Por lo tanto, aunque las decisiones en *Rusoro* y *Karkey* se contraponen en algunos aspectos, ambas abordan el mismo problema relevante para este ensayo: las cláusulas de libre transferencia – como suele ser el caso – dependen del texto preciso de la IIA y, debido a eso, pueden crear excepciones a las facultades del Estado anfitrión o límites a los derechos del inversionista más allá de lo generalmente aceptado. Exploraremos qué dicen típicamente estas cláusulas con el fin de determinar si las obligaciones surgidas de ellas son exclusivas del Estado anfitrión.

Contenido de las Cláusulas de Libre Transferencia

Dado que se ha establecido la relevancia de las variaciones en el texto de la Cláusula de Libre Transferencia, es esencial revisar aquí algunas de las fórmulas más utilizadas y comentar sobre cómo esto es relevante para el objeto del ensayo.

11 Vid. Supra § 1.1

12 Donde se establece que: “[e]ste tipo de disposición es una característica estándar de los BITs: la garantía de que un inversor extranjero podrá remitir desde el país de inversión los ingresos generados, el reembolso de cualquier financiamiento recibido o el pago de regalías adeudado, y el valor de la inversión realizada, más cualquier ganancia de capital acumulada, en caso de venta o liquidación, es fundamental para la libertad de realizar una inversión extranjera y un elemento esencial del papel promocional de los BITs”, pero también señaló que “los términos del Tratado muestran que esa libertad no está exenta de límites”.

13 Este fue el argumento, rechazado, en el caso (*Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania*, 2008), donde el demandante afirmó que las acciones del Estado llevaron a la anulación del valor de sus acciones.

14 El tribunal en (*Rusoro Mining Limited v. Bolivarian Republic of Venezuela*, 2016) § 577 opinó que: “[s]i se cumple con esta triple garantía [de que los fondos se transfieran sin demora en una moneda convertible y al tipo de cambio vigente en la fecha de la transferencia], el Tratado Bilateral de Inversión (BIT) no impone restricciones sobre la forma en que los Estados Contratantes deciden regular su régimen de control de cambios. Los Estados tienen la opción de abolir todas las restricciones de control de cambios, establecer ciertos límites o someter todas las transacciones de divisas extranjeras a control administrativo”.

15 Artículo IV(1) Pakistan-Turkey BIT (1995): *Cada Parte permitirá de buena fe que todas las transferencias relacionadas con una inversión se realicen libremente y sin demoras injustificadas dentro y fuera de su territorio.*

16 § 654 « [...] La definición de «inversión» según el Artículo I(2) del Tratado incluye «bienes muebles e inmuebles». Además, la disposición solo enumera ejemplos de transferencias de manera no exhaustiva («... Tales transferencias ... incluyen: ...»).

17 § 655: « [...] Incluso aceptando, por el bien de la discusión, la interpretación literal que Pakistán desea dar al Artículo IV(1) del Tratado, no se puede discutir que al detener la [embarcación], Pakistán hizo que su venta fuera imposible y, por lo tanto, no permitió la transferencia de ningún producto resultante de la misma.»

Como se mencionó anteriormente, la transferencia libre de activos líquidos hacia el Estado anfitrión es esencial para el establecimiento de la inversión: para realizar una inversión es necesario traer una cantidad de dinero al Estado anfitrión. Esta es la definición literal de una inversión como «comprometer dinero con el fin de obtener una ganancia financiera» (Merriam-Webster, 2022), y, por lo tanto, la transferencia libre de dinero hacia el Estado anfitrión es un requisito de las inversiones, protegido desde los primeros AII modernos¹⁸, hasta el punto de que algunos AII no contemplan la transferencia libre de activos líquidos entrantes¹⁹. Generalmente se entiende que la cláusula también protege las transferencias entrantes de dinero relacionadas con la inversión debido al hecho de que el Estado anfitrión se encuentra en una mejor posición (y ciertamente tiene un incentivo significativamente mayor) para retener ese dinero una vez que ha ingresado a su economía (Reinisch & Schreuer, 2020).

Por otro lado, se podría argumentar que interpretar la protección de los activos entrantes en una cláusula de Transferencia Libre de activos que no hace referencia específica a ella sería una lectura excesiva del texto y, por lo tanto, otorgaría al inversor derechos que las Partes de las AII no tenían la intención de otorgar. En ese sentido, (Gallagher & Shan, 2009) señalan...

Existen ciertos Tratados Bilaterales de Inversión (BITs) que cubren los flujos de inversión tanto hacia el Estado anfitrión como fuera de él. El nuevo BIT de Finlandia contiene una referencia explícita a las transferencias libres «dentro y fuera de su territorio ...» (énfasis añadido). El reciente BIT de México también se refiere específicamente a todos los pagos relacionados con una inversión que pueden transferirse «dentro y fuera de su territorio». En contraste, otros tratados se refieren expresamente solo a las transferencias salientes. El BIT de la República de Corea se refiere a la transferencia «fuera del territorio ...» (énfasis añadido). Dado este lenguaje explícito, sería difícil argumentar que las transferencias entrantes también estaban destinadas a estar cubiertas. (énfasis añadido). (p.183).

18 Alemania – Pakistán BIT Artículo 4: ‘Cada Parte garantizará, en lo que respecta a todas las inversiones, a los nacionales y empresas de la otra Parte, la transferencia del capital invertido, de los rendimientos obtenidos de la misma y, en caso de liquidación, de los ingresos de dicha liquidación.’.

19 Como es el caso con el Artículo 6(1) del Tratado Bilateral de Inversión (BIT) entre Bélgica/Luxemburgo y Hong Kong (China) de 1996: ‘Cada una de las Partes Contratantes garantizará, en lo que respecta a las inversiones, a los inversores de la otra Parte Contratante el derecho ilimitado de transferir sus inversiones y retornos al extranjero.’ Y, como se discutirá más adelante, con el BIT entre la República Popular de China y la República de Corea de 1992.

Debe quedar claro que aquí los autores se refieren al Tratado Bilateral de Inversión (BIT) entre la República Popular de China y la República de Corea de 1992, que fue reemplazado en 2007, incluyendo ciertas modificaciones, como una cláusula de Transferencia Libre de activos más amplia que abarca fondos entrantes y salientes, lo que refuerza su posición o muestra una interpretación incorrecta de la intención original de las partes. La primera posición se alinea con las decisiones en los casos *Rusoro* y *Karkey*, que establecen que el texto exacto de la cláusula es el límite de la obligación de Transferencia Libre de activos. La segunda posición implicaría una especie de interpretación pro-inversionista basada en el contexto, el objeto y el propósito de la cláusula de Transferencia Libre de activos en el Tratado.

¿A dónde van los activos?

En cierta medida, también es relevante para esta investigación determinar a dónde transfiere el inversor el dinero mediante el uso de la Cláusula de Transferencia Libre de activos, ya que algunas de estas cláusulas especifican el destino de los activos, y ese cambio puede crear una diferencia sustancial en lo que respecta a las obligaciones de las Partes (con «P» mayúscula) en relación con los activos.

Como señalaron (Gallagher & Shan, 2009, p. 183):

[...] El BIT de Myanmar, por ejemplo, tiene un amplio alcance, abarcando la transferencia de inversiones y retornos. Sin embargo, el encabezado de la disposición de transferencia es «Repatriación de Inversiones y Retornos», lo que parece indicar que la intención de las partes era cubrir solo las transferencias de pagos fuera del Estado anfitrión.».

Una situación similar al artículo 6 del TBI entre la República Popular China y Myanmar (2001) ocurre en el caso del TBI entre Austria y la República de Corea (1991), que titula su artículo 5 – relativo a la libre transferencia de activos – “Repatriación y transferencia de capital y retornos», y el artículo 6 del TBI entre el Reino Unido y Albania (1994), que, siguiendo la lógica presentada por los autores, ambos casos indicarían la intención de las partes de garantizar el movimiento saliente de activos únicamente al Estado de origen del inversor²⁰. Y, sin embargo, el contenido de ninguno de los

20 De una opinión similar (Reinisch & Schreuer, 2020) § 29 y (Salacuse, 2015, p. 286)

artículos comentados se refiere específicamente a la legislación de origen²¹.

Los mismos autores luego comentan:

El BIT de Chile tiene un enfoque ligeramente diferente en cuanto al alcance de la cláusula de transferencia. Garantiza la libertad de pagos «entre los territorios de las dos Partes

21 Artículo 5 del BIT entre Austria y La República de Corea (1991) señala:

«(1) Cada Parte Contratante garantizará sin demora indebida a los inversores de la otra Parte Contratante la transferencia gratuita en moneda libremente convertible de pagos en relación con una inversión, en particular, pero no exclusivamente, de:

- a) el capital y montos adicionales para el mantenimiento o ampliación de la inversión;
- b) cantidades asignadas para cubrir los gastos relacionados con la gestión de la inversión;
- c) las devoluciones;
- d) el reembolso de los préstamos;
- e) producto de la liquidación o enajenación total o parcial de la inversión;
- f) compensación de conformidad con el artículo 4, párrafo (1) del presente Acuerdo.

(2) Las transferencias a que se refiere este artículo se realizarán al tipo de cambio vigente el día de la transferencia.

(3) Los tipos de cambio serán determinados por el respectivo sistema bancario en el territorio de cada una de las Partes Contratantes. Los gastos bancarios serán justos y equitativos.»

Mientras que el artículo 6 del Acuerdo entre el Gobierno de la República Popular China y el Gobierno de la Unión de Myanmar sobre la promoción y protección de Inversiones (2001) establece:

«Artículo 6 REPATRIACIÓN DE INVERSIONES Y RENDIMIENTOS

1. Cada Parte Contratante, sujeto a sus leyes y reglamentos, garantizará a los inversores de la otra Parte Contratante la transferencia de sus inversiones y rendimientos mantenidos en su territorio, incluyendo:

- (a) ganancias, dividendos, intereses y otros ingresos legítimos;
- (b) el producto obtenido de la venta o liquidación total o parcial de inversiones;
- (c) pagos conforme a un contrato de préstamo en relación con inversiones;
- (d) regalías en relación con los asuntos del párrafo 1 (d) del artículo 1;
- (e) pagos de asistencia técnica o tasa de servicio técnico, tasa de gestión;
- (f) pagos relacionados con proyectos de contratación;
- (g) ganancias de nacionales de la otra Parte Contratante que trabajen en relación con una inversión en su territorio.

2. Nada de lo dispuesto en el párrafo 1 de este artículo afectará la libre transferencia de la compensación pagada en virtud del artículo 4 de este Acuerdo.

3. La transferencia mencionada anteriormente se realizará en una moneda libremente convertible y al tipo de cambio vigente en el mercado aplicable dentro de la Parte Contratante que acepta las inversiones y en la fecha de la transferencia.»

Y el artículo 6 del Acuerdo entre el Gobierno del Reino Unido e Irlanda del Norte y el Gobierno de la

República de Albania para la Promoción y Protección de Inversiones (1994) establece:

«ARTÍCULO 6 Repatriación de Inversiones y Rentabilidades

Cada Parte Contratante deberá, respecto de las inversiones, garantizar a los nacionales o empresas de la otra Parte Contratante la transferencia irrestricta de sus inversiones y rendimientos. Las transferencias se efectuarán sin demora en la moneda convertible en que se invirtió originalmente el capital o en cualquier otra moneda convertible acordada por el inversor y la Parte Contratante interesada. Salvo pacto en contrario por parte del inversor, las transferencias se realizarán al tipo de cambio aplicable en la fecha de la transferencia de conformidad con la normativa cambiaria vigente.»

Contratantes, así como entre los territorios de la otra Parte Contratante y de cualquier tercer Estado». Esta disposición claramente contempla los movimientos de capital hacia y desde el Estado anfitrión y otros Estados²².

Aparentemente confirma que los títulos y nombres atribuidos por las Partes a las cláusulas del AII son de poca relevancia para la interpretación del artículo sin una regulación absoluta de la situación²³.

Excepciones a las cláusulas de “Libre transferencia de activos líquidos”

Como se mencionó, la libertad de transferir activos líquidos fuera del Estado anfitrión no es absoluta, especialmente en el contexto de las regulaciones que el Estado anfitrión puede imponer al movimiento de divisas (Continental Casualty v. Argentine Republic, 2008), con el fin de mantener sus políticas monetarias y económicas internas (Bonnitcha, 2014, p. 979), (Dolzer & Stevens, 1995, p. 85). Sin embargo, estas cláusulas suelen incluir una serie de límites a la transferencia libre de activos que, generalmente, se refieren a cuestiones relacionadas con el ejercicio de la soberanía jurisdiccional del Estado anfitrión, permitiendo excepciones equitativas y no discriminatorias a la transferencia libre basadas en obligaciones como la quiebra (que el inversionista evite sus obligaciones en el Estado anfitrión al retirar sus activos), delitos (donde los activos pueden ser esenciales para la determinación o el resultado de actividades delictivas) y procedimientos judiciales.

Como ejemplo, el artículo 1109 § 4 de NAFTA establece:

No obstante lo dispuesto en los párrafos 1 y 2, una Parte puede evitar una transferencia mediante la aplicación equitativa, no discriminatoria y de buena fe de sus leyes relacionadas con:

- a. quiebra, insolvencia o protección de los derechos de los acreedores;
- b. emitir, negociar o transferir valores;
- c. infracciones penales o criminales;
- d. informes de transferencias de moneda u otros instrumentos monetarios; o
- e. garantizar el cumplimiento de las sentencias en los procedimientos adjudicativos.

De manera similar, el Artículo 9(4) del TBI modelo austriaco (2008):

Sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos (1) a (3) y sin menoscabo de las medidas adoptadas por una Parte Contratante en cumplimiento de

22 Vid. Supra Nota 18

23 Similar al principio interpretativo “nomen iuris” (en la literatura del *Common Law* referido a la regla del “olor a rosa”)

sus obligaciones internacionales, tal como se menciona en el Artículo 3(4), una Parte Contratante también puede evitar una transferencia mediante la aplicación equitativa, no discriminatoria y de buena fe de leyes y regulaciones sobre quiebra, insolvencia o protección de los derechos de los acreedores, sobre la emisión, negociación y operación de valores, futuros, opciones y derivados, sobre informes o registros de transferencia, sobre la prevención del lavado de dinero o financiamiento del terrorismo, o en relación con delitos penales y órdenes o sentencias en procedimientos administrativos y judiciales, siempre que dichas medidas y su aplicación no se utilicen como un medio para eludir los compromisos u obligaciones de la Parte Contratante en virtud de este Acuerdo.

No es una coincidencia que las excepciones enumeradas en ambos IIAs estén dirigidas en su mayoría a proteger los derechos de los acreedores y el respeto por las decisiones judiciales del Estado anfitrión, siempre que este último se aplique de manera equitativa, no discriminatoria y de buena fe. Sin embargo, estas medidas siguen siendo dependientes de la ley del Estado anfitrión.

Y así, la pregunta de esta sección del ensayo sigue siendo: ¿genera el derecho sustancial a transferir/repatriar activos una responsabilidad solo en el Estado anfitrión? Un buen contrapunto a la idea generalmente aceptada de que la responsabilidad recae solo en el Estado anfitrión proviene del texto del Tratado entre los Estados Unidos de América y la República Argentina sobre el Fomento y Protección Recíprocos de las Inversiones (1991), que en su artículo V establece que:

1. Cada Parte permitirá que todas las transferencias relacionadas con una inversión se realicen libremente y sin demora dentro y fuera de su territorio. Estas transferencias incluyen: (a) rendimientos; (b) compensaciones de conformidad con el Artículo IV; (c) pagos derivados de una controversia de inversión; (d) pagos realizados en virtud de un contrato, incluyendo la amortización del capital y los pagos de intereses acumulados realizados de conformidad con un acuerdo de préstamo directamente relacionado con una inversión; (e) ingresos de la venta o liquidación de toda o parte de una inversión; y (f) contribuciones adicionales de capital para el mantenimiento o desarrollo de una inversión.. [énfasis añadido].

Una fórmula similar se encuentra en el Acuerdo Integral de Economía y Comercio entre Canadá y la Unión Europea (CETA) en el artículo 8.13: **Cada Parte permitirá que todas las transferencias relacionadas con una inversión cubierta se realicen sin restricciones ni demoras** en una moneda libremente convertible y

al tipo de cambio de mercado aplicable en la fecha de la transferencia. Estas transferencias incluyen:

- a. contribuciones al capital, como capital y fondos adicionales para mantener, desarrollar o aumentar la inversión;
- b. ganancias, dividendos, intereses, ganancias de capital, pagos de regalías, honorarios de administración, asistencia técnica y otros honorarios, u otras formas de rendimiento o montos derivados de la inversión cubierta;
- c. el producto de la venta o liquidación de la totalidad o parte de la inversión cubierta;
- d. pagos realizados en virtud de un contrato celebrado por el inversor o la inversión cubierta, incluidos los pagos realizados en virtud de un acuerdo de préstamo;
- e. pagos realizados de conformidad con los Artículos 8.11 y 8.12;
- f. ganancias y otras remuneraciones del personal extranjero que trabaja en relación con una inversión; y
- g. pagos de daños y perjuicios conforme a un laudo dictado conforme a la Sección F. [énfasis añadido].

Esa fórmula parece apuntar a un enfoque de doble sentido respecto de las obligaciones derivadas de la cláusula de libre transferencia de activos, en la que el Estado receptor tiene que permitir que el inversor retire sus activos de su jurisdicción y, a la inversa, el Estado de origen tiene que permitir *libremente y sin demora* que dichos activos entren en su jurisdicción, lo cual es mucho más relevante en el caso del CETA, ya que Canadá ha legalizado las actividades relacionadas con el cannabis desde 2018.

Lamentablemente, debido al reducido número de veces en las que los tribunales arbitrales han emitido decisiones que exploran la naturaleza de las cláusulas de Transferencia Libre de activos^{24,25}, no ha habido una interpretación extensa de la misma y, hasta el punto de este ensayo, no se ha explorado si el derecho sustantivo de un inversor a transferir/repatriar libremente sus activos podría interpretarse como una obligación para todas las Partes en la IIA.

24 (Reinisch & Schreuer, 2020, p. 976): «Hasta la fecha, las cláusulas de transferencia se han invocado con poca frecuencia en los arbitrajes de inversión y hay incluso menos práctica por parte de los tribunales que realmente aplican y deciden sobre la interpretación de dichas cláusulas.»

25 Y, en los casos contra Argentina se ha planteado más de una vez, que no es mucho, pero es curioso que haya sucedido más de una vez.

¿ES EL CANNABIS UNA INVERSIÓN ILEGAL?

Esta es una pregunta compleja, pero no necesariamente difícil: el cannabis no es considerado una droga generalmente aceptada en la mayoría de las legislaciones, como podría ser el tabaco o el alcohol. La discusión sobre la hipocresía o moralidad de esto se aborda mejor en otras obras de autores más capacitados.

Según el artículo 3 de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988:

1. Cada Parte adoptará las medidas que sean necesarias para establecer como delitos en virtud de su derecho interno, cuando se cometan intencionadamente:

(a) (i) La producción, fabricación, extracción, preparación, oferta, ofrecimiento para la venta, distribución, venta, entrega en cualquier término, corretaje, envío, flete, transporte, importación o exportación de cualquier estupefaciente o cualquier sustancia sicotrópica contraria a las disposiciones del Convenio de 1961, el Convenio de 1961 modificado o el Convenio de 1971;

(ii) *El cultivo de adormidera, arbusto de coca o planta de cannabis con el propósito de producir estupefacientes contrariamente a las disposiciones del Convenio de 1961 y el Convenio de 1961 modificado;*

[...]

(b) (i) La conversión o transferencia de bienes, sabiendo que dichos bienes provienen de un delito o delitos establecidos de conformidad con el apartado (a) de este párrafo, o de un acto de participación en dicho delito o delitos, con el propósito de ocultar o disfrazar el origen ilícito de los bienes o de ayudar a cualquier persona involucrada en la comisión de dicho delito o delitos a evadir las consecuencias legales de sus acciones;

[...]

(c) Sujeto a sus principios constitucionales y a los conceptos básicos de su sistema legal:

(i) La adquisición, posesión o uso de bienes, sabiendo, en el momento de la recepción, que dichos bienes provienen de un delito o delitos establecidos de conformidad con el apartado (a) de este párrafo o de un acto de participación en dicho delito o delitos;

[...]

4. (a) Cada Parte deberá hacer que la comisión de los delitos establecidos de conformidad con el párrafo 1 de este artículo sea pasible de sanciones que tengan en cuenta la grave naturaleza de estos delitos, como la prisión u otras formas de privación de libertad, sanciones pecuniarias y confiscación [...]

Por lo tanto, la mayoría de las legislaciones penalizan, de una forma u otra, la producción, comercialización y obtención de beneficios del cannabis. Sin embargo, en los últimos años, algunas legislaciones han modificado su postura frente a estas actividades para sus mercados internos, transformando lo que antes era un delito en un negocio multimillonario, hasta el punto en que las empresas de cannabis en los Estados Unidos y Canadá comenzaron a cotizar en el Nasdaq y la Bolsa de Nueva York en 2018, a pesar de que, en los Estados Unidos, el cannabis sigue siendo una sustancia controlada y obtener beneficios con ella sigue siendo un delito federal.

Sin embargo, eso no convierte a *la inversión* en ilegal.

En el Derecho Internacional de Inversiones, la ilegalidad de una inversión se determina por la ley del Estado anfitrión, que conserva el control de las actividades legales que se desarrollan dentro de sus fronteras, como una manifestación natural de sus poderes soberanos, y deniega las protecciones de inversión a las actividades que no cumplen con dicha ley (Kreibaum, 2010, p. 310). Esto es especialmente cierto dado que las protecciones sustantivas otorgadas a los inversores en los Acuerdos Internacionales de Inversión (AII) se interpretan como ofrecidas por el Estado anfitrión, y no por las Partes en conjunto.

En algunos casos, la ilegalidad de una inversión se ha vinculado a la presencia de cláusulas que establecen que la inversión debe estar *de acuerdo con la ley del Estado anfitrión*, las cuales los Estados incluyen en diferentes secciones de los IIAs²⁶. Pero incluso cuando el IIA no incluye este requisito, los tribunales arbitrales suelen oponerse a otorgar protección a inversiones contrarias a la ley del Estado anfitrión o al derecho internacional. Por ejemplo, en los casos (Plama Consortium Limited v. Bulgaria, 2008) y (Phoenix Action, Ltd. v. Czech Republic, 2009), ambos tribunales arbitrales argumentan que la falta de una cláusula de, *de acuerdo con*

26 Ese tipo de cláusula se puede encontrar en el preámbulo (por ejemplo, el BIT entre Australia y Argentina de 1995), en la definición de inversiones (por ejemplo, el BIT entre Alemania y Filipinas de 1997, el BIT entre Lituania y Ucrania de 1994, el BIT entre Bangladesh e Italia de 1990, el BIT entre España y México de 2006 y el BIT entre Omán y Yemen de 1998), en las disposiciones sobre admisión y establecimiento de inversiones (por ejemplo, el BIT entre los Países Bajos y la República Checa de 1991, el BIT entre Bolivia y los Países Bajos de 1994), incluso en las secciones que otorgan protecciones procesales (e.g. Macedonia - Czech Republic BIT [2001]).

la ley del Estado anfitrión en sus respectivos AII (ECT y el BIT entre Israel y la República Checa de 1997) no significa que todos los tipos de inversiones estén protegidos bajo el IIA, «incluyendo aquellas contrarias a la ley nacional o internacional».

Dos conclusiones relevantes de estas decisiones son la presencia – ampliamente comentada – de una cláusula implícita “de acuerdo con la ley del Estado anfitrión” en los AII que condicionan la concesión de protecciones de inversión al cumplimiento de las leyes nacionales del Estado anfitrión, por un lado y, por otro lado, la sujeción de la inversión al “derecho internacional”. Plama cita la declaración del presidente en la adopción del ECT haciendo referencia a “reglas y principios generalmente reconocidos” y haciendo referencia a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (VCLT); menciona también el artículo 26(6) del propio ECT, que encarga al tribunal decidir los asuntos «[...] de conformidad con este Tratado y las reglas y principios aplicables del derecho internacional»; mientras que Phoenix señala:

[...] Los requisitos de jurisdicción de la Convención del CIADI, así como los del TBI, no pueden ser leídos e interpretados de manera aislada del derecho internacional público y sus principios generales. Para poner un ejemplo extremo, nadie sugeriría que la protección del CIADI deba ser otorgada a inversiones realizadas en violación de las normas más fundamentales de protección de los derechos humanos, como las inversiones realizadas en la práctica de la tortura o el genocidio, o en apoyo de la esclavitud o el tráfico de órganos humanos. (§ 78).

Ambos casos hacen referencia a principios del derecho internacional para determinar que una inversión fue ilegal y, por lo tanto, no debe beneficiarse de las protecciones de los AII, basándose en reglas y principios del derecho internacional.

Sin embargo, este argumento difícilmente podría utilizarse para negar derechos a un inversionista en la industria del cannabis, ya que esas inversiones están muy lejos de equipararse a la tortura, el genocidio, la esclavitud o el tráfico de órganos humanos²⁷.

Por lo tanto, la inversión en cannabis no es intrínsecamente una inversión ilegal. Eso dependerá de las leyes del Estado anfitrión,

incluso si no existe una cláusula explícita que lo establezca. Sin embargo, existen varios acuerdos internacionales destinados a limitar la producción, el uso y la comercialización del cannabis y otras medicinas ancestrales, así como los beneficios generados a partir de ellas.

Entonces, aunque la inversión relacionada con el cannabis podría ser legal «de acuerdo con la ley del Estado anfitrión», sigue siendo un riesgo significativo invertir en ella debido a las restricciones establecidas por la ley del Estado de origen o la comunidad internacional.

¿Podría haber un argumento para que el Estado de origen o la comunidad internacional determinen la ilegalidad de una inversión? Si la protección de los derechos humanos puede prevalecer sobre las protecciones otorgadas a las inversiones, ¿podría equipararse la producción de cannabis con la tortura, el genocidio o la esclavitud? Después de todo, se podría argumentar que la protección de los derechos humanos es el objetivo último de la legislación internacional antidrogas. Por otro lado, si no se pudieran otorgar protecciones a las inversiones realizadas en violación de los derechos humanos, no habría TCE²⁸. Estas cuestiones aún carecen de claridad.

Existe un entendimiento general de que, al celebrar un AII, el Estado anfitrión ofrece al inversor las protecciones allí enumeradas en relación con las normas sustantivas y procesales. Ese entendimiento podría permanecer indiscutido durante mucho tiempo, ya que el Estado anfitrión controla efectivamente la mayoría de ellos. Sin embargo, dada la diferencia de legislaciones y, en particular, del estatus legal de ciertas inversiones, cabe preguntarse sobre las protecciones otorgadas por el Estado de origen en defensa de los intereses económicos de sus nacionales y, en particular, el derecho a repatriar sus bienes cuando éstos puedan entrar en conflicto con sus leyes municipales.

Las cláusulas de «Transferencia libre de activos líquidos» supuestamente previenen la retención por parte del Estado anfitrión de los activos líquidos del inversor. Sin embargo, los derechos protegidos por estas cláusulas no están exentos de límites y dependen en gran medida del texto de la cláusula en sí, lo que en algunos casos podría implicar responsabilidades por parte del Estado de origen también.

27 además, la mayoría de ellos parecen ser legales en su estado de origen (e.g. https://en.wikipedia.org/wiki/United_States_war_crimes)

28 Vid supra nota al pie 45, también (Miles, 2013)

Dada la particularidad de los riesgos presentados por las leyes municipales del Estado de origen, la legalidad de una inversión, que generalmente depende del Estado anfitrión, podría verse amenazada por las leyes del Estado de origen. Por lo tanto, el inversor también podría necesitar protección y garantías frente a su propia legislación para la repatriación de sus activos. Esto plantea la cuestión de si las garantías de inversión son un camino de uno o doble, lo que a su vez podría abrir un debate más amplio, pero que va más allá de los límites de este ensayo.

JURISDICCIÓN EXTRATERRITORIAL DEL ESTADO DE ORIGEN

En la sección anterior, exploramos las protecciones de inversión otorgadas a los inversores a través de los AII, tratando de entender quién otorga los derechos sustantivos y cuál es el papel del Estado de origen en esa situación, en particular, para explicar por qué y cómo el Estado de origen podría establecer estándares de comportamiento contrarios a los patrones de inversión de sus nacionales. Mostramos que, salvo por la eventualmente amplia cláusula de «transferencia libre de activos líquidos» que podría (pero aún no se ha intentado) crear la obligación para el Estado de origen de recibir los activos líquidos «sin demora indebida»²⁹, no hay fundamentos para una influencia particular de la legislación del Estado de origen que sea aplicable al inversor. Y sin embargo, algunos países exportadores de capital parecen estar decididos a restringir los patrones de inversión de sus nacionales. Para entender ese fenómeno, en este capítulo examinaremos las medidas disponibles para esos Estados de origen, centrándonos en particular en los Estados Unidos y el Reino Unido, y determinaremos cuáles son los fundamentos de esas medidas.

Medidas contra las inversiones relacionadas con el cannabis

Como mencionamos en la introducción de este ensayo, 26 estados de los Estados Unidos han legalizado la producción y distribución comercial del cannabis recreativo, mientras que 37 estados (junto con sus territorios coloniales, Guam, Puerto Rico y las Islas Vírgenes de los Estados Unidos) permiten el comercio de la planta con autorización médica.

Aunque el cannabis ha sido parte de la medicina tradicional y la cultura de muchas de esas regiones, la exitosa campaña para su legalización es bastante reciente y, en cierta medida, se podría rastrear hasta la influencia cultural de Estados Unidos en conjunto con la Enmienda 64 de Colorado (2012), que legalizó la compra de cannabis para uso recreativo hasta 57 gramos por compra. El hecho de que esta enmienda no fuera impugnada por el Gobierno Federal de Estados Unidos en sus propios tribunales (COLE, 2013) en ese momento indicó que podría haber una exitosa campaña de legalización en el futuro para Estados Unidos. Poco después (2013), Uruguay se convirtió en el primer país en legalizar el cannabis recreativo, y desde entonces varias otras legislaciones han tomado enfoques similares, destacando especialmente dos de los tres miembros del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (ex-TLCAN, ahora T-MEC) (Canadá en 2018 (House of Parliament, 2018) y México como consecuencia de una serie de decisiones judiciales que afirmaron el derecho al cannabis medicinal y recreativo³⁰).

Sin embargo, el miembro restante del T-MEC y varias otras legislaciones en el norte económico³¹ siguen oponiéndose a la legalización (aunque muchos de ellos optan por la despenalización), lo que podría deberse, entre otras razones, a preocupaciones comerciales y la posibilidad de las acciones de sus socios comerciales (Mangen, et al., 2020) (Rychert, Emanuel, & Wilkins, 2021).

Estos temores no son particularmente infundados, ya que Estados Unidos y el Reino Unido tienen medidas legales en vigor que son interpretadas por muchos socios comerciales como amenazas para sus inversiones, y en el caso de Estados Unidos, muchas empresas reguladas a nivel federal (como bancos, compañías de seguros, etc.) se niegan a trabajar con o invertir en negocios

29 Como el TBI entre Estados Unidos y Argentina (1994)

30 Fallos judiciales consecutivos en este tema provienen de decisiones de la Corte Suprema en 2015, 2018 y 2021, y, aunque la legislación aún está vigente hasta que el Senado mexicano aclare las inconsistencias penales en el Código Penal Federal, las sanciones penales no pueden ser judicialmente aplicadas. A esta altura y desde junio de 2021, el consumo de cannabis es una actividad no delictiva bajo el ordenamiento jurídico mexicano cuya persecución por la policía no es considerada malversación de fondos, abuso de autoridad o acoso de minorías

31 Por ejemplo, Suecia

relacionados con el cannabis por temor a ser procesadas.³²

El Reino Unido

En el Reino Unido, la producción o comercio de cannabis es un delito castigado con hasta 14 años de prisión³³. Según la legislación británica contra el lavado de activos, la propiedad puede considerarse propiedad criminal si es el resultado de una «conducta delictiva», y la conducta delictiva, según la misma legislación, se refiere a la conducta que (a) constituye un delito en el Reino Unido o (b) constituiría un delito si ocurriera allí³⁴.

Como señala (Thomson, 2020):

En otras palabras, según el principio de doble criminalidad, lo que importa es si la producción o suministro de cannabis es legal en el Reino Unido. Si no lo es, entonces los ingresos generados por un negocio de cannabis pueden constituir propiedad criminal, y lidiar con ellos o participar en un acuerdo que involucre esos ingresos podría dar lugar a un delito de lavado de dinero según la Ley de Ganancias del Crimen (POCA), independientemente de si el cannabis se produjo o suministró en otra jurisdicción donde fuera legal.

Esta interpretación abre la puerta a la persecución no solo de los inversores, sino también de las empresas que prestan servicios para estas inversiones, algunos de los cuales son esenciales para la inversión internacional, como los servicios financieros y de seguros previamente mencionados, que ni siquiera pueden estar implicados en las actividades de producción de cannabis en absoluto, sino que simplemente proporcionan capital y servicios necesarios para el desarrollo de inversiones legales «de acuerdo con la ley del Estado anfitrión». Aunque la ley establece una excepción para actividades que son legales en el lugar de origen de la actividad (la llamada defensa del «Torero Español»), esto se aplica solo a actividades que conllevan una pena de

menos de 12 meses (Norton Rose Fullbright, 2018), (STEPHEN, O'DONNELL, & REEVES, 2019).

Este sigue siendo el quid de la cuestión en este ensayo: ¿si los AII protegen el flujo de activos e inversiones independientemente de lo que sean esas inversiones? Como se observó en (Phoenix Action, Ltd. v. Czech Republic, 2009) existen límites en cuanto a qué inversiones reciben protección a través del AII, pero, ¿pueden esas inversiones estar protegidas de la jurisdicción del Estado de origen también? Especialmente si esos activos son el resultado de actividades ilegales en el Estado de origen. Además, sería relevante en el tema de las protecciones de inversión cuestionar si esto significa que un laudo arbitral resultante de una compensación por una inversión en actividades relacionadas con el cannabis podría ser impugnado con éxito en el Reino Unido como resultado de su regulación sobre orden público internacional.

Estados Unidos de América

Estados Unidos es particularmente relevante cuando se habla de países exportadores de capital.

Al ser una de las economías más grandes del mundo³⁵, la posibilidad de que sus nacionales y sus empresas inviertan y financien empresas fuera de su competencia territorial es significativa y, con el número de AII de los que es Parte³⁶, es casi seguro que cualquier giro de inversión tendrá al menos alguna participación de ciudadanos estadounidenses.

Sin embargo, el hecho de que el cannabis siga siendo ilegal a nivel federal implica la posibilidad de enjuiciamiento de manera similar a la que se señaló sobre el Reino Unido. En enero de 2018, la Oficina del Fiscal General de los Estados Unidos emitió un memorando para todos los fiscales de Estados Unidos (SESSIONS, 2018) que revocó la política establecida por el Memorando Cole (COLE, 2013) y señaló:

En la Ley de Sustancias Controladas, el Congreso ha prohibido en general el cultivo, la distribución y la posesión de marihuana. 21 U.S.C. § 801 y siguientes. Ha establecido importantes penas para estos delitos. 21 U.S.C. § 841 y siguientes. Estas actividades también pueden servir como base para el procesamiento de otros delitos, como los prohibidos por los estatutos sobre lavado de activos, el estatuto sobre transmisores de dinero sin

32 La SEC y el Departamento de Justicia estadounidenses han sostenido sistemáticamente que: “[L]a Ley de Sustancias Controladas (“CSA”) hace que sea ilegal según la ley federal fabricar, distribuir o dispensar marihuana. Muchos estados imponen y hacen cumplir prohibiciones similares. A pesar de la prohibición federal, a la fecha de esta guía, 20 estados y el Distrito de Columbia han legalizado ciertas actividades relacionadas con la marihuana”. (SEC, 2014) y (Department of Justice of the USA, 2014)

33 Misuse of Drugs Act 1971, §.4(2)(a) or (b) – Producción de una droga controlada (de 14 años a cadena perpetua), Misuse of Drugs Act 1971, §.6(2) – Cultivo de planta de cannabis (14 años de prisión)

34 Proceeds of Crime Act 2002, s.340 §2 (a) and (b) – (2) Criminal conduct is conduct which—

(a) constitutes an offence in any part of the United Kingdom, or
(b) would constitute an offence in any part of the United Kingdom if it occurred there.

35 Hasta el 2020, el Producto Bruto Interno de los Estados Unidos de América había aumentado a los 20,8 billones de USD, de acuerdo con (ResearchFDI, 2021)

36 47 TBI, 70 tratados con disposiciones de inversión y 33 instrumentos relacionados con la inversión a 2020 según (Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo - UNCTAD, 2022)

licencia y la Ley de Secreto Bancario. 18 U.S.C. §§ 1956-57, 1960; 31 U.S.C. § 5318. Estos estatutos reflejan la determinación del Congreso de que la marihuana es una droga peligrosa y que la actividad de la marihuana es un delito grave.

Esta política no se ha revertido hasta el momento.

Como especifica el Memorandum de Sessions, el procesamiento por delitos de cannabis (al que se hace referencia con el término racista “*marijuana*”³⁷) es una función de las fiscalías generales, lo que en el sistema legal estadounidense se refiere a un poder y responsabilidad de la oficina, es decir, que los AG tienen la obligación de procesar actividades relacionadas con el cultivo, la distribución, la posesión y la obtención de ganancias de cannabis³⁸ por parte de cualquier persona estadounidense³⁹ dentro o fuera del territorio de los Estados Unidos de América⁴⁰, lo

37 (SCHLOSSER, 1994) señala sobre los orígenes racistas del nombre de la planta: «*La crisis política que terminó en la Revolución de 1910 originó una ola de migración a los estados del sudeste americano. Los prejuicios y miedos que recibieron a estos peones inmigrantes también se extendieron a su modo tradicional de intoxicación: fumar marihuana.*», asimismo, (HALPERIN, 2018) recuerda sobre el origen racista del nombre que: «Harry Anslinger, el burócrata que lideró los esfuerzos legislativos de la prohibición, es reconocido por señalar en aquella época: “*Hay en total 100,000 fumadores de marihuana en los EE.UU. y la mayoría son Negros, Hispanos, Filipinos y bohemios. Su música satánica, jazz y swing resultan del uso de marihuana. Esa marihuana causa que las mujeres blancas busquen relaciones sexuales con Negros, bohemios y cualquier otro.*”»

38 §18 US Code 1957 (f) (2): «el término “propiedad producto del crimen” se refiere a cualquier posesión que constituya o haya resultado de la realización de un delito»;

39 18 US Code § 3077 (2):

(2) “United States person” means—

(a) a national of the United States as defined in section 101(a)(22) of the Immigration and Nationality Act (8 U.S.C. 1101(a)(22));

(b) an alien lawfully admitted for permanent residence in the United States as defined in section 101(a)(20) of the Immigration and Nationality Act (8 U.S.C. 1101(a)(20));

(c) any person within the United States;

(d) any employee or contractor of the United States Government, regardless of nationality, who is the victim or intended victim of an act of terrorism by virtue of that employment;

(e) a sole proprietorship, partnership, company, or association composed principally of nationals or permanent resident aliens of the United States; and

(f) a corporation organized under the laws of the United States, any State, the District of Columbia, or any territory or possession of the United States, and a foreign subsidiary of such corporation;

40 18 US Code § 1957 (d):

(d) The circumstances referred to in subsection (a) are—

(1) that the offense under this section takes place in the United States or in the special maritime and territorial jurisdiction of the United States; or

(2) that the offense under this section takes place outside the United States and such special jurisdiction, but the defendant is a United States person (as defined in section 3077 of this title, but excluding the class described in paragraph (2)(D) of such section).

que significaría que, según la ley estadounidense, el AG podría ejercer su jurisdicción extraterritorial (*ratio personae*) para perseguir los resultados de las actividades relacionadas con el cannabis y la repatriación de activos resultantes de inversiones legales, lo que, una vez más, lleva a la cuestión de:

El enfoque del derecho internacional público sobre la jurisdicción extraterritorial

Bajo el derecho internacional público, existen dos enfoques generalmente aceptados para la cuestión de la jurisdicción: el primero planteado por la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPIJ) en el caso de (*SS Lotus* (France v. Turkey), 1927), y un segundo derivado de la costumbre y práctica internacionales que se basa en el principio de territorialidad y en principios permisivos específicos como la personalidad (activa y pasiva), la protección y la universalidad. Para los fines de este ensayo, la diferencia entre estas posiciones será muy pequeña, ya que ambas se basan en el principio de territorialidad, pero cambian la *onus probandi* entre los Estados dependiendo de la posición en la que se encuentren las Partes, pero, sin embargo, estableciendo excepciones para las regulaciones de los nacionales del Estado en el extranjero.

En el caso *Lottus*, la CPIJ estableció una distinción entre la jurisdicción de aplicación y la jurisdicción normativa, de la cual se desprende que, aunque un Estado no podía hacer cumplir sus leyes en el territorio de otro Estado, no podía ser impedido de establecer reglas con respecto a eventos fuera de su propio territorio y hacer cumplirlas de manera puntual en su propio territorio:

La primera y más importante restricción que impone el derecho internacional a un Estado es que — salvo que exista una norma permisiva en contrario — no puede ejercer su poder en forma alguna en el territorio de otro Estado. En este sentido, la jurisdicción es ciertamente territorial; no puede ser ejercido por un Estado fuera de su territorio excepto en virtud de una norma permisiva derivada de la costumbre internacional o de una convención [...] Sin embargo, de ello no se sigue que el derecho internacional prohíba a un Estado ejercer jurisdicción en su propio territorio respecto de cualquier caso relacionado con actos que hayan tenido lugar en el extranjero y en los que no pueda basarse en alguna norma permisiva del derecho internacional.⁴¹

41 Ibid

En palabras de (RYNGAERT, 2008, pág. 27): «Según el derecho internacional consuetudinario de la jurisdicción, como se ha desarrollado históricamente, la jurisdicción prescriptiva extraterritorial está prohibida en ausencia de una regla permisiva»; pero estas reglas permisivas incluyen la regulación del comportamiento de sus propios nacionales en el extranjero (lo que incluiría el control del Estado de origen sobre la legalidad de las inversiones), los efectos que la actividad considerada delictiva según la legislación del Estado de origen pueda tener en su territorio, y la universalidad de la jurisdicción con respecto a delitos graves (vagamente definidos)⁴².

Por otro lado, vale la pena cuestionar si lo contrario no es cierto: ¿No sería la legalización del cannabis y la aceptación forzada de esos activos por parte del Estado de origen una intromisión ilegítima en la jurisdicción del Estado de origen?

Y, ¿cuál de estas posiciones sirve mejor a los derechos de los inversores y a los objetivos del acuerdo de inversión?

En este ítem, observamos las reglas específicas que generaron esta investigación: la posibilidad de que la jurisdicción del Estado de origen neutralice la inversión de un nacional en otro Estado, influenciando así su decisión de invertir, dónde y en qué invertir.

El caso específico de las actividades relacionadas con el cannabis y la amenaza de enjuiciamiento por parte de dos notables Estados exportadores de capital contribuye a poner de relieve la gravedad del problema; y el hecho de que no parezca haber ningún recurso contra la acción de estos Estados exportadores de capital debería llevarnos a cuestionar la legitimidad del sistema, especialmente porque los principios permisivos para la jurisdicción extraterritorial (comportamiento de nacionales, efectos y gravedad de las actividades y reconocimiento internacional) caen — de una manera u otra — dentro del ámbito de influencia de los

Estados exportadores de capital (y, por lo tanto, influyentes)⁴³.

Si los Estados exportadores de capital pueden perturbar una inversión protegida por un IIA, deberían compartir la responsabilidad de proteger los intereses del inversor o reconocer la capacidad del Estado importador de capital para influir en su sistema legal a través de su propio proceso de legalización de inversiones, lo que solo llevaría al sistema al caos. De lo contrario, no tendría sentido sostener los principios de igualdad soberana de las naciones o el principio de no intervención.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

En este capítulo, presentaremos las conclusiones de la investigación y haremos ciertas recomendaciones para abordar el tema de las protecciones de inversión otorgadas a las inversiones relacionadas con el cannabis.

Como se anunció en la introducción de este documento, se trata de un trabajo breve. Especialmente porque tenía como objetivo cuestionar una suposición general del derecho de Inversiones Internacionales: que es únicamente el Estado anfitrión el que otorga las protecciones de inversión a las actividades económicas protegidas en el marco del AII. Creemos que esa presunción ha sido, como mínimo, adecuadamente cuestionada a través de la evidencia de las acciones tomadas por los Estados exportadores de capital y la influencia que estos pueden tener en el contexto de la inversión.

También se cuestionó al presentar el texto alternativo de las cláusulas de *Transferencia Libre de Activos Líquidos*, que permiten la participación del Estado de origen en la repatriación de activos, mostrando así que el IIA podría incluir un acuerdo no expresado para tolerar las actividades de los inversores en los Estados anfitriones, si no un compromiso abierto para despenalizar las ganancias obtenidas por los inversores de actividades contrarias a sus propias leyes municipales.

42 (RYNGAERT, 2008, págs. 101-2) señala que: «Algunos Estados también prevén en sus códigos penales una unilateral, aunque normalmente no controvertida, jurisdicción universal sobre delitos sexuales, de inmigración, corrupción, delitos que implican energía nuclear, explosiones o radiación, tráfico de seres humanos, distribución de estupefacientes, distribución de pornografía, falsificación o fraude de subvenciones.» lo que parcialmente coincide con los límites a la protección de las inversiones establecidos por la “comunidad internacional” mencionados en (Rusoro Mining Limited v. Bolivarian Republic of Venezuela, 2016)

43 Particularmente en materia de influencia, debe tenerse en cuenta que las excepciones al principio de territorialidad dependerían en gran medida de la situación política y sociológica del momento y del (des)equilibrio de poder y conceptos de moralidad de los Estados influyentes: Como ejemplo podemos volver a mirar la Convención Única sobre Estupefacientes de 1961, modificada por el Protocolo de 1972, que en el artículo 49^o(1) permite reservas transitorias para el uso ancestral de ciertas medicinas y plantas; y en el artículo 49^o(2)(e) establece que: «La masticación de la hoja de coca deberá ser exterminada dentro de los veinticinco años siguientes a la entrada en vigor de esta Convención [...]», fáticamente estableciendo un cronograma oficial para un genocidio.

También se cuestionó a través de la atención a las relaciones de poder que permiten una influencia acentuada de los Estados exportadores de capital en el establecimiento de los requisitos para el ejercicio de la jurisdicción extraterritorial que, una vez más, podría influir y negar la primacía de instrumentos internacionales como el principio de no intervención y la igualdad soberana de las naciones.

Nos mantenemos en el fondo pesimistas y por lo tanto creemos que, aunque el campo del derecho de inversión internacional ha beneficiado a muchas personas, los instrumentos utilizados en él son un producto de su historia y, por lo tanto, una herramienta de preservación del statu quo colonial, que seguirá alineándose con los ricos y poderosos, incluso cuando comiencen a perder oportunidades de inversión fructíferas. Así, mientras el mundo ve un resurgimiento del fascismo que empuja hacia un conservadurismo opresivo, explotador y fanático de la acción por la acción misma, creemos que vendrá más control por parte de los Estados exportadores de capital que tratarán de reducir el ascenso de los Estados importadores de capital en el sur económico.

En ese contexto, las garantías de inversión llegarán a ser un instrumento para preservar la colaboración entre las naciones y, por lo tanto, deben ser una responsabilidad compartida de los Estados anfitriones y de origen de los inversores. La debilitación de esas garantías por parte de los países exportadores de capital es un mal presagio de abandono del Estado de derecho.

Por eso creemos que este ensayo podría ayudar a ver la “grieta en la armadura” de las protecciones otorgadas a la inversión y garantizar la colaboración entre naciones y un futuro de mayor apoyo mutuo para las relaciones de inversión (o tal vez no este trabajo per se, pero algo parecido).

FUENTES DE INFORMACIÓN

AES Corporation and Tau Power B.V. v. Kazakhstan, ARB/10/16 (ICSID 11 1, 2013).

Asian Agricultural Products Ltd. v. Sri Lanka, Arb/87/3 (ICSID June 27, 1990).

Behn, D., Fauchald, O. K., & Langford, M. (2022). Chapter 2: The International Investment Regime and Its Discontent. In D. Behn, O. K. Fauchald, & M. Langford, *The Legitimacy of Investment Arbitration* (pp. 39 - 81). Cambridge: Cambridge University Press.

Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania, ARB/05/22 (ICSID 07 24, 2008).

Bonnitcha, J. (2014). *Substantive Protections Under Investment Treaties*. Cambridge: Cambridge University Press.

COLE, J. M. (2013, 08 29). *Web for the Justice Department of the United States of America*. Retrieved from <https://www.justice.gov/iso/opa/resources/3052013829132756857467.pdf>

Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo - UNCTAD. (2022, 05 20). *investmentpolicy.unctad.org*. Retrieved from Investment Policy Hub - UNCTAD: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/223/united-states-of-america>

Continental Casualty v. Argentine Republic, ARB/03/9 (ICSID May 05, 2008).

Department of Justice of the USA. (2014, 02 14). *fincen.gov*. Retrieved from <https://www.fincen.gov/index.php/resources/statutes-regulations/guidance/bsa-expectations-regarding-marijuana-related-businesses>

Dolzer, R., & Stevens, M. (1995). *Bilateral Investment Treaties*. Cambridge: Cambridge University Press.

Gallagher, N., & Shan, W. (2009). 5 Monetary Transfer. In N. Gallagher, & W. Shan, *Chinese Investment Treaties - Policies and Practice*. Oxford: Oxford University Press.

HALL, W., STJEPANOVIC, D., CAULKINS, J., LYSKEY, M., LEUNG, J., CAMPBELL, G., & et al. (2019). Public health implications of legalising the production and sale of cannabis for medicinal and recreational use. *Lancet*, 1580-90. doi: <https://doi.org/10.1016/S0140-6736>

HALPERIN, A. (2018, January 29). Marijuana: is it time to stop using a word with racist roots? *The Guardian*. Retrieved from <https://www.theguardian.com/society/2018/jan/29/marijuana-name-cannabis-racism>

House of Parliament. (2018, 06 21). *Web del Parlamento de Canadá*. Retrieved from <https://www.parl.ca/DocumentViewer/en/42-1/bill/c-45/royal-assent#enH1151>

ICSID. (1962). *icsid.worldbank.org*. Retrieved from ICSID: <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/publications/History%20of%20the%20ICSID%20Convention/History%20of%20ICSID%20Convention%20-%20VOLUME%20II-2.pdf>

- Karkey Karadeniz Elektrik Uretim A.S. v. Islamic Republic of Pakistan, ARB/13/1 (ICSID 08 22, 2017).
- Kreibaum, U. (2010). Part V: Investment Arbitration—Illegal Investments. In C. Klausegger, & P. Klein, *Austrian Arbitration Yearbook 2010* (pp. 307 - 335). C.H. Beck, Stämpfli & Manz.
- Mangen, C., Paduano, A., Paduano, B., Hadzurik, J., Leggio, J., & Russo, K. (2020). Smoke and Mirrors? Disclosures in the Marijuana Industry in Canada. *Accounting Perspective*, 3(19), 149-79.
- May, C. D. (1988, July 1). How Coca-Cola obtains it's Coca. *The New York Times*, pp. <https://www.nytimes.com/1988/07/01/business/how-coca-cola-obtains-its-coca.html>.
- Merriam-Webster. (2022, 05 19). *Merriam Webster Dictionary*. Retrieved from <https://www.merriam-webster.com/dictionary>: <https://www.merriam-webster.com/dictionary/invest>
- Miles, K. (2013). *The Origins of International Investment Law : Empire, Environment and the Safeguarding of Capital*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Newcomb, A., & Paradell, L. (2009). *Law and Practice of Investment Treaties 45*. Kluwer Law International.
- Norton Rose Fullbright. (2018, 08). *NortonRoseFullbright.com*. Retrieved from Canadian Cannabis and Money Laundering Risks for UK Business: <https://www.nortonrosefulbright.com/en-ke/knowledge/publications/8bf7949f/canadian-cannabis-and-money-laundering-risks-for-uk-business>
- Oded Besserglik v Mozambique, ICSID Case No. ARB(AF)/14/2 (ICSID 10 28, 2019).
- Phoenix Action, Ltd. v. Czech Republic, ARB/06/5 (ICSID 04 15, 2009).
- Plama Consortium Limited v. Bulgaria, ARB/03/24 (ICSID 08 27, 2008).
- Reinisch, A., & Schreuer, C. (2020). Transfer Clauses. In A. Reinisch, & C. Schreuer, *International Protection of Investments: The Substantive Standards* (pp. 970-998).
- Cambridge: . doi:10.1017/9781139004978.010: Cambridge University Press.
- ResearchFDI. (2021, 02 08). *Research FDI*. Retrieved from researchfdi.com: <https://researchfdi.com/world-gdp-largest-economy/>
- Rusoro Mining Limited v. Bolivarian Republic of Venezuela, ARB(AF)/12/5 (ICSID 08 22, 2016).
- Rychert, M., Emanuel, M. A., & Wilkins, C. (2021). Foreign investment in emerging legal medicinal cannabis markets: the Jamaica case study. *Globalization and Health*, 17-38.
- RYNGAERT, C. (2008). *Jurisdiction in International Law*. Oxford: Oxford University Press.
- SABAGHI, D. (2022, 05 09). *Forbes.com*. Retrieved from Germany Speeds Up The Process To Legalize Recreational Cannabis: <https://www.forbes.com/sites/dariosabaghi/2022/05/09/germany-speeds-up-the-process-to-legalize-recreational-cannabis/?sh=394c529d1d0d>
- Salacuse, J. W. (2015). *The Law of Investment Treaties*. Oxford: Oxford University Press.
- SCHLOSSER, E. (1994, August). Reefer Madness. *The Atlantic*. Retrieved from <https://www.theatlantic.com/magazine/archive/1994/08/reefer-madness/303476/>
- SEC. (2014, 05). *SEC*. Retrieved from sec.gov: https://www.sec.gov/oiea/investor-alerts-bulletins/ia_marijuana.html
- SESSIONS, J. B. (2018, 01 04). *justice.gov*. Retrieved from Justice Department of the United States of America: <https://www.justice.gov/opa/press-release/file/1022196/download>
- SS Lotus (France v. Turkey), PCIJ 1927 (Permanent Court of International Justice 1927).
- STEPHEN, K., O'DONNELL, C., & REEVES, A. (2019, 06 18). *regulationtomorrow.com*. Retrieved from UK Law Commission calls for money laundering guidance in relation to transactions involving the legal cannabis industry: <https://www.regulationtomorrow.com/eu/uk-law-commission-calls-for-money-laundering-guidance-in-relation-to-transactions-involving-the-legal-cannabis-industry/>
- Suarez Anzorena, L. (2009). Consent to Arbitration in Foreign Investment Laws. In I. A. Laird, & T. J. Weiler, *Investment Treaty Arbitration and International Law* (Vol. 2, pp. 63 - 84). Huntington NY: JurisNet LLC.
- The Mavrommatis Palestine Concession, PCIJ Ser. A, N°2 (PCIJ 1924).
- Thomson, C. M. (2020, 01 06). *bakerxchange.com*. Retrieved from Baker and McKenzie website: <https://bakerxchange.com/rv/ff00572ff3249a46394b9667a0419afd51a8074f/p=6070730>

UNA CORTE SUPREMAMENTE INSEGURA: SOBRE CRITERIOS E INTERPRETACIONES DE NUESTRO MÁS ALTO TRIBUNAL DE JUSTICIA SOBRE EL MODIFICADO ARTÍCULO 84 DEL CÓDIGO PENAL PERUANO

A SUPREMELY INSECURE COURT: ABOUT OUR HIGHEST TRIBUNAL OF JUSTICE CRITERIA AND INTERPRETATION ON THE PERUVIAN CRIMINAL CODE'S MODIFIED ARTICLE 84

Diego Alonso Noronha Val
<https://orcid.org/0009-0007-3358-6641>
Universidad Nacional Mayor de San Marcos
diego.noronha@unmsm.edu.pe
Perú

Recibido: 16 de marzo de 2024.

Aceptado: 10 de junio de 2024.

SUMARIO

- Introducción
- Desarrollo
- Conclusiones
- Fuentes de información

RESUMEN

Durante el 2023, el Código Penal fue objeto de múltiples modificaciones. Entre las más relevantes, está la del artículo 84, que establece en su nuevo segundo párrafo el plazo perentorio de un año de suspensión de la prescripción de la acción penal. Aunque ella haya generado una especial polémica en el ámbito político y académico, las Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia de la República convinieron en su incuestionable aplicación, tal como consta de su jurisprudencia más reciente emitida entre junio y noviembre de dicho año. Sin embargo, el 28 de noviembre de 2023 se publicó el Acuerdo Plenario N.º 05-2023/CIJ-112, a través del que los mismos tribunales que aplicaron dicha modificatoria, plantean su inconstitucionalidad como doctrina legal. La variación tan abrupta de criterio no solo promueve la inseguridad jurídica, sino que propone la permanencia de una concepción irracional del cómputo de plazo de suspensión, incompatible con el derecho al plazo razonable.

PALABRAS CLAVE: Código Penal, Corte Suprema de Justicia, Suspensión de la prescripción, interpretación legal, doctrina legal, jurisprudencia.

ABSTRACT

During 2023, the Criminal Code has been object of multiple modifications. That of article 84 has been one of the most relevant, which established a one-year peremptory period of suspension of the criminal action. Although it has generated a special controversy in the political and academic spheres, the Criminal Chambers of the Supreme Court of Justice agreed on its unquestionable application, as stated in its most recent jurisprudence issued between June and October of this year. However, on November 28th, 2023, the Plenary Agreement N.º 05-2023/CIJ-112 was published, through which the same Tribunals that applied the modified article, raised its unconstitutionality as a legal doctrine. Such an abrupt change in criteria not only promotes legal uncertainty, but also proposes the permanence of an irrational conception of the calculation of the suspension period, which comes incompatible with the reasonable period right.

KEY WORDS: Criminal code, Supreme Court of Justice, Prescription suspension, legal interpretation, legal doctrine, case law.

INTRODUCCIÓN

El Código Penal (CP) ha sido objeto de múltiples modificaciones durante el 2023. Entre las más relevantes, encontramos a la del artículo 84 que, mediante la Ley N.º 31751, publicada el 25 de mayo de 2023, estableció en su nuevo segundo párrafo lo siguiente: “La suspensión de la prescripción no podrá prolongarse más allá de los plazos que se disponen para las etapas del proceso penal u otros procedimientos. En ningún caso dicha suspensión será mayor a un año”.

Claramente el legislador ha establecido que el cómputo de la prescripción de la acción penal sólo podrá suspenderse por un año, sin distinguir el supuesto por el que se generará dicha incertidumbre en el procesamiento penal. Dicho período se entiende, por tanto, como aquel marco temporal perentorio en el que los órganos estatales deben resolver todas las cuestiones de las que dependa el proceso, sustancialmente referido a la válida conformación de la relación jurídica procesal y válido ejercicio de la acción penal. Es decir, el Estado se fija un límite para evitar suspensos prolongados derivados de situaciones jurídicas ajenas al sustancial proceso, sean o no atribuibles a su actuación. Con ello se zanja normativamente un álgido debate jurisprudencial que, hasta ese momento, procuraba su indefinición.

Es bajo dicho derrotero que esta modificación ha resultado, cuando menos, polémica. No solo por los cuestionamientos políticos sobre su legitimidad, considerando el aparente beneficio que determinados funcionarios y exfuncionarios han obtenido de su aplicación, sino, nuclearmente, por su repercusión en la persecución del delito. Si bien con ella se homogeniza el plazo de suspensión de la prescripción a partir de una fórmula normativa que limita su cómputo irrazonable, hay un sector actual de la doctrina que la entiende como una restricción desproporcionada a la actuación persecutoria del Estado que afectaría la lucha contra la impunidad, convencionalmente instituida.

Más allá del debate coyuntural, lo concreto es que estamos frente a una modificatoria que ha sido válidamente emitida y cuya constitucionalidad se presume. Sus efectos, por tanto, son plenos. Es, precisamente, en virtud de dicha consigna que la Corte Suprema de Justicia de la República emitió entre los meses de junio y noviembre más de una decena de pronunciamientos en los que la aplican, sin cuestionamiento específico alguno. Con ella se desprende una clara línea interpretativa a través de la que se acentúa la posición mayoritaria sobre el tratamiento de la prescripción y sus instituciones conexas como preceptos estrictamente materiales, pero con innegables efectos procesales.

Sin embargo, este mismo Tribunal Supremo, en un acto manifiestamente incoherente e inobservando su función unificadora, exhortó a todos los órganos jurisdiccionales inferiores a través del fundamento 27° del Acuerdo Plenario N.º 05-2023/CIJ-112, a inaplicar la norma por su aparente inconstitucionalidad. No es esta una contradicción menor. La incertidumbre que ella

genera es tangible y promueve una obscuridad interpretativa que, como es lógico, afecta la vigencia del principio de seguridad jurídica en un Estado Constitucional de Derecho.

Atendiendo a ello, son dos las pretensiones de este trabajo. Primero, identificar el núcleo de la interpretación formulada por la Corte Suprema sobre el nuevo segundo párrafo del artículo 84 del CP antes del referido Acuerdo Plenario y, segundo, establecer los motivos por los que tal instrumento de doctrina legal no resulta idóneo para sostener válidamente la inaplicación de la ley. En ese orden, cabe aclarar que no es objetivo de este artículo abordar aspectos sobre la constitucionalidad de la norma, ni de la adecuación de su límite temporal. Sólo se enfocará el texto en la línea interpretativa que consignamos, así como en la indebida, escondida y antitécnica declaración de aparente inconstitucionalidad de la norma.

DESARROLLO

Bases preliminares: Concepto y fundamento dogmático de la suspensión del cómputo de la prescripción de la acción penal

Sabido es que, para la correcta conformación de la relación jurídica-procesal que fundamenta la postulación del proceso, es necesaria la configuración de las condiciones para el ejercicio de la acción y de sus presupuestos procesales. Conforme a la teoría general que la estudia, en primer lugar, el derecho al que hacemos referencia puede ser válidamente promovido ante la concurrencia del interés procesal, la legitimación y la posibilidad de que la pretensión que se formule se ampare en derecho.

En materia penal, dicho interés surge en el Ministerio Público (Fiscalía), como titular de la acción, en virtud de la expresión material de un hecho con apariencia delictiva¹ que concurre con una base indicativa suficiente que permite afirmar la existencia de una causa probable. Son ambos elementos los que evidencian “el estado de necesidad de tutela jurídica” (Monroy, 2021, p. 522), indistintamente de su objeto², mientras que la justiciabilidad penal del hecho y la vigencia para ejercitar tal derecho, responden a las categorías típicamente habilitantes o

1 *Fumus commissi delicti*.

2 Sean bienes jurídicos, desde la perspectiva de Claus Roxin, o la vigencia de la función comunicativa de la norma, desde la óptica de Günther Jakobs, lo concreto es que existe un objeto de necesaria tutela, lo cual manifiesta el interés procesal en el sujeto.

autoritativas para la lícita y legítima formulación de la pretensión punitiva.

De otro lado, los presupuestos procesales son todos aquellos requisitos que permiten establecer la idoneidad de la constitución del proceso, indispensables para emitir una decisión válida sobre el mérito de la controversia. Para Maier (2013) éstos serían más específicamente “presupuestos sentenciales, esto es, condiciones procesales de la posibilidad de dictar una decisión material sobre el asunto” (p. 78). Estos pueden ser de carácter material o formal. Los primeros, referidos a la formulación de la imputación, pueden manifestarse de forma objetiva, si inciden propiamente en la construcción del objeto del proceso, o subjetiva, si importan la evaluación del sujeto imputado. Los segundos, hacen lo propio respecto a la forma en que la pretensión se postula, esto es, de los elementos esenciales que permiten su concreción.

Entre los presupuestos materiales objetivos tenemos: a) El objeto de la imputación, b) La competencia del tribunal y, c) La participación del órgano acusador, mientras que, como presupuestos materiales subjetivos, se tiene: d) La participación del acusado o prohibición de la actuación del procedimiento en ausencia o contumacia y, e) La asistencia del imputado por una defensa técnica eficaz. En cuanto a los presupuestos formales, tenemos a las garantías convencionales del debido proceso, distintas a las mencionadas con carácter material, tal como la conformación del debate oral y público, el ejercicio de la contradicción, entre otros.

Si todos estos requisitos son indispensables para la existencia del proceso, claramente la ausencia de alguno de ellos evitará su debida conformación. Sea que esta situación surja de forma originaria o sobrevenida, lo concreto es que este factor obstaculiza el ejercicio de la función punitiva del Estado. Esto supone una crisis en el procesamiento penal producto de, lo que podríamos denominar, la desconfiguración de alguno de sus elementos constitutivos, sean las condiciones para el ejercicio válido de la acción penal o de sus presupuestos procesales. Dicha circunstancia implica, a su vez, el suspenso del impulso o continuación del proceso, lo que justifica la necesidad de suspender el cómputo del plazo otorgado para la promoción de la acción penal.

En ese orden, la suspensión del cómputo del plazo prescriptivo de la acción penal es aquel efecto jurídico de carácter supresivo o

cancelatorio que actúa sobre el marco temporal preteritorio, legalmente establecido, otorgado al Estado para ejercitar su función persecutoria del delito, producto de la ausencia originaria o desconfiguración sobrevenida de alguna de las condiciones para el ejercicio válido del derecho de acción o de los presupuestos procesales. No es la mera ley, por ende, la que justifica su efecto.

Sobre este último extremo, disintimos respetuosamente con el maestro sanmarquino Roy Freyre (2018) cuando señala que es la ley la que se constituye como fuente creadora de esta institución, emergiendo como una auto imposición de la norma (p. 74). Ciertamente, las causales de suspensión de la prescripción de la acción penal se encuentran positivizadas, pero no es la ley la que justifica su existencia. No es atendible reducir la ratio de esta institución a la mera discrecionalidad de los legisladores y soslayar su contenido dogmático. Dicho concepto errado confunde al sustento material de la figura jurídica con el instrumento de soporte de sus causales (la ley), generando deficiencias legislativas de las que se sigue adoleciendo, pero de alguna forma atenuada en sus erróneos efectos con la modificatoria en cuestión.

Esto se puede demostrar a partir del análisis de las causas de suspensión previstas en la norma. La cuestión previa³, cuestión prejudicial y el procedimiento político-parlamentario de antejuicio⁴, impiden la promoción de la acción ante la falta de interés procesal del órgano persecutor debido a la incertidumbre sobre la relevancia penal del hecho imputado. Así también, la elevación en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema⁵ por aplicación del control difuso de constitucionalidad en un caso concreto, genera el mismo efecto frente a la duda respecto a la adecuación constitucional de la norma con rango de ley, lo que controvierte la juridicidad de la pretensión o, de otro modo, si ella está amparada o no válidamente en el derecho. Este

3 Conforme al fundamento 2.1 de la Auto de Vista N.º 01-2014 “27”, del 06 de octubre de 2016, de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema, la cuestión previa “hace referencia a un requisito procesal que debe ser satisfecho a cabalidad, con toda regularidad, antes de pasar a ejercitar la acción penal. Procede cuando no concurre u omite un requisito de procedibilidad (...)”.

4 Conforme al fundamento 3.1 del citado Auto de Vista N.º 01-2014 “27”, el antejuicio supone que “los funcionarios públicos tienen el derecho de no ser procesados penalmente por la jurisdicción ordinaria, si no han sido sometidos previamente a un procedimiento político jurisdiccional, debidamente, ante el Congreso de la República, cuyo cuerpo legislativo

5 Conforme al artículo 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ).

primer grupo de causales, por tanto, surgen ante la ausencia de alguna condición para ejercer válidamente la acción penal.

De otro lado, la contumacia y extradición suponen el estado de rebeldía del acusado, que no es otra cosa que su inconcurrencia al procesamiento penal producto de su sustracción dolosa de él. En el caso del segundo, la ubicación en jurisdicción extranjera específica del rebelde impone, adicionalmente, la necesidad de formular un requerimiento de entreeyuda a otro Estado para su traslado a sede nacional. Así, nuestro sistema no habilita al procesamiento sin presencia del imputado, porque esta situación impide la adopción de cualquier decisión material sobre su objeto (Maier, 2013, p. 126). De ahí que el suspenso se justifique.

Asimismo, la suspensión por la interposición de queja por denegatoria de recurso de nulidad⁶, implica la falta de certeza sobre la configuración del requisito de competencia del tribunal. Ello es así, en tanto la continuación del trámite *recursal* y subsecuente asunción competencial por parte de la Corte Suprema para conocer la controversia penal material, en virtud de la *operancia* del derecho al recurso y al doble grado, depende de la decisión que se obtenga de la queja, esto es, si se admite o no el recurso de nulidad postulado. En el caso de la demanda de amparo que detiene el curso de proceso penal con carácter cautelar, del mismo modo genera el suspenso en el cómputo del plazo *prescriptorio* debido a la aparente ausencia de algún requisito esencial del debido proceso, sustancial o adjetivo. Este otro grupo de causales surge, por otra parte, por la falta de algún requisito de procedibilidad.

A pesar que, como se ha demostrado, son específicos los fundamentos por los que se justifica la suspensión del plazo de persecución legalmente otorgado, la legislación peruana ha optado por fórmulas antitécnicas que tergiversan su contenido dogmático. No solo es la referencia a “cualquier cuestión que deba resolverse en otro procedimiento” del primer párrafo del comentado artículo, que restringe el efecto suspensivo sólo a procedimientos de carácter extrapenal, soslayando factores de cualidad distinta (ej. contumacia), sino que, aún más preocupante, se prevé una causal normativa que dista de la naturaleza de esta institución, que es la prevista en el inciso 1) del artículo

339 del Código Procesal Penal, de tratamiento *sui generis*, conforme señala la Corte Suprema en el Acuerdo Plenario N.º 1-2010/CJ-1167. Estas falencias legislativas, que han intentado superarse a través de algunos instrumentos jurisprudenciales⁸, han claramente dificultado la labor interpretativa de la Corte Suprema, órgano del que se obtuvo en los últimos años variados pero disímiles pronunciamientos que no aportaron a la seguridad jurídica.

Contexto previo a la modificatoria y (reforzada) problemática

El problema interpretativo nuclear antes de la modificatoria, sin perjuicio de que la aplicación de la descrita deficiente legislación haya subsistido, era el de la determinación de su plazo de duración. Al respecto, el Supremo Tribunal procuró establecer cómputos suspensivos distintos entre sus causales, situación que no contribuía a una interpretación y aplicación coherente de esta institución. En el Recurso de Nulidad N.º 1237-2011/Lima⁹ (Bermúdez, 2015) la Corte entendió que la suspensión, sea originaria o sobrevenida, debía computarse hasta el momento en que el impedimento se superara (p. 893). Dicha interpretación se encontraba adecuada al texto expreso de la norma vigente en dicho momento, a partir de un razonamiento literal. Y, es precisamente por ello que dicha regla se aplicaba exclusivamente para las causales que supusieran el trámite de procedimientos extrapenales de los que dependiera el proceso, más no para la suspensión de la prescripción por contumacia y por formalización de la investigación preparatoria en el marco del Nuevo Código Procesal Penal. Este criterio heterogéneo desvirtuaba la fijación congruente del plazo conforme al real alcance dogmático de la institución.

7 Mal llamada *sui generis*, porque no supone la ausencia de algún requisito de procedibilidad o condición para el ejercicio válido de la acción penal. La disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria es un acto sustancialmente postulatorio y de promoción de la acción penal. Este supone, más bien, el cumplimiento de los requisitos antes expuestos que motivan la suspensión. Por tanto, su reconocimiento como causal de tal efecto es dogmáticamente incoherente.

8 Entre ellos, los Acuerdos Plenarios N.º 01-2010/CJ-116 y el Acuerdo Plenario N.º 2-2012/CJ-116, a través de los que, empedernidamente, se sostuvo erróneamente que la causal de suspensión de la prescripción por la formalización de la investigación preparatoria era una *sui generis*, y no una de interrupción. Es decir, bajo el manto de la vinculatoriedad de estos instrumentos -por su condición de doctrina legal-, se procuró justificar de forma antitécnica dicha falencia.

9 Fundamento cuarto.

6 Conforme a lo instituido al Acuerdo Plenario N.º 6-2007/CJ-116, del 16 de noviembre de 2007.

Esto último, sin embargo, no era lo más relevante. Lo complejo, más bien, resultó en que ninguna de las interpretaciones formuladas consideró que la eventual extensión excesiva de los efectos del cómputo del plazo de suspensión podría vulnerar el derecho al plazo razonable. Es precisamente frente a ello que la Corte Suprema, refiriéndose especialmente a la causal de contumacia, pero ciertamente aplicable a todas ellas por la naturaleza de la institución, señaló en el Recurso de Nulidad N.º 944-2019/Apurímac¹⁰ lo siguiente:

(...) Así, se estableció que, en estricto, el plazo de suspensión se modularía de acuerdo con el principio de proporcionalidad y sobre la ponderación entre el derecho a un plazo razonable y las necesidades de la justicia penal, tutela del bien jurídico protegido, protección de la seguridad ciudadana y lucha contra la impunidad (bienes jurídicos constitucionales de naturaleza material).

Aunque dicha interpretación se encontrara adecuada a la Constitución, en la medida en que procuraba la *operancia* del derecho acotado, y, lógicamente, constituyera una más favorable al ciudadano, la jurisprudencia suprema no se unificó en ese sentido. Eran los pronunciamientos en vaivén los que primaban, situación que promovía una profunda inseguridad jurídica. No solo se trataba de criterios disímiles entre la Sala Penal Permanente y la Transitoria, sino entre los propios magistrados supremos que las integraban, quienes variaron injustificadamente sus posiciones sobre la materia a lo largo de los últimos quince años¹¹.

Si bien el Recurso de Nulidad N.º 2298-2019/Lambayeque señalaba que el ejercicio interpretativo sobre la duración de la suspensión de la prescripción no suponía fijar criterios únicos y plazos específicos, siendo tal una labor estricta del legislador, no es menos cierto que la divergencia de criterios, el trato desigual para casos similares en sus rasgos característicos y las tangibles vulneraciones al derecho al plazo razonable en casos concretos, exigía que la Corte Suprema fijara una línea

resolutiva uniforme que dotara a los ciudadanos de la información suficiente para organizar su competencia material y procesal debidamente. O sea, no delimitó un ámbito jurídicamente seguro para el justiciable sobre esta materia. Es en ese contexto de plena indeterminación que se modifica el artículo 84 del CP, y de ahí que sea especialmente relevante para el sistema penal actual.

Sin embargo, cuando la comunidad jurídica nacional pensó tener por zanjado el debate con esta modificatoria, a partir de su tenor literal, la Corte Suprema optó por relativizar su contenido a través del Acuerdo Plenario N.º 05-2023/CIJ-112. En él, formulando un examen de proporcionalidad, se sostuvo argumentalmente que ésta era una norma inconstitucional, situación interpretativa que, claramente, reforzó el problema que pretendió solucionarse con la ley. Esto en particular, se abordará más adelante.

Interpretación previa al Acuerdo Plenario N.º 05-2023/CIJ-112

La modificatoria del artículo 84 del CP ha ayudado, en principio, a que la aplicación de esta institución tenga coherencia dogmática con sus preceptos materiales y se adecúe a la *operancia* del derecho al plazo razonable. A pesar que no son abundantes las resoluciones emitidas por este órgano sobre la materia, la línea jurisprudencial que de ellas se advierten es nítida. Son, en particular, dos criterios los que claramente resaltan y los que marcan el derrotero de una interpretación jurídicamente segura, por uniforme: **i)** El tratamiento de esta institución, vinculada a la prescripción de la acción penal, como un precepto sustantivo y, **ii)** La fijación o determinación del plazo concreto de suspensión. Siendo así, describiremos el contenido de la jurisprudencia suprema sobre ambos extremos.

Reafirmación de la naturaleza sustantiva de la suspensión y perspectiva crítica

Tanto la suspensión como la interrupción son efectos jurídicos que operan sobre el cómputo del plazo de prescripción de la acción penal. No hablamos, por tanto, de instituciones derivadas de este presupuesto temporal, sino, más bien, de consecuencias jurídicas independientes y exógenas a él, que dan *operancia* al plazo de persecución estatal del delito ante la configuración de circunstancias específicas. Sin embargo, aun frente a su naturaleza jurídica distinta, las tres son expresión del derecho al

¹⁰ En su fundamento décimo primero, aplicando el criterio interpretativo del Recurso de Nulidad N.º 2298-2019/Lambayeque, del 21 de enero de 2021.

¹¹ Sobre el particular, ver la variación de criterios en el R.N. N.º 42-2012/Callao, R.N. N.º 2606-2013/Lima, R.N. N.º 1945-2014/La Libertad, R.N. N.º 658-2014/Junín, R.N. N.º 977-2015/Lima, R.N. N.º 1835-2015/Lima, R.N. 2694-2017/Tacna, R.N. N.º 1678-2018/Madre de Dios, R.N. N.º 1666-2019/Lima, R.N. N.º 2298-2019/Lambayeque, Casación N.º 333-2019/Ica, R.N. N.º 944-2019/Apurímac, R.N. N.º 972-2021/Cusco y, R.N. N.º 159-2022/Lima.

plazo razonable, que el Tribunal Constitucional peruano reconoce como manifestación implícita del debido proceso, conforme al inciso 3 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú. Al respecto, en la STC N.º 00295-2012-PHC/TC Lima, caso Aristóteles Román Arce Paucar, el máximo intérprete de la Constitución señaló en su fundamento tercero, lo siguiente:

3. (...) El plazo de un proceso o un procedimiento será razonable sólo si es que aquél comprende un lapso de tiempo que resulte necesario y suficiente para el desarrollo de las actuaciones procesales necesarias y pertinentes que requiere el caso concreto, así como para el ejercicio de los derechos de las partes de acuerdo a sus intereses, a fin de obtener una respuesta definitiva en la que se determinen los derechos u obligaciones de las partes.

No procura este derecho que las investigaciones se abrevien, sino que el proceso penal opere en virtud de criterios de necesidad y suficiencia conforme a las particularidades de cada causa. En ese sentido, el efecto de la suspensión opera frente a la necesidad de resguardar y salvaguardar la razonable duración del plazo del procesamiento frente a la imposibilidad de impulsar válidamente la acción penal por la ausente configuración de algún requisito material o de procedencia. Ello, para el cumplimiento de su fin constitucional. Tal circunstancia, empero, no justifica que dicho suspenso sea indeterminado. Por el contrario, la razonabilidad a la que hace referencia este criterio supone la fijación de un plazo, por seguridad jurídica, que permita a los ciudadanos organizar sus competencias, como sujetos procesales, con certeza.

De ahí que no puedan existir plazos de suspensión de la prescripción de la acción penal que extiendan la persecución sin fin o *ad infinitum*. En ese sentido se pronuncia el Tribunal Constitucional, señalando en la STC N.º 04959-2008-PHC/TC Lima, caso Benedicto Jiménez Bacca, que:

15. (...) en caso de mantener vigente la acción penal *ad infinitum* resultaría vulneratoria del derecho al plazo razonable y en tal sentido ser de inconstitucional aplicación. Y es que la prosecución de un proceso penal, sin ningún límite temporal, resultaría a todas luces inconstitucional. Como ya se ha señalado, el poder punitivo del Estado no puede ser ilimitado ni infinito.

La jurisprudencia suprema ha uniformemente adoptado, cuando menos de forma declarativa, tal criterio constitucional. El Recurso de Nulidad N.º 1480-2022/Amazonas, entre otros,

deja constancia de ello en el segundo párrafo de su fundamento sexto:

Sexto. (...)

Se encuentra vinculada con el contenido del derecho a la definición del proceso en un plazo razonable, el cual forma parte del derecho fundamental al debido proceso. De conformidad con ello, si previsto el plazo no se ha podido terminar el procedimiento (prescripción de la acción penal) o imponer penas o medidas de seguridad (prescripción de la pena) en el tiempo tasado para los delitos cometidos, la ineficacia es del propio Estado, no pudiendo ser soportada por el justiciable, manteniendo en incertidumbre *ad finitum* la resolución de su situación jurídica frente al delito.

Considerando que esta institución es una expresión del derecho al plazo razonable, cuya *operancia* constitucionalmente adecuada representa un límite material al ejercicio del poder de coerción estatal, es posible establecerla como una categoría del derecho penal sustantivo. Esto determina que su aplicación se dé conforme a su favorabilidad al ciudadano en el caso concreto que le alcance, criterio que permitirá su ejecución retroactiva. La Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, fijando, precisamente, la línea interpretativa del modificado artículo 84 del CP, señaló en el fundamento 4.6 de la Consulta N.º 14-2023/Nacional12, del 5 de julio de 2023, y el fundamento 7.6 del Recurso de Nulidad N.º 1538-2022/Lima13, del 13 de julio de 2023, lo siguiente: “Esta modificatoria debe ser aplicada retroactivamente por favorabilidad en el presente caso, conforme al principio de retroactividad benigna de la ley penal que prevé el artículo 103 y el numeral 11 del artículo 139, ambos de la Constitución Política”.

Así también lo señaló el Recurso de Nulidad N.º 1165-2022/Lima14, del 13 de julio de 2023, en cuyo segundo párrafo del fundamento noveno se estableció:

Noveno. (...)

No obstante, conforme modificación del artículo 84 del Código Penal, por artículo 1 de la Ley N.º 31751, del veinticinco de mayo de dos mil veintitrés, la suspensión de la prescripción no podrá prolongarse por un período mayor a un año. Supuesto que resulta de aplicación a la presente causa dado sus alcances favorables. Rige el principio de retroactividad benigna de la ley penal, normado en el segundo párrafo del artículo 103 de la Constitución Política del Perú.

12 Ponencia del Juez Supremo Guerrero López, integrante de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema.

13 Ponencia del Juez Supremo Guerrero López, integrante de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema.

14 Ponencia del Juez Supremo Brousset Salas, integrante de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema.

Esta posición fue reiterada, y más vastamente explicada, en la resolución que resuelve la Extradición Activa N.º 42-2023/Lima¹⁵, del 31 de julio de 2023. Si bien ella hace especial referencia a la causal de suspensión por contumacia, el criterio es aplicable a todas las demás en la medida en que no existe fundamento racional para un tratamiento diferenciado respecto de las demás. Así, su fundamento cuarto señala lo siguiente:

CUARTO. (...)

∞ Según se ha estipulado en doctrina jurisprudencial de esta Sala la prescripción es una institución de naturaleza material y se fundamenta en razones de necesidad de pena. Luego, por ser norma material, toda ley o precepto que la regule puede ser aplicada retroactivamente si resulta más favorable al reo.

Lo mismo se observa en el tercer párrafo del fundamento 7.6 del Recurso de Nulidad N.º 1245-2022/Lima sur¹⁶, que expresa:

7.6. (...)

Esta modificatoria, es aplicable de acuerdo a las previsiones generales constitucionales referidas al ámbito penal, en ese caso, conforme al principio de retroactividad benigna de la ley penal, previsto en el artículo 103 y el numeral 11 del artículo 139 de la Constitución Política.

Asimismo, la Sentencia de Casación N.º 1387-2022/Cusco¹⁷, del 29 de agosto de 2023, señala en su fundamento vigésimo tercero lo siguiente:

Vigesimotercero. (...). Cabe precisar que la aplicación de esta norma material, cuya modificación se realizó con posterioridad a la fecha de los hechos, se hace en función principio de retroactividad benigna de la ley penal, que propugna la aplicación de una norma penal posterior a la comisión del hecho delictivo, a condición de que dicha norma contenga disposiciones más favorables para el reo, conforme a lo establecido en el artículo 6 del Código Penal vigente, criterio que fue igualmente regulado en el Código Penal de 1924 (artículos 7 y 8) y en la Constitución Política del Estado (artículo 103).

Queda claro que ambas salas penales de la Corte Suprema entienden a la suspensión como una institución conexas al de la prescripción que, por tanto, sigue su misma naturaleza material. Es en dicha medida que se habilita su aplicación retroactiva, siempre que el nuevo texto normativo que la regula sea más favorable

al reo en el caso en concreto. Consideramos, sin embargo, que el razonamiento justificatorio de dicho carácter no puede reducirse a la conexidad entre ambas instituciones. La suspensión del cómputo del plazo de persecución penal, por las razones expuestas, es una institución autónoma que se configura por razones distintas al de la prescripción, aun cuando la primera actúe sobre la segunda. Mientras la prescripción es el efecto que se configura por el fenecimiento del plazo perentorio otorgado al Estado para perseguir el delito, la suspensión procura su operativización ante los eventuales obstáculos que impidan la conformación del procesamiento penal. Esto último se concretiza a través del no cómputo de cierto período de tiempo compatible con el derecho al juzgamiento en un plazo razonable.

La razonabilidad del plazo de duración del proceso penal, como se citó del Tribunal Constitucional, se determina conforme a los criterios de necesidad y suficiencia. Es en virtud de ambos principios que tanto la prescripción como la suspensión operan; para no permitir los procesamientos excesivamente largos, por un lado, y evitar aquellos breves¹⁸ que surjan como producto de la inidónea composición procesal, afectando la oportunidad constitucional que se le otorga al Estado para perseguir el delito, por el otro. En esa medida, aun cuando exista una clara conexidad entre ambas instituciones, la autonomía dogmática de ambas es insoslayable, lo que exige un análisis diferenciado e individual entre ellas. Más allá de la mirada crítica, queda claro que la Corte Suprema concibe a la institución como un precepto material, sin lugar a dudas.

Plazo determinado de suspensión de la prescripción de la acción penal

Como se expresó, antes de la modificatoria, la jurisprudencia suprema fue divergente en cuanto al criterio de determinación del plazo de suspensión de la prescripción de la acción penal. Ya con ella, se estableció expresamente, sin distinguir motivos o causales, que éste no podría sobrepasar el año. Es en virtud de dicho precepto que la corte asume su benignidad, en la medida en que la indeterminación normativa sobre dicho extremo, aunada a las interpretaciones legales previas que procuraban el incremento irrazonable de aquel, era lógicamente más gravosa en relación al nuevo plazo determinado. Es, precisamente, en ese sentido interpretativo literal, que la Corte Suprema viene aplicando dicha norma.

15 Ponencia del Juez Supremo San Martín Castro, integrante de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema.

16 Ponencia del Juez Supremo Guerrero López, integrante de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema.

17 Ponencia de la Jueza Suprema Altabás Kajatt, integrante de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema.

18 Tercer párrafo del fundamento 42 de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N.º 02534-2019-PHC/TC Lima, caso Keiko Sofía Fujimori Higuchi.

El segundo párrafo del fundamento 4.6 de la citada Consulta N.º 14-2023/Nacional, reiterado en el Recurso de Nulidad N.º 1538-2022/Lima, señaló, sobre el particular, lo siguiente:

La señalada modificación, lo que advierte es que los *procedimientos* que deban resolverse previamente para el comienzo o la continuación del proceso penal suspenden el plazo de prescripción. Este plazo en ningún caso superará un año. Es decir, aunque el trámite del incidente, como una cuestión previa, cuestión prejudicial, antejuicio político, entre otros procedimientos previstos en la ley, demorará por su naturaleza más de este plazo, para el cómputo del conteo de los plazos de prescripción únicamente se descontará un año por la suspensión de la acción penal.

Dicha atingencia se formuló y aplicó en la Casación N.º 1387-2022/Cusco, en la que se precisa:

Vigesimotercero. Así, como ya se indicó, el artículo 84 del Código Penal fue objeto de la modificación y se estableció que el plazo de duración de la suspensión no podría ser mayor de un año. (...)

Vigesimocuarto. En ese contexto, el delito de daño simple materia de condena, previsto en el artículo 205 del Código Penal, sanciona al agente con una pena no mayor de tres años. Ello nos permite afirmar que el plazo de prescripción extraordinaria sería de cuatro años con seis meses. A dicho plazo se le debe adicionar un año, tiempo en el cual los plazos de prescripción estuvieron suspendidos, al haberse formalizado la investigación preparatoria.

Es en esa línea que la también citada Extradición Activa N.º 42-2023/Lima, haciendo referencia a la causal de contumacia, señala que:

CUARTO. Que este Tribunal Supremo ya tiene expuesto que el efecto de la contumacia, conforme al artículo 1 de la Ley 26641, es la suspensión del plazo de prescripción. Más allá de sus fundamentos, existe consolidada doctrina jurisprudencial de las Altas Cortes (Tribunal Constitucional y Corte Suprema) que la suspensión no puede ser indeterminada en el tiempo -no podría durar hasta que se produzca la captura o el reo se ponga a derecho, como decía dicha Ley-. Sin embargo, la reciente Ley 31751, de veinticinco de mayo de dos mil veintitrés, al modificar el artículo 84 del Código Penal, en su segundo párrafo, estableció que la suspensión de la prescripción no podrá prolongarse más allá de los plazos que se disponen para las etapas del proceso penal u otros procedimientos, y que en ningún caso dicha suspensión será mayor de un año. Toda suspensión no puede extenderse hasta que cese el motivo que la determinó, sino que tiene un plazo único y definitivo: un año.

Del mismo modo, en la Sentencia de Apelación N.º 8-2023/Corte Suprema¹⁹, de fecha 10 de noviembre de 2023, se indicó:

1.5. Sin embargo, el veintinueve de mayo de este año se publicó la Ley N.º 31751, que modificó el artículo 339 del Código Procesal Penal y el artículo 84 del Código Penal, y dispuso que la suspensión de la acción penal por la formalización de la investigación preparatoria se realizará de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 84 del Código Penal, y en esta última norma estableció que en ningún caso la suspensión podía ser mayor de un año.

Finalmente, en el Recurso de Nulidad N.º 686-2023/Lima²⁰, del 21 de noviembre de 2023, analizando esta vez la causal de suspensión por interposición de recurso de queja, se indicó en el sexto párrafo del fundamento décimo lo siguiente:

Décimo. (...) (...) empero, la suspensión por la interposición del recurso de queja excepcional no podrá prolongarse más allá de los plazos que se dispongan para las etapas del proceso penal u otros procedimientos; y en ningún caso dicha suspensión será mayor a un año, conforme a lo establecido en el artículo 84 del Código Penal (Ley 31751 publicado en El Peruano el 25 de mayo de 2023).

En tal sentido, desde la interposición del recurso de queja excepcional, dieciséis de agosto de dos mil veintiuno (foja 758), hasta la remisión de la copia certificada de la ejecutoria suprema del trece de abril de dos mil veintidós, mediante Oficio 5947-2022- MPU-SPCS/PJ, del diecisiete de octubre de dos mil veintidós (Expediente Penal 00139-2017-2-1832-JR-PE-01, foja 151), transcurrió un año y dos meses; no obstante, conforme el artículo 84 del Código Penal, solo podrá computarse, por concepto de suspensión de la acción penal, el plazo máximo de un año.

La Sala Penal Permanente y la Transitoria de la Corte Suprema coinciden en interpretar literalmente el precepto normativo del segundo párrafo del artículo 84 del Código Penal, sin establecer creativamente algún criterio distintivo entre las causales de suspensión. Es, en ese sentido, un año el plazo perentorio de suspensión del plazo *prescriptorio* de la acción penal, bajo cualquier caso. No solo es una posición unánime asumida por ella, sino que resulta, sin duda, consolidada, en tanto son múltiples los pronunciamientos que acogen tal postura. Es importante señalar esto expresamente, teniendo en cuenta que parte de la doctrina crítica de la

19 Ponencia del Juez Supremo Sequeiros Vargas, integrante de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema.

20 Ponencia del Juez Supremo Brousset Salas, integrante de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema.

modificatoria resalta la desproporción de tal suspenso para casos complejos y de criminalidad organizada. Lo cierto es, sin embargo, que tal posición legislativa ha sido atendida por la Corte Suprema, de forma expresa, a través de su jurisprudencia.

¿Es el Acuerdo Plenario N.º 05-2023/CIJ-112 constitucionalmente válido?

Si bien el contexto jurisprudencial previo a la modificación del artículo 84 del CP resultaba difuso respecto a la determinación de un plazo de suspensión que pudiera hacerlo predecible para los justiciables, la Corte, en la línea del Tribunal Constitucional, reconocía que dicho efecto no podía ser infinito. Es en ese sentido que el legislador peruano optó por establecer una limitación perentoria que pudiera compatibilizar el efecto suspensivo del plazo de persecución estatal del delito con la *operancia* del derecho al plazo razonable, posición que fue asumida, como se señaló, en la jurisprudencia suprema sin reparos. Empero, dicha posición fue sustancialmente contradicha con el razonamiento formulado en el Acuerdo Plenario N.º 05-2023/CIJ-112, que establece la presunta inconstitucionalidad de la referida modificación. Lo problemático, en este punto, resulta establecer si dicho instrumento de doctrina jurisprudencial, conforme a su naturaleza jurídica, puede válidamente sostener que una norma es inconstitucional.

Así, consideramos que dicho instrumento de doctrina jurisprudencial es plenamente ineficaz por, paradójicamente, ser inconstitucional. Son cinco los motivos que justifican esta postura: **(i)** La incompetencia de la Corte Suprema para derogar leyes y principio de jerarquía normativa, **(ii)** La incompetencia de la Corte Suprema para anular normas legales a través del control orgánico concentrado de constitucionalidad de las leyes, **(iii)** La Corte Suprema sólo es competente para realizar control orgánico difuso de constitucionalidad de las leyes, **(iv)** La naturaleza de los acuerdos plenarios es de carácter estrictamente interpretativo; y, **(v)** El acuerdo plenario vulnera el principio de igualdad y de interpretación *pro homine*. A continuación, desarrollaremos cada uno.

Incompetencia de la Corte Suprema para derogar leyes y principio de jerarquía

Conforme señala García Amado (2023), “las normas entran y salen de los sistemas jurídicos”

(p. 130). Es así que, para sustraerlas o sacarlas del ordenamiento, la doctrina prevé a la derogación y a la anulación como mecanismos para cumplir dicho fin. Precisamente, Aguiló (1994) las distingue, señalando que,

La derogación de normas cumple la función de permitir el cambio regular del sistema jurídico (es el resultado de un cambio regular de voluntad normativa); en general, produce el efecto de limitar en el tiempo la aplicación de las normas derogadas, y es llevada a cabo por la autoridad edictora de normas. La declaración de nulidad, por el contrario, cumple la función de impedir los cambios irregulares del sistema (es el resultado de preservar una determinada voluntad normativa); en general, produce el efecto de excluir totalmente la aplicabilidad de las normas declaradas nulas, y es llevada a cabo por la autoridad aplicadora del Derecho (1994, p. 415).

En efecto, en el derecho peruano, ambos mecanismos se encuentran previstos en el cuarto párrafo del artículo 103 de la Constitución, en el que se precisa que “la ley se deroga por otra ley. También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad”. De dicho enunciado normativo se extrae, precisamente, las únicas dos posibilidades a través de las que puede dejarse sin efecto una norma vigente en el Perú: **(a)** Que se derogue mediante la emisión de otra norma de igual o mayor jerarquía o, **(b)** Que se declare inconstitucional. No podrá, por tanto, extraerse una norma del sistema jurídico por medios distintos a estos, lo que supone, a su vez, la necesidad de ejercerlos conforme a los parámetros que la doctrina y la ley establecen para los fines que individual y diferenciadamente instituyen. Así, en esta sección, se abordará el primer escenario.

La derogación sólo puede ejercerla el Poder Legislativo, de conformidad con el inciso 1 del artículo 102 de la Constitución Política que le reconoce como máxima atribución “dar leyes y resoluciones legislativas, así como interpretar, modificar o derogar las existentes”. En ese orden, es el Congreso el órgano *prima facie* competente para derogar la ley, en tanto productor monopólico de normas de la misma jerarquía. Ello no supondrá una sustracción plena del ordenamiento, sino que generará un efecto estrictamente dirigido al ámbito de su aplicación temporal, restringiéndose dicho ejercicio a aquellos supuestos que se hubieren manifestado durante el período de su vigencia. Así, en la medida en que solo normas de igual o mayor jerarquía pueden derogar otra vigente, y éstas solo pueden ser emitidas por el órgano que las produce, por tanto, el Poder Judicial

no podrá ejercer ninguna actuación con dicho carácter. Tal como expresa Rubio (2010), “(...) las leyes que dicta el órgano legislativo no pueden ser derogadas por ningún otro órgano en ejercicio de sus funciones normales (a menos que, excepcionalmente, se trate de la acción de inconstitucionalidad de las leyes, o que el Congreso delegue su potestad legislativa al ejecutivo)” (p. 161). Ello es expresión del principio de competencia excluyente, expresión del principio de jerarquía y regla aplicable, según la STC N.º 00014-2009-PI/TC, cuando, “(...) un órgano con facultades legislativas regula un ámbito material de validez, el cual, por mandato expreso de la Constitución o una ley orgánica, comprende única y exclusivamente a dicho ente legisferante” (f.j. 25).

No solo es claro que el Pleno de las Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia de la República es incompetente para sustraer la Ley N.º 31751 del ordenamiento jurídico por el mecanismo derogatorio, sino también que, los instrumentos o resoluciones que produce no poseen jerarquía suficiente para afectar su vigencia. Al respecto, la Ley Orgánica del Poder Judicial prevé en su artículo 116 que “los integrantes de las Salas Especializadas, pueden reunirse en plenos jurisdiccionales nacionales, regionales o distritales a fin de concordar jurisprudencia de su especialidad”. Dichas reuniones tienen por finalidad unificar criterios interpretativos de las normas, más no resuelve algún caso concreto en una instancia de cierre, ni surge de fallos reiterativos. Es decir, no son instrumentos que representen o equivalgan a fallos jurisdiccionales en estricto, sino, que formulan doctrina legal. Esta, al igual que la ley, es formalmente una fuente del derecho, pero no es una que derive de la Constitución. Es precisamente por ello que, la emblemática STC N.º 047-2004-AI/TC, caso José Nina-Quispe Hernández, no le otorga una posición determinada en la pirámide de jerarquía normativa nacional. Al respecto, señala el Tribunal en su fundamento 45, que:

Si bien no podemos afirmar que esta fuente derive de la Constitución, el Tribunal Constitucional y los diversos niveles jerárquicos del Poder Judicial recurren a la doctrina, nacional y extranjera, para respaldar, ilustrar, aclarar o precisar los fundamentos jurídicos que respaldarán los fallos que se sustentan en la Constitución, en las normas aplicables al caso y en la jurisprudencia.

En ese sentido, la doctrina asume una posición de fuente auxiliar del derecho, y no de regla en sí misma (González y Campos, 2009, p.

61). Así también lo reconoce Peces-Barba et al (2000), señalando que ella está compuesta por “enunciados sobre normas y en sí mismos no tiene carácter normativo, sino que son enunciados descriptivos y conceptuales de cómo es el contenido normativo de los textos legales” (p. 132), opinión en la que coincide Linares-Quintana (1953) al precisar, sin desconocer su relevancia para e influjo en la ciencia del derecho, que “la doctrina carece de fuerza de ley” (p. 484). Por tanto, aun cuando la propia justicia constitucional haya reconocido pragmáticamente su valor como fuente, lo cierto es que ella no es jerárquicamente equivalente a la ley y no tiene eficacia para alterar los efectos de su texto expreso. Lo mismo expresan Betegón et al (1997) al precisar que “la fuerza o eficiencia de una fuente puede definirse como su capacidad para incidir en el ordenamiento (...) creando derecho objetivo o modificando el ya existente, su potencialidad frente a otras fuentes” (p. 230). Es decir, la doctrina no tiene fuerza jurídica para modificar o sustraer a la ley de sistema. Procurar dicho efecto en la práctica forense, supondría soslayar su naturaleza y desconocer aquellos mecanismos constitucionalmente válidos y reconocidos para dicho fin, tal como se pretende equivocadamente mediante el Acuerdo Plenario N.º 05-2023/CIJ-112.

Ahora bien, el máximo intérprete de la Constitución ha sido uniforme al pronunciarse en su jurisprudencia respecto a la imposibilidad de modificar los términos y alcances de la ley a través de normas o instrumentos de jerarquía inferior. En particular, sobre la controversial suspensión de plazos de prescripción producto del brote de la pandemia, señalaron las STC N.º 03580-2021-HC/TC Lima (f.j. 23d), N.º 00985-2022-PHC/TC Lima (f.j. 18h), N.º 01063-2022-PHC/TC Lima (f.j. 15i), que

No puede aceptarse que dicho plazo pueda ser modificado vía un decreto de urgencia -cuya emisión ha sido regulada para asuntos taxativamente previstos-, ni mucho menos por una resolución administrativa o mediante un criterio judicial interpretativo. Cualquiera de tales opciones es manifiestamente inconstitucional. Distinto es el caso de la determinación del inicio del cómputo de la prescripción, su suspensión o interrupción, donde muchas veces ello tiene que ser determinado por el juez penal, pero su competencia no alcanza a regular, modificar o extender el plazo para que la prescripción opere.

Esta posición ha sido, incluso, asumida por la propia Corte Suprema, conforme se obtiene del fundamento 6.6 del Recurso de Nulidad N.º

1417-2022/Lima, del 6 noviembre de 2023, que, analizando la jurisprudencia constitucional, acepta que “no cabe computar como causa de suspensión de la acción penal resoluciones administrativas o criterios interpretativos que no se ajusten a la ley”. Esta situación pone de manifiesto, una vez más, la divergencia en la jurisprudencia penal ordinaria sobre esta materia.

Así pues, los plazos perentorios para la *operancia* de la prescripción de la acción penal y de su suspensión están claramente previstos en la ley. En ese sentido, que mediante el instrumento estrictamente interpretativo objeto de análisis se pretenda regular negativamente o desconocer la voluntad del legislador, que no es absoluta pero que tiene vías legal y constitucionalmente previstas de forma específica para su cuestionamiento, en palabras del propio Tribunal, es meridianamente inconstitucional y, portanto, inválido. Precisamente, que sea un mero ejercicio interpretativo contenido en un instrumento de la naturaleza de un Acuerdo Plenario, tema que abordaremos más adelante, confirma la hipótesis que plantea que la doctrina, aun en su condición de fuente productora del derecho, no tiene fuerza normativa, siendo ineficaz para soslayar o desconocer la norma legal.

Incompetencia de la Corte Suprema para anular normas legales a través del control orgánico concentrado de constitucionalidad de las normas con rango de ley

Como se señaló en la sección anterior, el segundo mecanismo a través de la que se puede expulsar una norma del ordenamiento jurídico es la anulación. Dicho mecanismo supone declarar la invalidez jurídica plena de un dispositivo normativo con rango de ley, sin la posibilidad de que éste pueda aplicarse en supuesto alguno. Sobre el particular, el ya citado profesor español Aguiló (1994), sostiene:

(...) que una norma es nula significa formular un juicio normativo crítico que, básicamente, se traduce en la idea de que, desde un punto de vista interno, la norma en cuestión no es justificable. No es integrable dentro de la autoridad unitaria del Derecho. Esta es la razón por la que el juicio de nulidad lleva aparejado la consideración de que la norma nula no debería ser aplicada en la resolución de ningún tipo de caso. Además, el juicio de nulidad tiene también connotaciones críticas en relación con la autoridad normativa que dictó la formulación de normas de la que la norma nula deriva, pues implica sostener que dicha autoridad fue más allá de los límites de su poder normativo violando el deber general de sumisión al orden jurídico en su conjunto (p. 415).

Esta herramienta solo puede aplicarse en el Perú realizando una evaluación sobre la constitucionalidad de las normas, en tanto expresión del principio de supremacía normativa de la carta política. Aquí, el sistema de revisión constitucional de la actividad estatal sigue una estructura de control orgánico sinérgico, propio de los modelos derivados, en el que operan concurrentemente los mecanismos de control político preventivo y de control jurisdiccional reparador. El primero de ellos es realizado por el Congreso de la República (legislativo), órgano deliberativo de representación política, de conformidad con los artículos 94 y 102 de la Constitución y los artículos 70 y 90 al 92 del reglamento de dicha institución. El segundo de ellos, será ejercido por determinados órganos judiciales, cuya competencia estará definida según la clase de control que específicamente se ejerza. El Poder judicial, de conformidad con el artículo 138 de la Constitución, y el Tribunal Constitucional (TC), de acuerdo al artículo VII del Código Procesal Constitucional, están encargados del control orgánico difuso respecto de normas con rango de ley. El segundo de ellos, de otro lado, como expresan los artículos 200 al 202 de la citada carta política, ejerce monopólicamente el control orgánico concentrado.

El citado artículo 202.1 de la Constitución señala con clara especificidad que el TC conoce en única instancia la acción de inconstitucionalidad. A través de dicha acción de garantía, o de control normativo, conforme lo indica la STC N.º 7-2002-AI/TC Lima, caso Municipalidad Metropolitana de Lima, se realiza,

un juicio abstracto de constitucionalidad de la norma, en el cual, debido a su propia naturaleza, no se faculta al Tribunal Constitucional a evaluar las afectaciones subjetivas derivadas de la supuesta aplicación de la norma inconstitucional sino, única y exclusivamente, a cumplir la función de eficacia integradora de la unidad constitucional, sea mediante la expulsión de la norma inconstitucional del sistema jurídico o a través de la interpretación de conformidad constitucional, cuando sea el caso (citado por Hakansson, 2014, p. 24).

Que este mecanismo de control sea abstracto, conforme señala Brage (2014), implica que la evaluación de la norma en cuestión, es decir, el juicio de compatibilidad o adecuación constitucional a la que se le somete, se realiza independientemente de su aplicación en casos particulares. En contraposición, para éstas últimas situaciones existe el control constitucional difuso (*judicial review*) que es, precisamente, una examinación de carácter concreto

en casos puntuales expresados en la realidad jurígena (p. 208). En ese derrotero, la STC N.º 0005-2004-AI/TC Lima, caso Colegio de Abogados del Cusco, señaló que, aun cuando el referido control abstracto ingrese a una evaluación relacional entre las normas y la realidad en las que sea susceptible aplicarse, ello no se realiza con la finalidad de inaplicarla a un supuesto concreto, sino únicamente con la intención de reconocer los sentidos interpretativos que resultaren de la norma fundamental.

A través de este proceso, el máximo intérprete de la Constitución procura armonizar la norma con la realidad constitucional imperante. Dicha labor puede manifestarse a través de un ejercicio interpretativo de la norma o, con su expulsión. Precisamente, la STC N.º 020-2003-AI/TC Lima, caso Colegio Químico Farmacéutico Departamental de Lima, señala que

5. (...) toda norma cuya constitucionalidad se cuestiona debe superar el juicio de previsibilidad, razonabilidad y congruencia con el ordenamiento jurídico al que pertenece, caso en el que la declaratoria de inconstitucionalidad será la última ratio o remedio extremo, cuando luego de analizadas diversas posibles interpretaciones, ninguna sea acorde con lo dispuesto por la Constitución.

En ese mismo sentido se pronuncia la Consulta N.º 17151-2013/Lima, en cuyo fundamento jurídico cuarto se indica que:

(...) la inaplicación de una norma legal, que se interpreta contraria a la Constitución Política del Estado, constituye una prerrogativa jurisdiccional de última ratio, por esta razón no puede ser invocada a menudo en la actividad jurisdiccional; sino por el contrario, atendiendo a la trascendencia que esta decisión implica, el juzgador deberá tener en cuenta, en principio, todas las leyes expedidas por el Congreso de la República, por el solo hecho de haber sido expedidas por el Órgano constitucional que tiene a su cargo la función legislativa, siguiendo para el efecto, todo un proceso de formación de la ley, que es conocido en la doctrina como el '*iter legislativo*', están amparadas por la presunción de constitucionalidad; por tanto, a priori se presume que todas las leyes son constitucionales y que estas guardan perfecta armonía entre sí y con la Carta Fundamental.

Precisamente, reflexionando sobre su carácter excepcional, Bianchi (1992), citando al célebre voto del juez de la Suprema Corte de los Estados Unidos, Justice Jackson (integrante de la mayoría), en el caso *Youngstown Sheet & Tube Co. vs Sawyer*, señaló que,

(...) es un principio que nuestro gobierno es un gobierno de leyes y no de hombres y que nos sometemos a los que gobiernan si lo hacen por leyes. Luego agrega que con todos sus defectos e inconvenientes, los hombres han descubierto

que para preservar el gobierno libre no hay otra técnica que el Ejecutivo esté bajo la ley, y que la ley sea hecha por deliberaciones parlamentarias. Estas instituciones podrán pasar, pero la tarea de la Corte es ser la última y no la primera en derogarlas (p. 37).

El ejercicio del control orgánico concentrado no supondrá la anulación y subsecuente expulsión de la ley como regla general de opción inmediata. No solo debiera ser el órgano emisor de normas el que realice tal actividad *prima facie*, sino que dicho efecto solamente operará siempre que sea imposible conservar tal dispositivo mediante una interpretación adecuada a la Constitución. Es en ese derrotero que Zagrebelsky et al (2020) señalan que,

[...] cuando es posible interpretar la ley de manera conforme a la Constitución, sería absurdo anularla integralmente sólo porque algún juez la interpreta de manera no conforme. (...) la inconstitucionalidad no está referida a la ley en sí misma considerada, sino a la *ley* si es *interpretada de cierta manera* (p. 750).

Ello supondrá que, “ante una norma ambigua, cuya interpretación razonable admita, cuando menos, dos sentidos diversos, el principio de interpretación conforme ordena al intérprete que seleccione aquella interpretación que se adecue de mejor manera a las disposiciones constitucionales” (Gozáini, 2021, p. 199). De ahí que Nogueira (2004), señale que el órgano contralor “debe hacer un esfuerzo de conservación de las normas legislativas producto del parlamento y otorgar el máximo de certeza del derecho que integra el ordenamiento jurídico, además de evitar los vacíos normativos y evaluar las consecuencias de sus fallos” (p. 113). Este ejercicio cognitivo previo determina la validez del juicio de adecuación propio del control orgánico concentrado, que derivará en sentencias interpretativas o manipulativas. Es decir, que se preferirá el control constructivo frente al represivo.

Pues bien, el instrumento de doctrina legal en cuestión plantea la inconstitucionalidad de la Ley N.º 31751, exhortando expresamente a los jueces de grado a su inaplicación. Queda claro, entonces, que el pleno de las salas penales de la Corte Suprema tuvo una pretensión estrictamente anulatoria. Si fue ese el mecanismo de sustracción normativa aplicado, lógico es que su validez dependa del cumplimiento estricto de las reglas de aplicación que la rigen. Siendo ello así, en la medida en que el objeto de análisis del cuestionado instrumento es una norma con rango de ley, cuya ineficacia sólo puede ser

procesal y constitucionalmente declarada a través de la acción de inconstitucionalidad, es indubitable que esta institución realizó una actuación con plena incompetencia. La sola posibilidad en que el máximo órgano del Poder Judicial puede realizar control concentrado de constitucionalidad es siempre que sea respecto a normas infra legales, discusión que se suscitará procesalmente a través del proceso de acción popular ante la Sala Constitucional y Social, como instancia de cierre.

De otro lado, a pesar que en el referido acuerdo no se establece en la *ratio decidendi* que la Ley N.º 31751 es inconstitucional, sí se hace lo propio en el *obiter dicta*. Los jueces supremos penales procuraron justificar dicha conclusión sometiendo a la norma al examen (*test*) de proporcionalidad, señalando que la protección de la seguridad ciudadana, el valor justicia material y la tutela jurisdiccional de la víctima, deben primar por sobre la ley. Esto es un análisis normativo en abstracto y no sobre un caso en concreto, lo que claramente comunica que la fundamentación formulada por la Corte se orienta a la realización de un control constitucional concentrado, y no uno de carácter difuso. Si ello es así, fuera de la referida manifiesta incompetencia del Poder Judicial para realizarlo respecto de normas con rango de ley como se ha referido, se advierte una clara desnaturalización de este mecanismo de control que soslaya su excepcionalidad. No se realizó el examen previo de adecuación respecto de la eventual interpretación conforme a la Constitución, lo que no solo constituye un defecto técnico sino también, más gravemente, evidencia ya un sesgo de confirmación. El *test* de proporcionalidad, desconociendo el examen de adecuación interpretativa preliminar, sólo constituye una justificación formal para la expulsión de la norma de *facto*, conforme al fundamento 27º del instrumento, más no una que responda a la constitucionalidad del control concentrado sustancialmente.

Esto último está asociado con lo expuesto por el ya citado profesor argentino Bianchi (1992) quien, comentando sobre el objeto del control constitucional de las normas, precisa que:

El objeto del control es la persona física o jurídica a la cual una ley, decreto o cualquier otra forma de expresión del Estado le produce una lesión en alguno de los derechos constitucionalmente reconocidos. El control de constitucionalidad está limitado, entonces, a la invalidación de aquellos actos de gobierno que limiten un derecho individual (...).

El control constitucional, además de examen normativo *per se*, es una herramienta de tutela de derechos, en la medida en que restringe los efectos de las normas que limitan derechos, buscando siempre la interpretación que más favorezca al ser humano. Entonces, que se haya procurado antitécnicamente la inconstitucionalidad de la Ley N.º 31751, más aún frente a una norma que claramente amplía o, cuando menos, procura una *operancia* más extensa del derecho individual al plazo razonable, como expresión del debido proceso adjetivo, refuerza la idea respecto a la configuración de un sesgo cognitivo y la subsecuente invalidez del Acuerdo Plenario. No es posible restringir un derecho por este mecanismo, lo que abunda en la invalidez del instrumento, infringiéndose los artículos 200 y 202 de la Carta Política.

No hay posibilidad de entender que las salas penales de la Corte Suprema de Justicia hayan realizado inválidamente un control concentrado de constitucionalidad de la Ley N.º 31751 a través del referido Acuerdo Plenario, en la medida en que, en sentido práctico, lo dispuesto tendrá efectos *erga omnes*, tal cual el efecto del proceso de inconstitucionalidad. Ello, teniendo en consideración que cualquier interpretación contraria que, a través del medio impugnatorio pertinente, llegue a instancia Suprema, será revocado en virtud de un criterio erróneo, consolidado procesalmente de forma ineficaz. Esto, claramente, soslaya el sistema de garantías, propios del Estado de derecho.

La Corte Suprema sólo es competente para realizar control orgánico difuso de constitucionalidad

Como se adelantó en la sección anterior, el segundo párrafo del artículo 138 de la Constitución Política prescribe que “en todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera”. Con él, se instituye el principio de supremacía de la Constitución sobre la ley, con el que se habilita a todo órgano público y jurisdiccional, no estrictamente judicial, a controlar la constitucionalidad de las normas frente a la presencia de conflictos normativos. Ello ocurre así, conforme a Grandez (2022), en tanto “no es posible aplicar un precepto legal sin antes haberlo interpretado, de modo que en esa tarea, consustancial a los jueces, resulta inevitable que la ley del Congreso sea confrontada con la ley fundamental” (p. 23). Es, por tanto, este precepto constitucional

el que instituye la doctrina del *Chief Justice* John Marshall²¹, propia del constitucionalismo americano, en la Carta Política vigente.

La doctrina es uniforme respecto a sus características, de especial incidencia procesal. Es difuso o disperso porque todo juez es competente para su aplicación, sin perjuicio de su jerarquía o especialidad. Tiene carácter incidental porque no se evalúa a través de un procedimiento específico, sino que se aplica al interior de cualquier proceso judicial en trámite. No como parte del mérito de la controversia ordinaria, sino como una cuestión tangencial, “pues el resultado del enjuiciamiento de la validez de la ley, depende si la norma se aplica o no para la solución del caso concreto” (Castañeda, 2015, p. 592; Hakansson, 2019, p. 366). Asimismo, se ejerce en virtud de un caso en concreto, dirigiéndose el examen sobre la validez constitucional estrictamente al supuesto de hecho judicializado en el que la controversia normativa surge. Esto último, como característica final, determina que sus efectos alcancen solo a los sujetos que integren la relación jurídica material y procesal en el proceso jurisdiccional en el que se constata la eventual invalidez de la norma. Esto implica, sencillamente, su inaplicación a la controversia específica, más no su expulsión del ordenamiento jurídico, manteniendo la norma objeto de examen su eficacia para el resto de casos.

Estamos, por tanto, ante un acto de especial complejidad, teniendo en cuenta que lo que se pretende es controvertir la legitimidad de una norma que se presume constitucional. Es por ello que debe ejercitarse en virtud de la estricta finalidad que su naturaleza supone, esto es, la de mantener la vigencia del orden jerárquico constitucional. Así, precisamente, lo señala la Corte Suprema en la Consulta N.º 1618-2016/Lima Norte, que constituye doctrina jurisprudencial vinculante:

2.2.3. (...) el control difuso conlleva una labor compleja que ineludiblemente debe ser observada por los jueces y traducida en la motivación de la decisión judicial, en tanto garantiza que están actuando conforme a los fines de preservar la supremacía de la norma constitucional, que no están vulnerando la presunción de legitimidad y constitucionalidad de las leyes, no están actuando en contra del ordenamiento jurídico, ni utilizando el control difuso para fines distintos a los permitidos.

El cumplimiento de su finalidad es lo que determina su validez. Ello se consolidará siempre que el control se aplique de conformidad con sus

características, que representan los límites para su ejercicio. Hacerlo de otro modo desvirtuaría la institución y generaría un eventual conflicto de competencias. Esto es también apuntado por la citada consulta, en cuyo fundamento 2.2.4, siguiendo además la línea argumental de la STC N.º 02132-2008-PA/TC Ica, caso Rosa Felicita Elizabeth Martínez García, expresa:

Es ineludible reiterar que la facultad de los jueces para ejercer el control difuso está limitado al caso particular, constituye un control en concreto con efecto inter partes, en ese orden el análisis, la identificación de los derechos involucrados, la intervención y su intensidad, la aplicación del test de ponderación, están inescindible y obligatoriamente vinculado a los datos y particularidades del caso; no está permitido un control en abstracto de las leyes, el cual compete al Tribunal Constitucional en acción de inconstitucionalidad decidiendo con efecto erga omnes, tribunal que ha señalado en relación al control difuso, que está *vedado cuestionar hipotética o abstractamente la validez constitucional de las leyes*.

La Corte Suprema y el Tribunal Constitucional son meridianamente claros al indicar que en la aplicación del control orgánico difuso está proscrito el abordaje abstracto de la norma, enfatizando su característica de concreción. Si la argumentación del instrumento en el que se efectúe el control, por tanto, se dirige a formular un análisis conforme a una naturaleza ajena a este mecanismo, se estará indefectiblemente infringiendo las normas que la regulan y desnaturalizando la institución. Es en virtud de dicha complejidad que el máximo intérprete, en la STC N.º 1124-2001-AA/TC Lima, caso Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú S.A. y FERRATEL, pone de manifiesto la necesidad de que su ejercicio deba responder a los siguientes presupuestos:

- Que en el proceso constitucional el objeto de impugnación sea un acto que constituya la aplicación de una norma considerada inconstitucional.
- Que la norma a inaplicarse tenga una relación directa, principal e insoluble con la resolución del caso, es decir, que ella sea relevante en la resolución de la controversia.
- Que la norma a inaplicarse resulte evidentemente incompatible con la Constitución, aun luego de haberse acudido a interpretarla de conformidad con la Constitución (...).

Los dos primeros, se orientan a la identificación de la norma constitucionalmente relevante al caso concreto que será analizada. Solo

21 A propósito del caso Marbury vs. Madison (1803).

podrá ser objeto de control aquella que tenga incidencia directa en el mérito de la resolución de la controversia en sede ordinaria, y no cualquier otra de aplicación tangencial al núcleo problemático de la cuestión. En el último presupuesto, por otro lado, en la misma lógica que en el control concentrado, se reitera la *operancia sine qua non* del principio conforme a la Constitución. Los jueces que ejerciten la verificación de la constitucionalidad de las disposiciones normativas en el marco de un proceso ordinario no pueden inaplicarlas de plano por una incompatibilidad presunta con la carta política. Esto no es una mera determinación teórica, sino que constituye un mandato normativo, conforme lo establece la segunda disposición final de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, que señala lo siguiente: “Los jueces y tribunales sólo inaplican las disposiciones que estimen incompatibles con la Constitución cuando por vía interpretativa no sea posible la adecuación de tales normas al ordenamiento constitucional”.

Reiterando esta idea, Castillo-Córdova (2006), señala que,

[...] las normas se interpretan y muchas veces es posible más de una interpretación. Una ley, por ejemplo, puede admitir más de una interpretación. Debido a la presunción de constitucionalidad de las normas y a lo que especialmente grave que resulta la inaplicación de una norma, es que se ha exigido que el juez descubra todas las posibles interpretaciones de la norma, y solo inaplicar por inconstitucional cuando ninguna de esas posibles interpretaciones es acorde con la Constitución (p. 85).

Es en ese sentido que Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, en la ya citada Consulta N.º 1618-2016/Lima Norte, precisó que las reglas para el ejercicio del control difuso judicial son las siguientes: i) Partir de la presunción de validez, legitimidad y constitucionalidad de las normas legales, ii) Realizar el juicio de relevancia, iii) Efectuar una labor interpretativa exhaustiva, iv) Identificar los derechos fundamentales involucrados en el caso concreto, el medio utilizado, el fin perseguido, el derecho fundamental intervenido y el grado de intervención para aplicar el test de proporcionalidad u otro de igual exigencia. Del mismo modo, la citada STC N.º 02132-2008-PA/TC Ica, ofrece los siguientes similares criterios para el uso de este mecanismo de control: a) La verificación de la existencia de una norma autoaplicativa o que el objeto de impugnación sea un acto que constituye la aplicación de una norma considerada

inconstitucional, b) La relevancia del control de la ley respecto de la solución del caso, c) La identificación de un perjuicio ocasionado por la ley, d) La verificación de la existencia de pronunciamiento previo del TC respecto a la constitucionalidad de la ley objeto de control, e) La búsqueda de otro sentido interpretativo que pueda salvar la disposición acusada de inconstitucionalidad, f) La verificación de que la norma a inaplicarse resulte evidentemente incompatible con la Constitución y declaración de inaplicación de ésta al caso concreto.

Como se señaló, la aplicación del control orgánico difuso sólo será válida siempre que se ejercite conforme a su regulación. Si de la resolución que la ejecuta no se obtiene la exteriorización argumental de los criterios anteriormente apuntados, dirigidos a analizar el caso en concreto, estaremos ante una aplicación ineficaz por inconstitucional. Del mismo modo, si no se cumple con el trámite procedimental que la norma exige, y no obtiene la aprobación del órgano competente, éste seguiría la misma suerte, esta vez, por ilegal. Esto último atendiendo, precisamente, a que el artículo 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) sanciona lo siguiente:

Artículo 14. De conformidad con el art. 236 de la Constitución²² cuando los Magistrados al momento de fallar el fondo de la cuestión de su competencia, en cualquier clase de proceso o especialidad, encuentren que hay incompatibilidad en su interpretación, de una disposición constitucional y una con rango de ley, resuelven la causa con arreglo a la primera. Las sentencias así expedidas son elevadas en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, si no fueran impugnadas. Lo son igualmente las sentencias en segunda instancia en las que se aplique este mismo precepto, aun cuando contra éstas no quepa recurso de casación. En todos los casos los Magistrados se limitan a declarar la inaplicación de la norma legal por incompatibilidad constitucional, para el caso concreto, sin afectar su vigencia, la que es controlada en la forma y modo que la Constitución establece.

Cuando se trata de normas de inferior jerarquía, rige el mismo principio, no requiriéndose la elevación en consulta, sin perjuicio del proceso por acción popular.

El supuesto de hecho de la norma es meridianamente ilustrativo sobre los alcances de la aplicación del control difuso judicial. Se parte en el primer párrafo instituyendo legalmente el principio de jerarquía normativa

²² Refiriéndose a la Constitución de 1979, ya derogada.

de la Constitución, ya abordado a lo largo de este texto. De otro lado, en el segundo párrafo se impone como ritual procedimental específico la elevación de la resolución que aplique este mecanismo a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, a efectos de aprobar la legitimidad del control ejercido. Esta situación condiciona los alcances de lo resuelto en sede ordinaria (penal, este caso), en tanto, como se señaló, se controvierte la juridicidad de la cuestión postulada, obstaculizando el ejercicio válido de la acción penal. Al respecto, Hakansson (2019) explica el fundamento de la elevación en consulta a la Corte Suprema, señalando lo siguiente:

La elevación en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de las sentencias que declaran incompatibilidad si no son impugnadas, es un procedimiento de seguridad y garantía de la vigencia del Estado de Derecho, y colabora con la idea de un criterio uniforme que sirva de precedente y fomente el principio de unidad. La Sala de la Corte Suprema se supone que dará la unidad de criterio requerida (p. 370).

Pues bien, la Constitución y la ley le han otorgado a la Corte Suprema, sin distinguir la especialidad, la oportunidad de ejercer control constitucional de las normas solamente a través del mecanismo difuso. No hay posibilidad, por mandato constitucional, que el máximo órgano del Poder Judicial inaplique una norma con rango de ley de forma distinta, y menos aun subrogándose poderes para los que es incompetente. Si ello es así, por tanto, el referido instrumento tendría que tener por objeto de pronunciamiento un caso concreto, situación que claramente no se suscita. En el Acuerdo Plenario se formula un análisis en abstracto, propio del control concentrado, que desvirtúa la única posibilidad de control debido de la Ley N.º 31751. Del mismo modo, el Pleno de las Salas Penales Supremas inobserva, de forma manifiesta, los criterios jurisprudenciales de aplicación establecidos por su par especializado en lo Constitucional y Social, así como por el máximo intérprete de la Constitución, situación especialmente referida a la exteriorización argumental respecto a la búsqueda exhaustiva de una interpretación conforme a la Constitución, a efectos de evitar el ya de plano desvirtuado mandato de inaplicación de la norma. Se soslaya, por último, la elevación de este instrumento al órgano especializado en lo Constitucional competente (Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema), en la medida en que el citado artículo 14 de la LOPJ no lo prevé para los acuerdos plenarios. Eso quiere decir que

estamos ante un instrumento judicial que no ha sido sometido a aprobación a pesar de controlar constitucionalmente una norma, hecho que no cumple con la finalidad del procedimiento de control difuso, conforme se ha citado.

Así, la desnaturalización de los controles constitucionales difuso y concentrado se acentúa groseramente, determinando o direccionando la conducta de los órganos judiciales inferiores en virtud de un instrumento judicial inválido de pleno derecho.

Los acuerdos plenarios son solo de naturaleza interpretativa

El artículo 116 de la LOPJ señala lo siguiente: “Los integrantes de las Salas Especializadas, pueden reunirse en plenos jurisdiccionales, nacionales, regionales o distritales a fin de concordar jurisprudencia de su especialidad, a instancia de los órganos de apoyo del Poder Judicial”. Esta norma habilita a los jueces de las cortes de toda la República a reunirse bajo un sistema organizativo denominado “plenos jurisdiccionales”, con fines estrictamente deliberativos sobre la interpretación de las normas en abstracto, es decir, no se procura en estos encuentros resolver controversias o litigios concretos. Del debate suscitado se obtendrá, como producto final, un acuerdo plenario donde se plasmarán, precisamente, todos los criterios concordantes, respecto a la interpretación específica de una norma o materia, a los que los integrantes del pleno arriben. Ello, conforme también se expresa, con “la valiosa finalidad concordar la jurisprudencia, procurando que los fallos judiciales sean predecibles, lo que conlleva al irrestricto respeto al principio de igualdad en la aplicación de la ley” (Centro de Investigaciones Judiciales, 2020, p. 2).

Teniendo los acuerdos plenarios dicho carácter, y considerando que la Corte Suprema es el órgano que, en instancia de cierre, resuelve definitivamente las controversias penales, por tanto, la interpretación que los magistrados supremos formulen en este instrumento tiene, en principio, fuerza vinculante. Esto, sin perjuicio que, como establece el segundo y tercer párrafo del artículo 22 de la LOPJ, los órganos jurisdiccionales puedan apartarse del criterio instituido, motivando adecuada y reforzadamente dicha decisión. Este ejercicio interpretativo no supone la creación de disposiciones normativas que deroguen o expulsen otras leyes del ordenamiento jurídico, sino estrictamente la explicación que se le da

a su contenido. De ahí que, de no coincidir con ella fundadamente, un órgano inferior al Supremo pueda justificar el apartamiento del criterio vinculante establecido.

Este mismo alto tribunal ha sido uniforme en su jurisprudencia al señalar que esta clase de instrumentos son normas legales, por tanto, no tienen entidad modificatoria o derogatorio de la ley, además de precisar que son de obligatorio cumplimiento. Precisamente, el Recurso de Nulidad N.º 1920-2006/Piura, del 08 de agosto de 2006, cuya línea argumental es reiterada en la Casación N.º 50-2018/Lima del 17 de octubre de 2018, señala en su fundamento tercero que un acuerdo plenario tiene:

(...) carácter vinculante y ha de ser de obligatorio cumplimiento en todas las instancias judiciales, según lo dispuesto por el primer párrafo del artículo veintidós del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, éste no es de aplicación retroactiva ya que ésta sólo atañe a la ley penal, tal como lo establece el artículo seis del Código Penal; que, al respecto, cabe puntualizar que la modificación de un fallo firme sólo es posible cuando media una modificación legal, que no ha ocurrido en el caso de autos; que un supuesto cambio jurisprudencial no constituye cambio normativo por que, como aclara Roxin, la nueva interpretación no es una voluntad de la ley, que ya existía desde siempre, pero que sólo ahora ha sido correctamente reconocida.

En ese derrotero, la Casación N.º 46-2018/Nacional, 17 de abril de 2019, emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, señala en su sumilla lo siguiente:

Conforme a la naturaleza del acuerdo plenario, es impropio hablar de su aplicación retroactiva (o irretroactiva), en tanto este no constituye una norma legal, ni su fuerza vinculante le da tal calidad. En otras palabras, un acuerdo plenario no se aplica, solo las normas pueden ser aplicadas. Los acuerdos plenarios le dan un sentido interpretativo a las disposiciones legales y los criterios fijados son lineamientos hermenéuticos que los jueces deben invocar como sustento cuando resuelvan un caso en el que deben aplicar una disposición legal interpretada plenariamente.

Esta idea es reforzada con lo expresado en las Casaciones N.º 34-2018/Nacional, del 06 de junio de 2019, y N.º 35-2018/Nacional, del 21 de agosto de 2019, emitidas por el mismo órgano jurisdiccional, señalando lo siguiente:

Sumilla: Los acuerdos plenarios les dan sentido interpretativo a las disposiciones legales. Los criterios fijados son lineamientos hermenéuticos que los jueces tienen que invocar como sustento al resolver un caso en el que deben aplicar una

disposición legal interpretada plenariamente. (...) Los acuerdos plenarios no crean normas, sino que consolidan el sentido correcto de las leyes.

(...)

Décimo. Por otro lado, los acuerdos plenarios, al ser pronunciamientos de interpretación normativa para la unificación de criterios jurisprudenciales no tienen efectos normativos derogatorios, como sucede con los pronunciamientos emitidos por el Tribunal Constitucional.

Y, la posición ha sido finalmente consolidada conforme lo expresa el Auto de Apelación recaída en el expediente N.º 4-2018-1, emitido por la Sala Penal Especial, del 30 de junio de 2020, que

8.2. (...) los acuerdos plenarios no poseen naturaleza de ley, por lo que no puede hablarse de su aplicación de manera retroactiva. La Casación N.º 35-2018, del 21 de agosto de 2019, expedida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, a la que hace referencia la defensa técnica del procesado, señala que no es posible hablar de una aplicación retroactiva o irretroactiva de los acuerdos plenarios, en tanto no constituyen una norma legal.

De todo lo expuesto en esta sección se obtiene que los acuerdos plenarios sólo dan sentido interpretativo a las normas, presumidas constitucionales. Esto supone la aplicación de los distintos métodos de interpretación jurídica provistos por la doctrina, a efectos de darle *operancia* a la ley. Por el contrario, en la medida en que este es un instrumento propio de doctrina legal, en el que se formula un análisis abstracto de las normas, esto es, no respecto a su aplicación en algún caso concreto, no resulta jurídicamente posible efectuar alguno de los controles constitucionales difuso o concentrado. En ese sentido, si bien el acuerdo plenario en cuestión no ha declarado expresamente la derogatoria de la Ley N.º 31751, su expulsión del sistema jurídica o, en suma, su inconstitucionalidad, en la parte dispositiva del documento, ello se extrae de los fundamentos. En él, el Pleno de las Salas Penales Supremas no sólo declara de forma expresa la inconstitucionalidad de la norma, sino que exhorta a los órganos jerárquicamente inferiores a inaplicarla. Así pues, lo que, de forma encubierta o táctica, la Corte Suprema plantea es la sustracción de dicha norma del sistema jurídico en virtud de su supuesta desproporción situación para la que dicho órgano no está absolutamente habilitado.

Aun cuando la fuerza de un acuerdo plenario sea vinculante, la obligatoriedad en su invocación debe estar condicionada a su emisión válida, formal y sustancialmente. Lo expresado por el pleno de jueces supremos penales a través de esta

clase de instrumentos supone la interpretación que debiera prevalecer respecto a una norma, sin embargo, en un Estado de garantías, una evaluación normativa que vulnere múltiples preceptos teóricos, jurisprudenciales y legales no puede ser absolutamente utilizado como válido para sustentar una posición. Lo problemático con ello es que, en tanto la fuerza del acuerdo es vinculante, y mientras ningún juez de la República ejerza debidamente el control de legalidad sobre éste, dicho inválido criterio se seguirá utilizando, situación que dota de ineficacia funcional toda argumentación que la invoque.

Si los acuerdos plenarios no tienen efectos normativos derogatorios, ergo, no debió pretenderse derogar la Ley N.º 31751 tácitamente o sustraerse anti técnicamente a través de este mecanismo de carácter meramente interpretativo. Con ello, se está desnaturalizando este instrumento, lo que supone un debilitamiento del sistema de fuentes del derecho en el Perú, en tanto se vulneraría la función comunicativa de dichas normas en el marco de un Estado constitucional de derecho, lo que fomenta de la arbitrariedad de la Corte Suprema. Ello, a través de la asunción de posiciones ideológicas, manifestadas en instrumentos de doctrina legal (como los acuerdos plenarios) que tienen usualmente una repercusión inmediata en órganos inferiores, los que mayoritariamente los aplican sin ser mínimamente críticos sobre su validez legal y constitucional.

El acuerdo plenario vulnera el principio de igualdad y de interpretación pro homine

Desde la entrada en vigencia de la Ley N.º 31751 el 25 de mayo de 2023, la Corte Suprema de Justicia de la República ha emitido 12 ejecutorias, sin establecer en ninguna de ellas cuestionamiento alguno sobre la proporcionalidad o legitimidad de la norma. Estas son: 1) Consulta N.º 14-2023/Nacional, 2) Recurso de Nulidad N.º 1538-2022/Lima, 3) Recurso de Nulidad N.º 1165-2022/Lima, 4) Recurso de Nulidad N.º 159-2022/Lima, 5) Extradición Activa N.º 42-2023/Lima, 6) Recurso de Nulidad N.º 1245-2022/Lima sur, 7) Apelación N.º 48-2023/Ucayali, 8) Casación N.º 1387-2022/Cusco, 9) Sentencia de la Sala Penal Especial recaída en el expediente N.º 1-2014, 10) Queja excepcional N.º 471-2022/Lima este, 11) Apelación 8-2023/Corte Suprema, 12) Recurso de Nulidad N.º 686-2023/Lima y 13) Apelación N.º 69-2023/Apurímac.

La línea interpretativa literal estuvo claramente establecida hasta noviembre de 2023, mes en

el que fuere publicado el Acuerdo Plenario N.º 05-2003/CIJ-112. No se procuró en ninguno de los casos puntualmente citados en el párrafo anterior inaplicar la modificatoria del artículo 84 del Código Penal. En todos, atendiendo a que en cada uno ellos se configuraba una causa de suspensión del cómputo del plazo prescriptorio de la acción penal, se aplicó la norma, sin dudas ni murmuraciones, ciñendo sus efectos estrictamente a un año. Esto quiere decir que, durante seis meses consecutivos, se le dio un trato igualitario a todos los justiciables cuyos litigios alcanzaban su trámite ante las salas penales de la Corte Suprema, todos bajo el mismo supuesto de hecho: La concurrencia de una causal de suspensión de la prescripción de la acción penal.

Sobre el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, derivado del derecho a la igualdad jurídica reconocido en el artículo 2.2 de la Constitución Política, la STC N.º 0004-2006-PI/TC, caso Fiscal de la Nación contra el Congreso de la República, ha sido claro al señalar que la *operancia* de este derecho exige que los órganos 124. (...) al momento de aplicar la ley, no deben atribuir una consecuencia jurídica a dos supuestos de hecho que sean sustancialmente iguales. En otros términos, la ley debe ser aplicada de modo igual a todos aquellos que estén en la misma situación, sin que el aplicador pueda establecer diferencia alguna en razón de las personas o de circunstancias que no sean las que se encuentren presentes en la ley.

Cuando se discute la objeción del derecho a la igualdad en el ámbito jurisdiccional, el punto de referencia es la presencia de decisiones anteriores, ya sean previas o actuales, en las que, frente a circunstancias similares y bajo la misma normativa aplicable, se haya resuelto el caso de manera opuesta a la sentencia judicial bajo cuestionamiento. Precisamente, en la STC N.º 1211-2006-AA/TC Lima, caso Felipa Mónica Cáceres Callat, se desarrolla con mayor detalle los criterios para establecer la validez de la diferenciación en la aplicación de la ley, tal como se expresa en el segundo párrafo del fundamento 24:

(...) entre la resolución que se cuestiona y la resolución con la que se contrasta su tratamiento diferenciado, exista: a) identidad del órgano judicial que resolvió el caso; b) que el órgano judicial tenga una composición semejante; c) que los supuestos de hecho sean sustancialmente iguales d) se haya producido una disparidad en la respuesta jurisdiccional; y, e) no exista una motivación del cambio de criterio.

Si bien no podríamos, atendiendo a los criterios anteriores, realizar un examen de verificación sobre la equiparidad de criterios interpretativos

aplicados en ambos instrumentos en tanto los acuerdos plenarios no resuelven casos en concreto, lo cierto e innegable es que ambos aplican razonamientos diametralmente opuestos. Lo problemático, fuera del resto de criterios que, en realidad, se cumplen (identidad en el órgano resolutor, en su composición, en el supuesto de hecho y la disparidad de criterios), es la argumentación que se formula para sostener la interpretación diferenciada.

Como se ha vastamente expresado, si a través de este instrumento se está procurando realizar una verificación sobre la adecuación constitucional de la Ley N.º 31751, por tanto, se está ejerciendo control constitucional de una norma con rango de ley. Siendo así, la única posibilidad de que este pueda ejercerse por el Poder Judicial es siempre que lo realice de forma difusa, lo cual impone un estándar de argumentación al órgano que inaplicará la norma, no solo respecto a la coherencia interna y externa del razonamiento, sino especialmente en cuanto a la exteriorización del método correcto de aplicación. Esto se resume en el agotamiento previo e indispensable de los métodos de interpretación jurídica y constitucional para procurar compatibilizar o armonizar la norma con el ordenamiento, dejando a su derogación, expulsión, inaplicación o todo lo que suponga su desuso, como un mecanismo excepcional. En ese sentido, que el acuerdo plenario en cuestión haya planteado su análisis sobre la norma aplicando el examen de proporcionalidad, sin plantear el ejercicio cognitivo previo exigido para aplicar el control constitucional de la ley (sea difuso o concentrado), claramente lo vicia por configurarse una motivación constitucionalmente deficitaria. Sobre esto último, la STC N.º 00742-2019-PA/TC Lima, caso Ministerio Público, señala:

11. Sobre la motivación constitucionalmente deficitaria, esta hace referencia a transgresiones al orden jurídico-constitucional contenidas en sentencias o autos emitidos por la jurisdicción ordinaria, frente a la eventual transgresión cualquiera de los derechos fundamentales protegidos por el amparo o habeas corpus, ante supuestos de (1) errores de exclusión de derecho fundamental, es decir, si no se tuvo en cuenta un derecho que debió considerarse; (2) errores en la delimitación del derecho fundamental, pues al derecho se le atribuyó un contenido mayor o menor al que constitucionalmente le correspondía, y (3) errores en la aplicación del principio de proporcionalidad, si la judicatura ordinaria realizó una mala ponderación al evaluar la intervención en un derecho fundamental o al analizar un conflicto entre derechos.

Si bien un acuerdo plenario no está contenido formalmente en una resolución judicial, la fuerza vinculante que la ley y la jurisprudencia le otorgan, así como su naturaleza como documento institucional que típicamente exige motivación, justifica que este criterio pueda aplicársele, tanto como a cualquier otra actuación judicial o estatal. Ello, como barrera a la arbitrariedad. En ese derrotero, de la construcción argumentativa formulada por el Pleno de las Salas Penales de la Corte Suprema en el acuerdo plenario objeto de análisis, además de no haberse motivado el examen de conformidad constitucional previo a la declaración definitiva de inconstitucionalidad, que de plano vicaría el control ejercido por la actuación del pleno judicial, se identifica que el examen de proporcionalidad se efectúa soslayando al derecho convencionalmente reconocido al plazo razonable, solamente ponderando los valores que en el documento se enuncian (protección de la seguridad pública, el valor justicia y la tutela jurisdiccional de la víctima). Esto supone la configuración de los errores propios del primer y tercer criterio, obteniéndose como conclusión que no existe una motivación válida para el cambio de razonamiento formulado en las trece ejecutorias mencionadas y, por tanto, una subsecuente vulneración al derecho a la igualdad ante la ley.

Lo anteriormente expuesto se refuerza con lo expresado por Linares-Quintana (1953) quien, con meridiana lucidez, dice:

Evidentemente, el poder judicial excedería su ámbito específico y constitucional si entrara a juzgar los propósitos o motivos que pudieran haber inspirado al legislador en la aprobación de las leyes, materia que está comprendida en el campo de la política legislativa. Es así que, los tribunales en manera alguna pueden formular valoraciones acerca de la bondad o inconveniencia, la justicia o la injusticia, la oportunidad o la inoportunidad de los actos legislativos, y, por más que posean la firme convicción de que la ley es inconvenientes o injusta o inoportuna, están obligados a aplicarla. Así lo exige el principio fundamental de la división de los poderes de gobierno. Si los jueces penetran en el terreno vedado de la *prudencia política*, no habría razón para que, análogamente, el poder legislativo, por su parte, no pudiera incursionar en la órbita jurisdiccional, con la consiguiente desaparición de la limitación de los departamentos gubernativos y, como consecuencia, de la libertad (p. 341).

Este mismo autor argentino, entre los múltiples casos resueltos en la jurisprudencia americana,

cita al caso *Northern Securities Co. vs. Estados Unidos*, en el que la Corte Suprema norteamericana falló:

(...) en tanto que el Congreso se mantenga dentro de los límites de su autoridad definida por la Constitución, sin violar los derechos reconocidos o asegurados por dicho instrumento, queda librado a él si sus regulaciones sobre el comercio interestadual e internacional se han fundado o no en la prudencia... apartarse de ello porque las circunstancias de casos especiales, o porque la regla, en su aplicación, pueda posiblemente afectar los intereses del comercio, es peligroso para la seguridad e integridad de nuestras instituciones y hace que la Constitución signifique, no lo que dice, sino lo que las partes interesadas quieren que signifique en un momento particular y en circunstancias particulares... Si la ley excede el poder constitucional del Congreso, el tribunal erraría en el cumplimiento de un solemne deber si no lo declarara. Pero si sólo puede decirse que el Congreso ha errado... el remedio para el error y la consecuencia dañosa es la elección de nuevos senadores y representantes, los cuales, por la legislación, modificarán las leyes existentes o adoptarán nuevas leyes, según lo demanden sus mandantes y de acuerdo con la ley (Linares-Quintana, 1953, p. 342).

El análisis formulado por la Suprema en el cuestionado acuerdo plenario se dirige a controvertir, en clave de proporcionalidad, la cantidad de tiempo que el Poder Legislativo ha fijado para el cómputo del plazo de suspensión de la prescripción de la acción penal. No cuestiona su determinación en sentido cualitativo, sino en su aspecto cuantitativo. En ese orden, atendiendo a lo claramente expresado por el citado autor, tal argumentación sobrepasa los límites del poder que se le otorga al órgano judicial para ejercer control constitucional de la norma. Como se indica, la determinación del plazo de suspensión a un año responde a una labor y lógica estrictamente legislativa, cuya justificación está en la *operancia* del derecho al plazo razonable, aun cuando ello no esté expresado en la exposición de motivos. Una norma no sólo encuentra su razón de ser en dicho instrumento explicativo, sino que debe ser analizado procurando su armonización con la Constitución y el ordenamiento jurídico. En ese sentido, en la medida en que la Ley N.º 31751 no vulnera manifiestamente derechos fundamentales, sino que, más bien, les da mayor alcance, no corresponde cuestionar la labor legislativa a través de actuaciones judiciales de la naturaleza de un acuerdo plenario. Insistimos, la interpretación de desproporcionalidad de la

ley no está dirigida a negar cualitativamente un plazo determinado de suspensión, sino que se trata de un desacuerdo, de raigambre *político*, respecto a la cuantificación del plazo legislativamente impuesto. De ahí que los argumentos del supremo órgano del Poder Judicial tampoco sean válidos, desde el mérito del razonamiento.

De otro lado, como parte de las repercusiones generadas por el criticado Acuerdo Plenario, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema emitió el 21 de diciembre de 2023 la Sentencia de Apelación N.º 87-2023/Cajamarca. En ella, aplicando la técnica del *overruling*, el Tribunal, a tenor literal, modificó el criterio jurisdiccional acuñado en las mencionadas trece ejecutorias para aplicar ahora lo establecido en dicho instrumento de doctrina legal. Esta técnica es una institución propia de la teoría del precedente, para la cual es importante tener claridad sobre ciertos conceptos previos que permitirán delimitar sus alcances.

Para entender correctamente la función del *overruling* en el sistema del *case law*, es necesario previamente comprender el concepto de precedente judicial, y su distinción con el de jurisprudencia. Taruffo (2016), sobre el particular, explica lo siguiente:

En efecto, el verdadero precedente se encuentra constituido o puede encontrarse constituido, por una decisión que posteriormente es considerada como una regla que también se aplica a los casos siguientes. En cambio, la jurisprudencia se encuentra constituida por un conjunto de decisiones que incluso puede ser numeroso y pueden incluir cientos o miles de sentencias sobre las mismas cuestiones de derecho. No es extraño entonces que la jurisprudencia pueda ser (y, a menudo es) redundante, variable, ambigua y contradictoria, ya que sobre la misma cuestión de derecho se pueden verificar orientaciones interpretativas distintas y variables. Radicalizando el discurso (pero no demasiado) se puede decir que una jurisprudencia como aquella producida por la Corte de Casación italiana resulta equiparable a una especie de inmenso supermercado donde, con la debida paciencia, todos pueden encontrar lo que quieren (y también lo opuesto) (p. 332).

Mientras que, a través del precedente, la Corte Suprema fija reglas interpretativas de carácter vinculante para los órganos inferiores del sistema jurídico en el que se erige (penal, civil, administrativo u otros), la jurisprudencia pone de manifiesto una (ratificación de casos) o múltiples líneas decisorias en virtud de las características específicas de cada caso. Se entiende, por tanto,

que la jurisprudencia es dinámica, mientras que el precedente es, por regla general, estático. Sin embargo, dicho carácter no supone una atadura permanente del Tribunal al criterio que se asuma. Los precedentes perduran virtualmente en el tiempo, pero pueden cambiar siempre que las circunstancias fácticas así lo exijan. Es así que surge el *overruling*, como herramienta técnica que permite variar una regla vinculante, expresamente establecida en una resolución judicial, por otra, atendiendo a criterios de necesidad fáctica y jurídica. A propósito de esto último, Alonso García (1984) citando al juez del Tribunal Supremo de los Estados Unidos J. Douglas, y demostrando el dinamismo de la sociedad y la necesidad de los cambios normativos, pone de manifiesto que,

Podemos obtener de aquellos que nos precedieron el sentido de la continuidad social, extraer de su saber el sentimiento de respeto por la estabilidad de sus principios y doctrinas. Pero vivimos experiencias que ellos no vivieron. Nuestro punto de vista puede ser mejor o peor, pero es nuestro, hagamos nuestra historia antes de dejarnos gobernar por los muertos (como se citó en Morales, 2017, p. 17).

El *overruling*, por tanto, es una técnica que se utiliza a efectos de variar precedentes, y no líneas jurisprudenciales ni criterios interpretativos contenidos en instrumentos de doctrina legal. Como se ha establecido ya, el precedente dista de la jurisprudencia, y es precisamente a partir de dicha distinción que el operador de justicia puede elegir la técnica idónea para formular un fundado apartamiento respecto del primero. En ese sentido, atendiendo a que lo resuelto antes de la emisión del acuerdo plenario corresponde a una línea interpretativa literal de la ley, más no a una regla de aplicación propia de un precedente, no era necesario el uso del *overruling* para procurar su cambio, sino, más bien, justificar suficientemente la aplicación del criterio particularizado asumido en determinado caso. De ese modo, si las Salas Penales de la Corte Suprema consideraban, en todo caso, que la norma del modificado artículo 84 del CP era desproporcionada, debería haberse inaplicado en cada uno de los trece casos en los que amparó, a través del control orgánico difuso, lo que supondría su elevación a la Sala Constitucional y Social del mismo órgano supremo, para su confirmación o rechazo. Sin embargo, lo que se pretende en dicha casación es aplicar una técnica incorrecta para darle legitimidad jurisprudencial al criterio del Acuerdo Plenario N.º 05-2023/CIJ-112. No sería jurídicamente coherente juzgar favorablemente la aplicación de la ley en trece casos para luego

eludirla utilizando una interpretación inidónea, contenida en un instrumento de plena invalidez legal y constitucional.

Finalmente, como se señaló, la argumentación utilizada para justificar la presunta desproporción de la norma giró en torno a la prevalencia de valores ajenos a los derechos que, a su vez, le alcanzan al imputado. La invocación específica a la seguridad ciudadana, que no se niega de ningún modo tenga validez, responde a un interés de, entre otros, política criminal. Esto claramente prevalecerá si se parte de una concepción punitivista del proceso penal. Ello, sin embargo, en el marco de su constitucionalización y convencionalización, no resultaría válido, en la medida en que con dicho razonamiento se soslaya su concepción garantista, conforme se le construye en la actual y moderna concepción de Estado democrático. Al ser el proceso penal concebido como una herramienta de contención contra la arbitrariedad estatal, desatender a la necesidad de plantear un plazo determinado de suspensión, que procure la seguridad jurídica a través del contenido mismo de la norma, supone una lógica punitiva e inquisitiva que resulta contraria a la Constitución. Este mecanismo está construido desde una visión ontológica basada ineludiblemente a partir del artículo 1 de la Carta Política: “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”. En dicha medida, aun cuando la lucha contra la delincuencia, un problema innegablemente actual, por cierto, esté reconocido y constituido como un valor institucionalizado, el razonamiento ponderativo no puede solo formularse con un grupo de principios en la balanza, desconociendo aquellos que claramente complicarían la adecuación constitucional de la construcción argumental con tendencia punitivista.

Bajo dicha consigna, es que el Estado constitucionalizado y convencionalizado procura que la interpretación de las normas deba siempre prevalecer aquella que favorezca en mayor medida al ciudadano afectado por la actuación estatal. Inevitablemente, aun cuando la víctima y demás partes procesales sean integrantes indispensables para la constitución del proceso, a quienes también se les garantiza tutela, el proceso penal afecta principalmente al imputado. En ese orden, entendiéndolo nuevamente como contención y no como medio para sancionar, toda interpretación debe dirigirse a otorgar mayor grado de *operancia* a los derechos fundamentales que a este último le alcanzan. El principio de

interpretación *pro homine*, que rige en el Estado constitucional y convencional, responde a aquel (...) criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre (Pinto, 1997, p. 163).

Este principio se condice, además, con la interpretación constitucional que se exige en la lectura de las normas legales, en el marco del Estado constitucional y convencional de derecho. Deberán siempre primar las garantías del ser humano afectado por las actuaciones estatales en específico, y las leyes deben ser interpretadas desde dicho enfoque. Precisamente, el Tribunal Constitucional de Chile, en el rol N.º 325-2001, 26 de junio de 2001 citando a Linares-Quintana, señala que,

En la interpretación constitucional debe siempre prevalecer el contenido teleológico de la Constitución, que si es instrumento de gobierno, también y principalmente es restricción de poderes en amparo de la libertad individual. La finalidad suprema y última de la norma constitucional es la protección y la garantía de la libertad y la dignidad del hombre. Por consecuencia, la interpretación de la ley fundamental debe orientarse siempre hacia aquella meta suprema. Y en caso de aparente conflicto entre la libertad y el interés del gobierno, aquella debe primar siempre sobre este último, porque no se concibe que la acción estatal manifestada a través de los cauces constitucionales pueda resultar incompatible con la libertad (Dirección de Estudios del Tribunal Constitucional del Chile, 2014, p. 309).

Lo expuesto refuerza la idea que el razonamiento formulado por el Pleno de las Salas Penales de la Corte Suprema es inválido por no seguir con el estándar constitucional exigido, además de no formular el examen de ponderación de conformidad con el principio *pro homine*, propio de la interpretación constitucional. Siendo ello así, claramente el Acuerdo Plenario N.º 5-2023/CIJ-112, no tiene legitimidad constitucional para ser utilizado, ni mucho menos los argumentos que en él se esbozan, para justificar la eventual aplicación sesgada de controles difusos por órganos de jerarquía inferior.

CONCLUSIONES

La suspensión del cómputo del plazo de prescripción de la acción penal surge en virtud

de la ausencia originaria o desconfiguración sobrevenida de alguna de las condiciones para su ejercicio válido o de los presupuestos procesales para impulsar formalmente el procesamiento. La justificación dogmática o material de su *operancia*, por tanto, no se justifica ni reduce al mero reconocimiento expreso de causales legales para dicho fin. Así, la suspensión no supone, sin más, la exigencia de un pronunciamiento en una vía extrapenal del que dependa la cuestión jurídica penalmente relevante. Es la obstaculización en la conformación debida del procesamiento lo que exige, por cuestiones de necesidad, la paralización, aplazamiento o, simplemente, suspensión del cómputo del periodo otorgado al Estado para la persecución del delito.

Esta institución se encuentra regulada en el artículo 84 del CP, cuyo texto normativo, antes de ser modificado por la Ley N.º 31751, de mayo de 2023, no fijaba un plazo determinado para sus efectos. La interpretación del texto primigenio suscitó múltiples criterios, plasmados en la jurisprudencia suprema, que generaron una situación de plena inseguridad jurídica por su falta de uniformidad. Ello se concretaba en una vulneración, en mayor o menor escala en cada caso en concreto, al derecho al plazo razonable. Es así que, con la referida modificación, atendiendo precisamente a la necesidad de *operancia* de este derecho, derivado del debido proceso adjetivo, el legislador planteó un periodo específico de suspensión que se redujo a un año. Tal disposición operaría, sin distinción, para todas las causales.

A partir de ello, la jurisprudencia suprema uniformemente emitió trece ejecutorias entre mayo y noviembre de 2023, aplicando la ley modificada en virtud de una interpretación literal del dispositivo. No se formuló cuestionamiento alguno sobre su validez en aquellas oportunidades, por lo que claramente se tuvo por solucionada la controversia respecto a la *operancia* de este efecto. Sin embargo, hacia finales de noviembre del mismo año, el Pleno de las Salas Penales de la Corte Suprema suscribió el Acuerdo Plenario N.º 05-2023/CIJ-112, a través del que se planteó, como doctrina legal, la inconstitucionalidad de los efectos de la Ley N.º 31751, generando un estado de incertidumbre respecto del uniforme criterio ya adoptado y sobre la legitimidad del instrumento a través del que se formuló.

El Acuerdo Plenario en cuestión resulta constitucionalmente inadecuado y, por tanto,

inválido, por varios motivos. **Primero**, a través de él no se puede derogar una ley o norma con dicho rango. Esa es una tarea o labor expresamente otorgada al Congreso de la República, en su condición de órgano legislativo. El Poder Judicial no tiene competencia para, a través de un instrumento emitido por él, sustraer una norma del ordenamiento jurídico. Solo será la ley aquel dispositivo capaz de derogar otra, en tanto ello solo puede suceder respecto de una norma de igual o superior jerarquía (principio de jerarquía). Ello determina, del mismo modo y, por tanto, que el acto sustractivo no podría operar a través de un instrumento jerárquicamente inferior.

Segundo, el Poder Judicial, a través del Pleno de sus Salas Penales, no es competente para anular normas a través del control orgánico concentrado de constitucionalidad, tal como encubierta y anti técnicamente ha realizado. Si un instrumento jurisdiccional declara la inconstitucionalidad de una norma con rango de ley, entonces, no hay posibilidad distinta de entender que se está ejerciendo control constitucional sobre ella. Si ello es así, es menester identificar qué tipo de control se está ejerciendo, a efectos de verificar su validez. Así, del tenor argumental de este instrumento, se advierte que se está analizando la norma en abstracto y no respecto de alguna controversia puntual. En ese sentido, no cabe duda que se está ejerciendo control concentrado sobre la Ley N.º 31751, situación para la que este poder estatal es plenamente incompetente, teniendo en cuenta que el Tribunal Constitucional es el que monopólicamente lo efectúa, por expreso mandato de la carta magna. No solo eso, sino que de la argumentación también se extrae que el control se realizó soslayando su excepcionalidad, en la medida en que no se procuró intento alguno de interpretación constitucional que salvara la juridicidad de la norma en el sistema jurídico.

Tercero, el Poder Judicial, a través de sus órganos, está sólo habilitado legal y constitucionalmente a efectuar control difuso sobre las leyes, a efectos, no de su anulación, sino para su inaplicación en casos concretos. Sin embargo, del mismo modo, ello no puede ser asumido como opción primera, en tanto ello resulta también una medida excepcional. Si ello es así, eso quiere decir que esta clase de control orgánico sólo puede realizarse en el marco de un litigio y manifestarse en la resolución judicial (decreto, auto o sentencia) en la que

él se resolverá. El Acuerdo Plenario, al ser una herramienta estrictamente interpretativa, no cumple con dicha condición, situación que claramente invalida la negada posibilidad de que éste sea expresión de control difuso. Se soslaya en la argumentación, del mismo modo, el ejercicio interpretativo conforme a la Constitución, de acuerdo a las propias reglas que el órgano supremo especializado en la materia prescribe, así como el trámite legal de elevación en consulta al mismo (Sala Constitucional y Social).

Cuarto, la naturaleza de los acuerdos plenarios es estrictamente interpretativa, y de ninguna forma derogatoria, anulatoria o modificatoria. La Corte Suprema ha sido clara en su propia jurisprudencia señalando que éstos, además de vinculantes, no son normas, sino que simplemente fijan criterios de interpretación. Es por ello que éstos no poseen la calidad de jurisprudencia, sino de doctrina legal. No supone la *reiterancia* de criterios en diversas de resoluciones judiciales, sino que es solo un instrumento en donde se aborda dogmáticamente determinada institución legal para efectos prácticos de uniformización interpretativa. En tal sentido, reiterando la *operancia* principio de jerarquía, no hay posibilidad que, aun cuando fuente de derecho, la doctrina tenga entidad para afectar de modo alguno a la ley. Lo dispuesto en la modificación del artículo 84 del Código Penal es un mandato legal expreso, lo que jurídica y lógicamente no puede ser sustraído a través de una fuente inequivalente.

Y, finalmente, quinto, el Acuerdo Plenario vulnera el principio de igualdad y no aplica el principio de interpretación *pro homine*, conforme se exige en clave de convencionalidad. Lo primero ocurre en tanto, tras haberse interpretado en trece ocasiones la norma en sentido literal, dando *operancia* al principio de legalidad penal, se asumió luego una posición distinta de forma injustificada. La argumentación puntualmente construida en este instrumento invalida en mayor medida la intención de deslegitimar la norma en cuestión en tanto desconoce las reglas y criterios de suficiencia que instituye la jurisprudencia constitucional. El o los motivos por los que se justificaría una decisión diferente ante supuestos de hecho idénticos sólo serían válidos siempre que se efectuará en virtud de un ejercicio de ponderación jurídicamente apropiado, que no sucede en este instrumento. No es posible ponderar solo con un grupo de valores y principios a un lado de la balanza, sin la más mínima intención de meritar aquel o aquellos otros que generarían contrapeso. Un análisis ponderativo correcto habría exigido

una mayor carga argumental, con la posibilidad de dar *operancia* al principio de interpretación conforme a la Constitución, engranada con aquella de carácter *pro homine*. Este último es el que, precisamente, debe primar frente a cualquier ejercicio de coerción de la actividad estatal que afecte al ciudadano.

De todo lo expuesto es posible concluir que dicho instrumento de doctrina legal es inválido, por ilegal e inconstitucional. Lo gravemente problemático con él es que, en la práctica forense, este se encuentra condicionando indebidamente a los jueces de grados inferiores a su aplicación, y subsecuente inaplicación de la ley penal, haciéndolo acrítica e irreflexivamente por constituir un mero mandato con fuerza, solo formalmente, vinculante. Esto, lógicamente, genera que los jueces no sometan a debate la invalidez del instrumento y, por tanto, del razonamiento que propone, replicando el sesgo cognitivo que ponen de manifiesto los jueces penales de la Corte Suprema sobre la materia. No se trata de inaplicar o aplicar caprichosamente la Ley N.º 31575 y, del mismo modo el Acuerdo Plenario N.º 05-2023/CIJ-112, sino de darle coherencia al ordenamiento jurídico sin desnaturalizar las instituciones y afectar la vigencia de su función comunicativa de las normas. En todo caso, podrá sustraerse la norma del sistema jurídico, pero tendrá que ser siempre prevaleciendo los mecanismos legal y constitucionalmente instituidos para dichos fines.

FUENTES DE INFORMACIÓN

Aguiló, J. (1994). La derogación en pocas palabras. Anuario de Filosofía del Derecho XI.

Alonso, E. (1984). La interpretación de la Constitución. Centro de Estudios Constitucionales.

Bermúdez, M. (2015). Jurisprudencia penal actual de la Corte Suprema 2010-2014. Legales Ediciones.

Betegón, J. et al (1997). Lecciones de teoría del derecho. McGraw-Hill.

Bianchi, A. (1992). Control de constitucionalidad, el proceso y la jurisdicción constitucionales. Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma.

Brage, J. (2014). La acción peruana de inconstitucionalidad. Pensamiento Constitucional.

Castañeda, S. (2015). Comentario al artículo 138 de la Constitución Política del Perú. en Gutiérrez, W. (Dir.). La Constitución comentada, análisis artículo por artículo. Gaceta jurídica.

Castillo-Córdova, L. (2006). Comentarios al Código Procesal Constitucional Tomo I. Palestra.

Consejo Ejecutivo del Poder Judicial del Perú (2020). Guía metodológica, plenos jurisdiccionales superiores. Centro de Investigaciones Judiciales

Dirección de Estudios del Tribunal Constitucional de Chile (2014). Jurisprudencia constitucional, Tomos V, VI y VIII, sentencias pronunciadas entre 1998 y 2005, roles N.º's 281-463. Tribunal Constitucional de Chile.

García, J. (2023). Teoría del derecho, una introducción. Zela.

García, A. (1984). La interpretación de la Constitución. Centro de Estudios Constitucionales.

Grandez, P. (2022). El control constitucional difuso y el control convencional: Algunos problemas de articulación. Fondo Editorial del Poder Judicial del Perú.

González, G. y Campos, J. (2009). El sonido de la razón y la furia de la dogmática: La doctrina y la jurisprudencia en la comprensión del derecho y sus fuentes. Foro Jurídico PUCP.

Gozaíni, A. (2021). Sentencias constitucionales. Rubinzal Culzoni.

Hakansson, C. (2014). El proceso de inconstitucionalidad, una aproximación teórica y jurisprudencial. Palestra.

Hakansson, C. (2019). Curso de derecho constitucional. Palestra.

Ley N.º 31751. Ley que modifica el Código Penal y el Nuevo Código Procesal Penal para modificar la suspensión del plazo de prescripción. 25 de mayo de 2023.

Linares-Quintana, S. (1953). Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional Argentino y Comparado, Tomo I. Editorial Alfa.

Maier, J. (2013). Derecho Procesal Penal, Parte general, sujetos procesales. Editores del Puerto.

Monroy, J. (2021). Teoría general del proceso. Communitas.

Morales, F. (2017). Los precedentes constitucionales vinculantes y su aplicación por el TC, análisis jurisprudencial de la última década. Gaceta jurídica.

Nogueira, H. (2004). Consideraciones sobre las sentencias de los Tribunales Constitucionales y sus efectos en América del Sur. Ius et Praxis.

- Peces-Barba, G. et al (2000). Curso de Teoría del Derecho. Marcial Pons.
- Pinto, M. (1997). El principio pro homine, Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos, en Abregú, M. y Courtis, C. (Comp.). La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales. Editores del Puerto.
- Roy Freyre, L. (2018). Causas de extinción de la acción penal y de la pena. Gaceta jurídica.
- Rubio, M. (2010). Sistema jurídico, introducción al derecho. Fondo Editorial PUCP.
- Taruffo (2016). Consideraciones sobre el precedente. Revista Ius Et Veritas N.º 23.
- Zagrebelsky, G., Marceno, V. y Pallante, F. (2020). Manual de Derecho Constitucional. Zela.
- Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, R.N. N.º 1920-2006/Piura, 8 de agosto de 2006.
- Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, R.N. N.º 1237-2011/Lima, 09 de diciembre de 2011.
- Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, Casación N.º 50-2018/Lima, 17 de octubre de 2018.
- Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, Casación N.º 46-2018/Nacional, 17 de abril de 2019.
- Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, Casación N.º 34-2018/Sala Penal Nacional, 06 de junio de 2019.
- Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, Casación N.º 35-2018/Sala Penal Nacional, 21 de agosto de 2019.
- Sala Penal Especial de la Corte Suprema, Auto de apelación N.º 4-2018-1, 30 de junio de 2020.
- Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, R.N. N.º 2298-2019/Lambayeque, 21 de enero de 2021.
- Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, R.N. N.º 944-2019/Apurímac, 24 de junio de 2021.
- Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, Consulta N.º 14-2023/Nacional, 05 de julio de 2023.
- Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, R.N. N.º 1165-2022/Lima, 13 de julio de 2023.
- Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, R.N. N.º 1538-2022/Lima, 13 de julio de 2023.
- Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, R.N. N.º 159-2022/Lima, 18 de julio de 2023.
- Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, Extradición Activa N.º 42-2023/Lima, 31 de julio de 2023.
- Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, R.N. N.º 1245-2022/Lima Sur, 08 de agosto de 2023.
- Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, Apelación N.º 48-2023/Ucayali, 11 de agosto de 2023.
- Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, Casación N.º 1387-2022/Cusco, 29 de agosto de 2023.
- Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, R.N. N.º 686-2023/Lima, 21 de noviembre de 2023.
- Sala Penal Especial de la Corte Suprema, Sentencia del expediente N.º 1-2014, 5 de septiembre de 2023.
- Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, Queja excepcional N.º 471-2022/Lima este, 6 de octubre de 2023.
- Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, R.N. N.º 1480-2022/Amazonas, 19 de octubre de 2023.
- Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, Apelación N.º 69-2023/Apurímac, 26 de octubre de 2023.
- Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, R.N. N.º 1417-2022/Lima, 06 de noviembre de 2023.
- Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, Apelación N.º 8-2023/Corte Suprema, 10 de noviembre de 2023.
- Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, R.N. N.º 686-2023/Lima, 21 de noviembre de 2023.
- Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, Apelación N.º 87-2023/Cajamarca, 21 de diciembre de 2023.
- Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema, Consulta N.º 17151-2013/Lima, 22 de julio de 2014.

Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema, Consulta N.º 1618-2016/Lima Norte, 16 de agosto de 2016.

XII Pleno jurisdiccional de las Salas Penales Permanente, Transitoria y Especial, Acuerdo Plenario N.º 05-2023/CIJ-112, 28 de noviembre de 2023.

Tribunal Constitucional, Sentencia recaída en el expediente N.º 1124-2001-AA/TC, 11 de julio de 2002.

Tribunal Constitucional, Sentencia recaída en el expediente N.º 007-2002-AI/TC, 27 de agosto de 2003.

Tribunal Constitucional, Sentencia recaída en el expediente N.º 020-2003-AI/TC, 17 de mayo de 2004.

Tribunal Constitucional, Sentencia recaída en el expediente N.º 0005-2004-AI/TC, 9 de junio de 2004.

Tribunal Constitucional, Sentencia recaída en el expediente N.º 1211-2006-AA/T, 14 de marzo de 2006.

Tribunal Constitucional, Sentencia recaída en el expediente N.º 0004-2006-PI/TC, 29 de marzo de 2006.

Tribunal Constitucional, Sentencia recaída en el expediente N.º 047-2004-AI/TC, 24 de abril de 2006.

Tribunal Constitucional, Sentencia recaída en el expediente N.º 04959-2008-PHC/TC Lima, 01 de septiembre de 2009.

Tribunal Constitucional, Sentencia recaída en el expediente N.º 00014-2009-PI/TC, 25 de agosto 2010.

Tribunal Constitucional, Sentencia recaída en el expediente N.º 02132-2008-PA/TC, 9 de mayo de 2011.

Tribunal Constitucional, Sentencia recaída en el expediente N.º 00295-2012-PHC/TC Lima, 14 de mayo de 2015.

Tribunal Constitucional, Sentencia recaída en el expediente N.º 00742-2019-PA/TC, 7 de octubre de 2021.

Tribunal Constitucional, Sentencia recaída en el expediente N.º 03580-2021-HC/TC Lima, 04 de octubre de 2022.

Tribunal Constitucional, Sentencia recaída en el expediente N.º 00985-2022-PHC/TC Lima, 22 de noviembre de 2022.

Tribunal Constitucional, Sentencia recaída en el expediente N.º 01063-2022-PHC/TC Lima, 28 de noviembre de 2023.

**CRIMINOLOGÍA DEL GENOCIDIO
REFLEXIONES EN TORNO A LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL
DE LUIS ECHEVERRÍA DURANTE LA GUERRA SUCIA**

**THE CRIMINOLOGY OF GENOCIDE
REFLECTIONS ON CRIMINAL RESPONSIBILITY
OF LUIS ECHEVERRÍA IN DIRTY WAR CRIMES**

Alan García Huitrón
<https://orcid.org/0000-0002-6462-5785>
Centro de Investigación (CDI) de Flores Serna & Asociados
alangerhuitron@gmail.com
México

Recibido: 30 de abril del 2024.

Aceptado: 30 de julio de 2024.

SUMARIO

- Introducción
- Metodología
- Marco teórico
- Análisis
- Conclusión
- Fuentes de información

RESUMEN

El objetivo del artículo fue reflexionar, desde la criminología, el papel del expresidente mexicano Luis Echeverría en la desaparición forzada de Rosendo Radilla Pacheco ocurrida en 1974. A partir de un análisis documental de la figura de la cadena de mando militar y del contexto situacional, estructural e intersubjetivo del ejército mexicano durante la época conocida como *guerra sucia*, se pudo demostrar que Echeverría fue un genocida y junto con el ex secretario de la Defensa Nacional y otros jefes de sección y zonas militares actuaron como parte de una empresa criminal a fin de llevar a cabo un plan estructurado tendiente a erradicar -fuera del Estado de derecho- todo lo que fuera, pareciera, apoyara o simpatizara con las gavillas (término usado para aquellas personas que buscaban modificar las condiciones sociales en un horizonte de justicia).

PALABRAS CLAVE: Criminología, Genocidio, Guerra sucia, Luis Echeverría, Rosendo Radilla

ABSTRACT

The objective of the article was to reflect, from criminology, on the role of former Mexican president Luis Echeverría in the forced disappearance of Rosendo Radilla Pacheco that occurred in 1974. Based on a documentary analysis of the figure of the military chain of command and the situational, structural and intersubjective context of the Mexican Army during the era known as the Dirty War, it was possible to demonstrate that Echeverría, the former Secretary of National Defense and other leaders section and military zones acted as part of a criminal enterprise in order to carry out a structured plan aimed at eradicating - outside the rule of law - everything that was, seemed, supported or sympathized with the sheaves (term used for those people who sought to modify social conditions within a horizon of justice).

KEY WORDS: Criminology, Dirty War, Genocide, Luis Echeverría, Rosendo Radilla

INTRODUCCIÓN: OBSTACULIZANDO LA JUSTICIA

El presente texto se enmarca en la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH) *Caso Rosendo Radilla Pacheco y sus familiares vs el Estado mexicano*, del 23 de noviembre de 2009, particularmente, en la primera recomendación relacionada a la obligación de investigar los hechos e identificar, juzgar, y en su caso, sancionar a los responsables.

Para cumplir este punto, desde 2007 la Subprocuraduría Especializada en Investigación de Delitos Federales (SEIDF) de la actual Fiscalía General de la República (FGR) ha reunido diversos elementos probatorios entorno al Ejército mexicano, acusado de detener, interrogar, torturar y desaparecer al señor Rosendo, así como de negar los datos sobre su paradero. Uno de los últimos análisis sobre este punto, obrado en la carpeta de investigación del caso, fue el del Dr. Carlos Castresana Fernández, mismo que recomienda profundizar y esclarecer la figura jurídica de la cadena de mando en la institución castrense que permita deslindar y determinar las verdaderas responsabilidades penales.

De esta manera, partiendo tanto de la sentencia de la Corte Interamericana y su supervisión de cumplimiento a través de las resoluciones de 2011, 2012, 2013 y 2015 como de los puntuales avances que la Subprocuraduría ha obtenido respecto a esa particular obligación, los objetivos particulares analizarán la figura militar de la cadena de mando, así como el contexto situacional, estructural e intersubjetivo del ejército mexicano durante la época conocida como “guerra sucia”, con la finalidad de aportar elementos probatorios que permitan determinar los diferentes grados de responsabilidad penal (ejecutores, superiores y partícipes) por medio de las figuras autor mediato, empresa criminal conjunta y responsabilidad del superior jerárquico.

Se trata de no únicamente describir la figura jurídica de la cadena de mando bajo condiciones ideales y controladas (deber ser), sino de explicar cómo ella operó bajo ciertos contextos situacionales, estructurales e intersubjetivos que incidieron en la participación militar de graves violaciones de derechos humanos en tales periodos (ser), buscando así responder a las interrogantes de por qué el ejército participó en estas conductas delictivas, cómo es que lo hizo, quién o quiénes participaron y de qué forma. Por supuesto, no se busca justificar los actos criminales perpetrados ni sumarse a su impunidad estructural, pero tampoco adelantarse a concluir juicios sumarios a todos aquellos militares de la época, por el contrario, centrarse en quienes son potencialmente los verdaderos responsables para, en este sentido, conducir las líneas de investigación vigentes hacia su juzgamiento y sanción.

La hipótesis que guía estos objetivos es que el expresidente Echeverría fue responsable de genocidio durante la “guerra sucia”, actuando junto con otros actores de estirpe militar

como parte de una empresa criminal a fin de llevar a cabo un plan estructurado tendiente a erradicar a las gavillas (término usado para aquellas personas que buscaban modificar las condiciones sociales en un horizonte de justicia).

En vista del reciente fallecimiento por causas naturales de Luis Echeverría Álvarez en julio del año 2022, este estudio toma especial relevancia pues, desde entonces, han sido constantes las voces que piden no olvidar la participación de dicho personaje en sucesos de violencia política como: los ocurridos en Tlatelolco el 2 de octubre de 1968; en el Casco de Santo Tomás el 4 de noviembre de 1970; en junio de 1971 en la Universidad Autónoma de Nuevo León (UANL); el 10 de junio de 1971 en la Avenida de los Maestros; el ataque al periódico Excelsior en agosto de 1972; en la Guerra “Sucia” o Terror de Estado durante su sexenio, o bien, en la expropiación del Valle del Yaqui en 1976.

Y es que, si bien Echeverría ha sido el único exmandatario mexicano en ser llevado ante la justicia penal, luego de que la entonces Fiscalía Especial para Movimientos Sociales y Políticos del Pasado (FEMOSPP) -creada por el expresidente Fox para lograr legitimidad política en el 2000 (Jacheta, 2020, p. 211)- ejerciera acción penal por genocidio y crímenes de lesa humanidad por los hechos conocidos como “la matanza de Tlatelolco” y el “Halconazo o Jueves de Corpus”, dada su longeva edad y la existencia de “mecanismos de conveniencia entre el poder judicial y político” (Rodríguez, 2022) Echeverría nunca pisó la cárcel (pasará poco más de dos años en prisión domiciliaria), incluso, amparado desde 2009, fue puesto en libertad bajo reservas de la ley.

En efecto. Desde 1998, las víctimas de estos acontecimientos han vivido un completo calvario procesal. En ese año, integrantes del Comité 68 denunciaron a Echeverría y a doce ex servidores públicos por los hechos ocurridos el 2 de octubre del 68 y el 10 de junio del 71 en la entonces Procuraduría General de la República (PGR), quien en noviembre de ese mismo año resolvió no proceder, pues los delitos -adujeron- habían prescrito, motivo por el cual el Comité impugnó mediante juicio de amparo ante el Poder Judicial, el cual en abril de 1999 ordenó a la Procuraduría atender la denuncia; ésta, a su vez, interpuso recurso de revisión, el cual fue turnado al Tribunal Colegiado, quien se declaró incompetente y turnó el asunto a

la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN),¹ instancia que en enero de 2002 ordenó integrar la averiguación por genocidio.

Tras la resolución de la Corte, y en un segundo acto, la PGR turnó la denuncia a la recién creada FEMOSPP, quien a través de su Agente del Ministerio Público ejerció acción penal en noviembre de 2005 en contra de los implicados y solicitó órdenes de aprehensión, las cuales se cumplimentaron en junio/julio de 2006; no obstante, dos años después y luego del amparo interpuesto por parte de la defensa de Echeverría, un juez del Tercer Tribunal Unitario ordenó su liberación, considerando nuevamente que los delitos habían prescrito, con lo cual la PGR -que antes había aducido lo mismo- apeló la decisión por segunda ocasión, esta vez, ante el Segundo Tribunal Unitario, quien en noviembre de 2006 liberó la orden de aprehensión en contra del expresidente para su posterior prisión preventiva, la cual en virtud de su estado de salud y edad habría de llevarse a cabo en el domicilio del propio inculgado.

Esta histórica decisión, como parte del último acto, será nuevamente impugnada por la defensa del imputado en marzo de 2007, generando que el asunto fuese turnado al Tercer Tribunal Unitario el cual, si bien concluyó en que existían pruebas del delito de genocidio en los aludidos hechos, éstas no conducían a la participación de Echeverría, por lo que concedió el amparo y, con ello, suspendió el auto de formal prisión, cuestión que resolverá definitivamente en marzo del 2009 el Quinto Tribunal Colegiado, ratificando el amparo y resolviendo que no quedaba demostrada la responsabilidad de Echeverría en la comisión del delito de genocidio, ordenando su liberación definitiva por falta de elementos para procesarlo. Desde entonces, la PGR -hoy Fiscalía General de la República (FGR)-, ha realizado más de cien diligencias; muchas derivadas del amparo promovido por el Comité 68 en 2018, año en que se cumplieron cincuenta años de la “Matanza de Tlatelolco”.

En el entendido de que “el crimen de genocidio es imprescriptible no solo en cuanto a sus consecuencias penales, sino también en cuanto

a sus efectos civiles, es decir, resarcitorios o reparadores” (Zaffaroni, 2012, p. 8), y tras la muerte de Echeverría, el Comité comunicó:

Exigimos la continuación de los procesos judiciales, la lista de perpetradores es conocida por todos y continúan gozando de impunidad y la protección del poder político oficial. Exigimos una reforma al sistema judicial para que ningún crimen de Estado en contra del pueblo quede impune y jamás se vuelva a cometer. Los crímenes de lesa humanidad no prescriben. Insistimos en el acceso pleno a la justicia, la reparación del daño y la garantía de no repetición. Demandamos la extinción de dominio de los cuantiosos bienes de Echeverría para ser aplicados en favor de sus víctimas. (Comité 68, 2022).

El asunto, por supuesto, no es mera anécdota. Se trata de graves e impunes crímenes y violaciones a derechos humanos con funestas consecuencias victimológicas tanto en las personas directamente afectadas como en la memoria colectiva de todo un país, comprometiendo su progreso social, cultural, económico y político. En este sentido, no hay informe internacional en materia de derechos humanos que no haga alusión al pendiente histórico que el Estado mexicano tiene con sus víctimas de los crímenes del pasado. Máxime que, desde 2011, nuestro país experimenta un cambio estructural en los ámbitos de la seguridad y la justicia a través del paradigma de derechos humanos que, a decir de Placencia (2015, pp. 170-178), implica entre otras cuestiones la responsabilidad del Poder Ejecutivo y sus agencias, que ahora tendrán que observar el principio de legalidad de manera amplia, no solo refiriéndose al tradicional formalismo, incluyendo en todos sus actos las obligaciones de respetar, proteger, promover y garantizar las necesidades y los deberes de prevenir, investigar, sancionar y reparar los daños.

Lo anterior debiese anular aquella resolución de la Corte de junio de 2005 en que “no se hizo consistir en si el crimen de genocidio era o no imprescriptible, sino si la Convención sobre Imprescriptibilidad podía contradecir el principio internacional y constitucional de irretroactividad de la ley” (Silva, 2006, pp. 250-251), para más bien, comprender que “la imprescriptibilidad de los crímenes de lesa humanidad y genocidio es un principio superior al de irretroactividad de los tratados y de la legislación secundaria” (Córdova, 2009, p. 588).

Restaría, entonces, solventar la supuesta insuficiencia de elementos de prueba que conecten la figura del entonces presidente -y antes secretario de gobernación- con los aludidos

¹ Si bien la SCJN reconoció la comisión del delito de genocidio, nunca atrajo el caso. Incluso, en junio de 2005, resolvió que antes de la adopción de la Convención sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y los de Lesa Humanidad por el Estado mexicano en el 2002, el genocidio no podía condenarse si transcurrió antes del año de 2002 y si las acciones dirigidas a que sea reparado se intentan después de 30 años del suceso.

crímenes de estado, particularmente, los relacionados a la mal llamada Guerra Sucia que, cabe señalar, estuvieron ausentes en los procesos penales antes mencionados y, con ello, aportar al todavía pendiente “análisis de la violencia política en México a través del estudio de las características sistemáticas y de la operatividad misma ejercida desde el Estado mexicano contra sus opositores, y las verdaderas causas que la animaron”, de acuerdo con la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH, 2022, p. 10).

METODOLOGÍA

Este estudio parte de un análisis documental con estrategias de investigación tanto transversales (exploratoria y descriptiva) como longitudinales (histórica), compuestas fundamentalmente por la técnica de la observación documental, entendida como “el tipo de observaciones o de datos que está contenido en escritos de diversos tipos, como instrumentos informativos” (Pardinas, 2005, p. 93). Esta información a recabar, como indica Hurtado, puede estar “bajo la forma de datos que pueden haber sido producto de mediciones hechas por otros, o como textos que en sí mismos constituyen los eventos de estudio” (2002, p. 427).

Este procedimiento se compone, a su vez, de las siguientes fases (véase Tabla I): primero, la búsqueda, identificación y análisis de la lógica normativa y orgánica (grados, cargos, deberes y funciones) de la figura de la cadena de mando del ejército mexicano, a través del análisis documental de la normatividad vigente en la época de los hechos (leyes, reglamentos y manuales).

Tabla I. Cronograma de actividades

| Actividades |
|--|
| Búsqueda, identificación y análisis de la figura de la cadena de mando del Ejército mexicano, en leyes, reglamentos y manuales vigentes durante la Guerra Sucia. |
| Identificación del contexto situacional de la Guerra sucia a partir del caso Rosendo Radilla, en los XXXIII tomos y anexos de la averiguación previa SIEDF/CGI/454/2007. |
| Identificación del contexto estructural e intersubjetivo del Ejército mexicano durante la Guerra sucia, en bibliografía especializada en la materia. |

Fuente y elaboración propia.

En segundo momento, la identificación del contexto situacional en términos de

la averiguación previa donde obran las constancias de la probable comisión del delito de desaparición forzada en contra del señor Rosendo Radilla y sus familiares por parte de elementos del Ejército mexicano el 25 de agosto de 1974 en Guerrero, en el marco de la *Guerra sucia*, esto, a partir del análisis documental de todos y cada uno de los XXXIII tomos y anexos que conforman dicha averiguación, donde se analizaron, cabe subrayar, las declaraciones ministeriales de diversos elementos militares de diferentes niveles y grados que fueron testigos durante la época de los hechos investigados, así como las inspecciones ministeriales al Archivo General de la Nación (AGN), y los respectivos dictámenes de análisis documental realizados por peritas y peritos sobre la documentación extraída de dicho acervo, en relación a la Secretaría de la Defensa Nacional (SDN) y otras instituciones como la Dirección Federal de Seguridad (DFS).

Finalmente, como última etapa, la identificación del contexto estructural e intersubjetivo del Ejército mexicano, que permita contextualizar, *historizar* y culturizar a los hechos ocurridos y a los actores participantes en aquellos años, por medio del análisis documental de bibliografía especializada en la materia.

Sobre la forma en que se realizó la búsqueda y los criterios seguidos para el muestro documental, cabe precisar lo siguiente. Al ser la cadena de mando un concepto jurídico y técnico-operativo de la milicia, la búsqueda se limitó a leyes, reglamentos y manuales del Ejército mexicano vigentes durante 1968 a 1975 (excluyendo el marco normativo anterior o posterior a tales fechas), período en el cual la participación del Ejército para enfrentar las revueltas sociales y la guerrilla fue pública e institucional, para lo cual se acudió al Archivo General de la Nación (AGN), donde obra documentación histórica. Para conocer el contexto situacional de la *Guerra sucia*, por su parte, se seleccionó a Rosendo Radilla, el único caso de desaparición forzada cometida por el Estado (Ejército) de los 275 casos comprobados por la CNDH en su Recomendación 26/2001, que llegó a la CoIDH, analizando su carpeta de investigación que obra en la actual FGR (más de 35 mil hojas). Finalmente, se consultaron en bibliotecas y en páginas institucionales y de la sociedad civil (CNDH, Centro Prodh, Archivos de la Represión de Artículo 19, Memoria y Verdad, Repositorio Digital M68 del Centro Cultural UNAM y el Mecanismo para la Verdad

y el Esclarecimiento Histórico del Gobierno mexicano) informes, reportes y libros sobre las categorías Ejército y *Guerra sucia*, esto, para conocer el contexto estructural e intersubjetivo del Ejército mexicano durante la *Guerra sucia*. En general, dada la naturaleza del estudio, se siguió un muestreo no probabilístico, técnica en la cual el investigador selecciona muestras basadas en un juicio subjetivo, relacionado a los objetivos que se buscan.

MARCO TEÓRICO: LA CRIMINOLOGÍA COMO DEFENSORA DE DERECHOS HUMANOS

Aunque históricamente la criminología “se dedicó al ladrón de bicicletas y se olvidó del asesinato masivo” (Morrison, 2012, p. 48) y de que aun cuando aborda estos temas lo hace con la lógica de “...no calificar al Estado como criminal...[salvo]... el hecho de que individuos que forman parte de los aparatos de Estado realicen conductas antisociales” (Durán, 2010, p. 75), su madurez científica (base humanista; ampliación teórica y metodológica del daño social; interdependencia de las definiciones jurídicas nacionales; disciplina de la complejidad; desideologización de la defensa social; crítico de la modernidad; carácter no eurocéntrico, y proyección política) permite analizar este tipo de “nuevas” cuestiones criminales que no ha sido ni son “...la vieja criminalidad de subsistencia, ejecutada por sujetos individuales, prevalentemente marginados...[sino]...la criminalidad del poder” (Ferrajoli, 2005, p. 73).

En efecto, con el pasar del tiempo, la criminología ha complejizado su objeto de estudio, permitiendo una visión caracterizada por la interdisciplina, la complejidad y la crítica; con las primeras dos, se ha pasado de la explicación de solo una dimensión del criminal como hecho natural y marginal a tratar de comprender a éste, como fenómeno criminal y funcional producto de diferentes contextos relacionados entre sí. Lo anterior ha incidido en que, en vez de causa, se hable de contextos como categoría diversa, relativa y compleja. La característica de la crítica, finalmente, ha sido fundamental para incluir tanto el análisis de las normas transgredidas por el fenómeno criminal investigado, como los fenómenos del delito de cuello blanco, los crímenes de estado y de mercado, marcadamente mucho más dañinos que los delitos convencionales, aunque con mayor impunidad.

De esta forma, a pesar de que nunca se le practicó el dictamen criminológico a Echeverría, en

realidad éste -como cualquiera de los que se practican y practicaban con el anterior sistema penal- no hubiese sido de utilidad, más que para “demostrar que la persona se parece al delito que se le imputa, incluso desde antes de cometerlo” (Foucault, 2007); un estudio contrario al derecho a la igualdad y no discriminación, al derecho penal de acto, así como a los principios de reinserción, legalidad, presunción de inocencia, prohibición de las marcas y del *non bis in idem* (SCJN, 2014 y 2016).

En su lugar, y siendo más afín a la “urgente transformación de la criminología en México, a fin de que se le conozca y reconozca como saber científico, contemporáneo y útil sobre el problema del crimen y su control” (García, 2022, p. 2), las páginas que siguen tienen por objeto probar, desde las características sociopolíticas del contexto, la participación del expresidente Echeverría en los sucesos mencionados a partir del caso representativo de Rosendo Radilla Pacheco -desaparecido por el Ejército mexicano en los 70s-; una de las obligaciones pendientes del Estado mexicano frente a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH) y, con ello, entrever una criminología del genocidio que busque “explicar los orígenes, las dinámicas, el contexto y las circunstancias que auspician esta forma extrema de violencia colectiva” (Álvarez, 2010, p. 2) y, así, “evitar los genocidios, pues el Derecho Penal Internacional no alcanza” (Universidad Popular Madres de Plaza de Mayo, 2012, p. 9).

ANÁLISIS

Rosendo Radilla Pacheco: el caso de la Guerra sucia

La detención arbitraria, tortura y posterior desaparición forzada, con su consecuente impunidad estructural, de Rosendo Radilla ocurrida desde agosto de 1974 en Atoyac de Álvarez, Guerrero, por parte de militares del ejército nacional mexicano no obedece a un hecho aislado ni marginal, mucho menos a una causa patológica, por el contrario, aquellas prácticas, junto a otras como la represión de manifestaciones o la vigilancia de opositores políticos, fueron parte constitutiva de una política de estado reactiva ante ciertas demandas, tendiente a la conservación del *statu quo* por medio de la violencia institucional. Un caso representativo de un contexto más amplio en una especie de ciclo de violencias que implicó varios procesos: primero, las condiciones de injusticia social que él y muchos habitantes de

Guerrero vivieron desde principios del siglo XX; segundo, los movimientos de insurgencia que, tras este descontento, aparecieron y en los cuales Rosendo intervino; tercero y cuarto, la respuesta del Estado mexicano a estos brotes de sublevación por medio de medidas de contrainsurgencia y de represión militar, mismos que alcanzaron la dignidad de Rosendo con su detención, tortura y, posterior, desaparición forzada. (García, 2023, p. 6).

Detrás de cada uno de estos procesos, a su vez hubo varios actores y acontecimientos que es preciso señalar. En primer lugar, la llamada *Guerra fría* como contexto internacional. Este sistema ideológico bipolar implicó, por parte de la población, levantamientos armados en diferentes países del mundo, del que abrevaron los movimientos mexicanos; por parte de los estados, prácticas propias de un terrorismo de Estado, provocando la caída de gobiernos no afines, o bien, condicionando los modelos de seguridad locales a la doctrina de seguridad nacional americana, acelerando la participación militar en temas de seguridad y demonizando a la insurgencia como la principal amenaza interna-externa; ambos casos, seguidos muy de cerca por el entonces presidente Echeverría (García, 2023, p. 7).²

La relación de la *Guerra fría* -en específico, el contexto norteamericano- y el ejército mexicano puede ser visto a través de diferentes puntos, sin afán de explicar la influencia castrense imperialista como factor determinante, pero sí tomarlo como elemento condicionante para cualquier sociedad dependiente (Piñeyro, 1985, p. 35). En primer lugar, las acciones de contrainsurgencia, entre otras, las de vigilancia y seguimiento del posible enemigo “comunista”, el uso de la población civil que ayudara a las operaciones militares como segundo, y la preparación táctica y estratégica de los militares, el tercero. (García, 2023, p. 7).

Del primero, resulta de trascendencia el hecho de que, de acuerdo con diversos documentos del gobierno de Estados Unidos desclasificados a principios del siglo XXI, la Agencia Central de Inteligencia (CIA) tuvo bastante injerencia en los años 60s a través de estos personajes, quienes eran identificados como LITEMPO 2 (Ordaz), LITEMPO 8 (Echeverría) y LITEMPO 12 (Barrios). (Morley, 2006). Aunque no

hay testimonios de que la CIA entregaba a Echeverría un resumen de inteligencia diario, como si existe evidencia con Ordaz (Aguayo, 2001, p. 105), es muy probable que así haya sido, pues “desde mediados de 1940, hubo colaboración del Departamento del Estado, el FBI y la CIA con la Secretaría de Gobernación mexicana y su Dirección Federal de Seguridad.” (Condés, 2007, p. 65).

El uso militar de población civil, considerado una táctica de contraguerrilla, también fue una constante por aquellos años. Según el *Manual de Guerra Irregular*, estas operaciones eran:

realizadas por las fuerzas armadas en o de una invasión o en contra de transgresores de la ley que empleen tácticas de guerrilla. Forman parte de las medidas de seguridad que adopta un comandante en su zona de retaguardia, para evitar que las operaciones regulares sufran interferencias ocasionadas por la acción de bandas de traidores y enemigos, para lo cual el comandante deberá emplear a todos los elementos organizados y aun a la población civil para localizar, hostigar y destruir a las fuerzas adversarias (SEDENA, 1995).

En este sentido, es preciso recordar el papel de la Brigada Blanca o Grupo de Sangre como grupo paramilitar, creada en 1972, pero reconocida hasta principios del siglo XXI, la cual era integrada por cientos de policías y militares, entre ellos, los generales Arturo Acosta Chaparro, Francisco Quiroz Hermosillo y el mayor Javier Barquín que serán imputados por diversos casos. Por otro lado, la población civil que ayudó a ubicar, cercar y aniquilar a los movimientos guerrilleros en el marco del denominado “Plan Telaraña” del Gobierno federal en 1971 para la erradicación de la guerrilla en Guerrero, y que tuviera como una de sus fases el acercamiento de los militares con población para obtener información, infiltrarse y proporcionar labor social; operación que surtió efecto en el caso Rosendo, donde Zacarías Barrientos, Abundío o Santiago Onofre Campos -madrina o dedo del Ejército- contribuyó a su señalamiento y, posterior, detención.

Como tercer elemento, la profesionalización táctica y estratégica de los militares. Además de pasar de 55 mil efectivos en 1960 a 82 mil en 1975, y de aumentar su presupuesto de 5,015.824.000 en 1960 a 6,717.642.000 en los 70s, es preciso observar cómo a partir de los años 60s el Ejército mexicano acelera fuertemente su profesionalización a través de diferentes hechos, según Piñeyro (1985, pp. 85-86): movilizaciones de miles de soldados como entrenamiento para la batida antiguerrillera y antisubversiva; los problemas tácticos variaron

2 “A pesar de la lealtad de los militares hacia el presidente durante la crisis, Echevarría todavía veía a los oficiales como posibles competidores por el poder político, no como futuros leales. El golpe de estado de 1973 contra Allende reforzó su actitud” (Al Camp, 2010, p. 70).

según el clima social, focalizándose en disturbios civiles y subversión, levantamientos armados, y problemas obreros, sindicales y agrarios; nuevo armamento; renovación de las transmisiones; reorganización de los Cuerpos de Defensa Rurales; rotación de mandos; elaboración masiva de manuales para la guerra irregular y el envío de militares para adiestrarse en EUA.

Respecto al punto de la educación y la doctrina militar, resulta interesante cómo de 1964 a 1974, más de 440 soldados y oficiales mexicanos recibieron entrenamiento en Estados Unidos y en la Zona del Canal de Panamá (Piñeyro, 1985, p. 106).³ Ello, como muestra Bautista (1976), significaba una histórica transición entre los viejos revolucionarios y una nueva élite militar, compuesta principalmente por los Diplomados del Estado Mayor (DEM) como Hermenegildo Cuenca Díaz, Eliseo Jiménez Ruíz, Jesús Gómez Ruíz, Juan Gerardo Chávez Vidal, Alfredo Cassani Mariña, José Domínguez Ramírez Garrido Abreu, entre otros, mismos que de alguna manera fueron parte del Ejército en 1974 en Guerrero, durante la investigación de los hechos. De lado de lo material, entre 1971 a 1974 fueron comprados a Bélgica 7,150 fusiles y ametralladoras y millones de cartuchos y refacciones, así como 100 aviones y 34 helicópteros (Piñeyro, 1976, pp. 171-178).

En segundo lugar, el contexto político nacional. Se ha dicho, y no con error -aunque sí con matices- que México es un ejemplo regional de la subordinación militar al gobierno civil; que, a diferencia de la mayoría de los países latinoamericanos, nunca vivió una dictadura militar o un golpe de estado militar (García, 2023, p. 7); que el ejército, en la *Guerra fría*, se mantuvo al margen de las operaciones de insurgencia y contrainsurgencia, y que sólo fue utilizado en últimas instancias. Si bien esto puede argumentarse con bastante evidencia, también es cierto que lo comentado líneas atrás no deja duda de que, al menos en las décadas de los 60s y 70s, el Ejército mexicano fue un actor sociopolítico clave. Como señala Piñeyro, “en el fortalecimiento del Estado mexicano moderno su brazo armado jugó un papel básico no solo con los servicios coercitivos a sectores contrarios al

naciente poder central, sino como ente político-ideológico” (1985, p. 133).

A diferencia de la historia de otros ejércitos del mundo, el Ejército mexicano actual tuvo un origen popular, en el contexto de la Revolución mexicana. Con el paso de tiempo, sobre todo con los gobiernos de Cárdenas y Camacho, se avanzará hacia su profesionalismo y su -parcial- subordinación al poder civil. Más que subordinación, aquí se postula que las relaciones entre el poder militar y el poder político, por lo menos en las épocas que provocan este análisis, son de intercambio (García, 2023, p. 7).

Así pues, si bien en los hechos que se investigan el ejército mexicano fue “ordenado para participar en misiones internas debido a la falta de eficiencia de sistemas políticos y judiciales, incapaces de neutralizar al crimen organizado o cuestiones de orden común (Benítez, 1999, p. 58), es absurdo pensar esta relación “acrítica, pasiva, mecánica, respecto a los gobiernos en turno” (López, 1999, p. 35).

Antes de Echeverría, represión militar; con Echeverría, represión militar. Ya a finales del gobierno de Ordaz -donde Luis fue secretario de Gobernación-, el secretario de la Defensa, García Barragán, hacía un diagnóstico de la situación del estado de Guerrero:

En criterio del general García Barragán los grupos que operan en Atoyac y Coyuca de Catalán, pueden tipificarse como guerrillas rurales por su ideología radical, armamento que poseen, adiestramiento y el adoctrinamiento que en la conciencia de los campesinos tratan de imbuir, sobre ideas de extrema izquierda, contando para este fin con el apoyo incondicional de numerosos profesores egresados de las escuelas normales rurales... (Oikión, 2007, p. 74).

La relación entre Luis Echeverría y el poder militar no era buena, por lo que rápidamente aquél, como se observó más arriba, otorgó diferentes concesiones al instituto armado, quien, a cambio, le juro lealtad para impedir que su gobierno fuese derrocado por conspiraciones comunistas y le pidió puestos políticos (García, 2023, p. 8). Los documentos estadounidenses desclasificados y que se encuentran en el Archivo Nacional de Estados Unidos, “dejan en claro que Echeverría utilizó la persecución contra los radicales de izquierda para aplacar a un ejército descontento y reforzar su posición de derecha.” (Doyle, 2003, p. 27).

Aquí la tesis seguida, entonces, es que al Ejército mexicano no le incomodó hacer valer su

3 “Documentos recientemente publicados por la embajada de Estados Unidos revelan que Echeverría tenía conocimiento claro de los halcones, y que su líder, el coronel Manuel Díaz Escobar, así como el subsecretario y el secretario de Relaciones Exteriores, José Gallástegui y Emilio Rabasa, solicitaron adiestramiento completo para estos hombres en Estados Unidos, meses antes de que tuviera lugar la represión” (Al Camp, 2010, p. 69).

naturaleza coercitiva; al final, para eso han sido creados (García, 2023, p. 8). Esto, claro, tiene que ser analizado, a partir del crisol de la cadena de mando, pues habrá militares que rechacen su participación en el combate a la guerrilla o al narcotráfico, a otros que le sea indiferente, y unos más a quienes les traiga vastos réditos.⁴

Piénsese, tan solo, en cómo algunos de los principales actores militares de esta época antiguerrilla, obtuvieron una importante participación política; tal es el caso del general de división DEM Elíseo Jiménez Ruíz, comandante de la 27^o Zona Militar de 1974 a 1976, quien fuera nombrado gobernador de Oaxaca en 1977, o bien, el del propio Hermenegildo Cuenca, secretario de la Defensa Nacional, designado candidato a gobernador de Baja California en diciembre de 1976.

Lo anterior no habría sido posible sin la histórica simbiosis entre poder político y poder militar surgida en los albores del hoy Partido de la Revolución Institucional (PRI) (García, 2023, p. 8). Si bien la maniobra de Cárdenas de incluir al ejército al ámbito político, en vez de promover un militarismo, tuvo como objetivo estratégico controlar a las fuerzas armadas, incluyéndolas y vigilándolas desde cerca, es claro que desde entonces fue generada una relación de compromisos entre ambas instituciones; no por casualidad, entre 1946 y 1964, cuatro generales dirigieron el Partido. (Al Camp, 1992, p. 79).

Tampoco resulta ajeno, entonces, los ordenamientos jurídicos vigentes (en los cuales, la participación de militares ha sido decisiva), que tienden un puente de relación directa entre el poder civil y el poder militar, sea con la doctrina del DN-II, la facultad del presidente de nombrar a oficiales superiores del Ejército, Armada y Fuerza Aérea, la figura del presidente como Comandante Supremo de las Fuerzas Armadas, y su facultad de disponer sobre ellas para la seguridad interior y la defensa exterior. Y mucho menos extraña, la ausencia -todavía

hoy- de un control democrático, constitucional y de derechos humanos sobre el instituto armado, por ejemplo: en el presupuesto y la compra de armamento; la definición clara y sin contradicciones de un marco constitucional de sus funciones; los ascensos militares; la ratificación de los principales jefes militares; la investigación de faltas graves en la dirección militar o de casos de corrupción de mandos; la asimilación del concepto de seguridad nacional al de seguridad interior en estricto sentido, la no adecuación a estándares internacionales del código de justicia militar, entre otros pendientes (Sierra, 1999).

Finalmente, en tercer lugar, el contexto intersubjetivo que entiende al ejército como un conjunto de personas profesionalizadas. Este, pretende dilucidar qué cuestiones individuales y culturales fueron significativas en la participación de los militares; sobre el comandante supremo, Luis Echeverría, se han advertido algunos puntos interesantes como lo fue la especie de delirio de persecución que sufría en el sentido de pensar en un posible golpe de estado proveniente no sólo de los guerrilleros con “conexiones internacionales”, sino incluso de parte de los propios militares; asimismo, cómo tenía cierta afinidad a los gobiernos de derecha, históricamente relacionados con acciones represivas frente a las demandas sociales; por último, se mencionó que durante el gobierno de su antecesor -Díaz Ordaz- Echeverría tuvo la clave LITEMPO 14 como espía para la CIA (García, 2023, p. 8). En 2013, las comunicaciones diplomáticas “LEA’S Travel: Is This Trip Really Necessary?”, y “President Echeverría’s U.N. Aspirations”, dados a conocer por WIKILEAKS, describían el carácter del expresidente con toques de megalomanía y mesianismo. Uno punto más, de igual importancia, era el contacto militar de Echeverría: por un lado, el “hermano de su suegro, el general Alberto Zuno Hernández, una figura regional sobresaliente que dirigió el Heroico Colegio Militar en 1939 y el Departamento de Caballería en 1941, y su mentor político, el general de división Rodolfo Sánchez Taboada, presidente del PRI y secretario de Marina” (Al Camp, 2010, p. 168).

De lado del secretario de la Defensa Nacional, Hermenegildo Cuenca Díaz, “se le consideró el símbolo de la modernización completa del ejército, pues fue el primer soldado completamente formado por el sistema profesional postrevolucionario que llegó a

⁴ Como recuerda un oficial, “una de las consecuencias más extraordinarias de mi experiencia ahí fue ver a campesinos ancianos atados y con los ojos vendados, y empezar a preguntarme qué hacíamos realmente ahí y por qué tratábamos a la gente de esa manera. No fue sólo un sentimiento mío, aunque lo expresé más abiertamente, sino el sentir de muchos otros oficiales jóvenes. De hecho, el sentimiento de insatisfacción con la misión militar de Guerrero se extendió tanto que muchos oficiales no fueron destinados ni a Guerrero ni a Oaxaca. La SEDENA nos separó intencionalmente después de esta misión para que no pudiéramos conformar un grupo unido para expresar nuestra insatisfacción” (Al Camp, 2010, p. 215).

ocupar el máximo mando estrictamente militar de la república” (Benítez, 2000, p. 38), lo que evidencia su distancia con el origen popular y antimilitarista de los generales revolucionarios y su cercanía, por el contrario, con el poder político central del entonces PRM -hoy PRI-, del que fuera senador -antes de su puesto militar- y candidato a gobernador de Baja California después de su participación (García, 2023, p. 8). “Fue el último secretario de Defensa que fue político y militar” (Villalpando, 2014, p. 334). Este acercamiento político, fue clave primero para ser candidato a senador por Baja California y luego para su salto a lo militar, pues, “desde comienzos de los sesenta, se distinguió por su proclividad hacia el trabajo policial, con su constante hostilidad hacia los opositores políticos de izquierda y las organizaciones sociales independientes” (Condés, 2007, pp. 95-98).

Similar análisis puede aplicarse al general de división Eliseo Jiménez Ruíz, quien antes de participar en los hechos de Guerrero en 1972, había estado en Jalisco para cooperar con autoridades civiles tras la agitación estudiantil en el caso Ladewig Ramírez, y en Nuevo León en 1971 para garantizar el orden tras las revueltas estudiantiles (García, 2023, p. 9), por lo que su traspaso de la 35° zona militar a la 27° zona militar a inicios de agosto de 1974, activa nuevas operaciones militares en las que Rosendo será desaparecido. Para él, “México tendría problemas como El Salvador, Nicaragua u otros países si se hubiera dejado crecer la guerrilla de Lucio, si no se apaga ese fuego... pero se apagó a tiempo. Se apagó con la ley” (Gómez, 2002).

En cuanto a los militares -demás generales, jefes, oficiales y tropa- que conformaron al instituto armado enfocado en combatir la guerrilla en Guerrero por aquellos años, si bien es complicado hacer un análisis pormenorizado de cada uno de ellos, es importante aquí mencionar la cultura militar como una lógica total que sostiene y refuerza este tipo de hechos, donde el poder encomendado se ejerce arbitraria y criminalmente. Como en su momento dilucidará el gran sociólogo de la vida cotidiana, Erving Goffman (2001), los ejércitos, al igual que otras instituciones como las prisiones, los orfanatos o los psiquiátricos, son instituciones totales (mundo dividido entre supervisados y supervisores, con actividades colectivas y reguladas -incluso las necesidades humanas- por una autoridad jerárquica y burocrática bajo un mismo espacio que comparten situación que, sin interacción con el exterior, suprimen la subjetividad entre supervisados y supervisores).

Si a lo anterior se agrega, por un lado, la naturaleza política y bélica del ejército en tanto busca destruir a un enemigo a través de la violencia legítima a fin de proteger al Estado y, por otro, un conservador y antimarxista ejército mexicano (Nunn, 1984, p. 49), están dadas las condiciones para la implementación de una masacre.

Camino a la justicia: cadena de mando como figura de responsabilidad criminal

Echeverría y los altos mandos del Ejército siempre han negado su participación en tal masacre. No sorprende, uno de los elementos de las masacres, criminológicamente hablando, ha sido y es la negación. De allí que, como propone Zaffaroni (2007, pp. 27-30), sea posible aplicar aquellas técnicas de neutralización de Sykes y Matza, a partir de las cuales se explica por qué los seres humanos violan las leyes en las que ellos mismos creen:

- 1. La negación de la responsabilidad.** “Yo no fui”, respondió Echeverría tras ser acusado en una entrevista de ser instigador en la matanza del 68 (24 horas, 2022). “Se reitera una vez más que el Ejército no intervino en la proyectada manifestación ni intervendrá en los asuntos propios de los estudiantes”, comunicó su gobierno luego de los sucesos del 1971 (The National Security Archive, 2006, p. 43). Respecto a la Guerra Sucia (en particular, el caso Radilla), el expresidente respondió con evasivas al cuestionario que la entonces Subprocuraduría Especializada en Investigación de Delitos Federales le aplicó en abril de 2018. En palabras del general Jiménez Ruíz, “no sé a qué le llamen Guerra Sucia, porque no hay guerras limpias ni sucias. Además, no estamos ni hemos estado en guerra en ningún momento. Así que no sé a qué se refieren cuando hablan de una Guerra Sucia» (Gómez, 2002).
- 2. La negación de la lesión.** “No fue para tanto”, dijo Luis en entrevista para CNI en 1998, diciendo que se exageró en el número de muertos en la masacre del 68 (24 horas, 2022). Sobre el 10 de junio, y en otro momento, Echeverría reviró con que esos sucesos lamentables no pueden calificarse de matanza (Suárez, 1979, p. 136); los estudiantes se pelearon con los Halcones, pero no hubo tal matazón realmente, sentenció (Castañeda, 1999, p. 72).
- 3. La negación de la víctima.** Revoltosos, agitadores subversivos, comunistas, maleantes, cuatrerros, gavilleros, delincuentes son solo algunas de las categorías que el Estado utilizó entre aquellos años para instaurar la imagen de un enemigo que alteraba el orden público y la paz social, y al cual era preciso eliminar;

el caso de Rosendo -como cientos más- es significativo, pues es detenido por componer corridos. En el conocido *Plan telaraña*, de hecho, el ejército tuvo como principal objetivo cooperar con el gobierno para erradicar las pugnas fratricidas y la existencia de gavillas.

4. **La condenación de los condenadores.** En los hechos particulares del 68, ha dicho que él -siendo secretario de Gobernación- no tuvo conocimiento de las acciones de represión; la orden al Ejército de atacar fue del presidente Díaz Ordaz -comentó-, quien en sus memorias póstumas sin embargo asumió la responsabilidad, más no la culpabilidad que, dijo, fue de su secretario (Fernández de Mendoza, 2007, p. 70). En cuanto a lo del 10 de junio de 1971, “fue una imprudencia de Alfonso Corona del Rosal, jefe de la policía, que era muy amigo y del cual dependían los Halcones”, comentó (Castañeda, 1999, p. 73).
5. **La apelación a lealtades más altas.** “Quieren calar a mi gobierno, pero los vamos a escarmentar... La izquierda me está toreando, quieren que muestre debilidad y entonces se me subirán a las barbas. Los meteremos al orden” (Castillo, 2022), comentó Echeverría respecto a la posterior manifestación del 10 de junio del 71. El Ejército, por su parte, en reiteradas ocasiones ha mencionado que “las fuerzas armadas actuaron de conformidad con las leyes vigentes y siempre en apoyo de las autoridades civiles” (Fuentes, 1983, p. 322). “Si no se apagaba ese fuego -la guerrillal tal vez se hubiera extendido, pero se apagó a tiempo. Se apago con la ley” (Gómez, 2002), respondió Ruíz al ser cuestionado sobre la actuación militar.

A diferencia del delincuente ordinario, el delincuente de cuello blanco o de Estado negará todo imputación, vestigio o prueba en su contra; difícilmente aceptará su responsabilidad, dando cuenta de cada detalle. No solo porque, aun su criminalización, sigue revistiendo cierto poder, sino por las consecuencias de la verdad revelada que, seguramente, harían tambalear la efigie misma del Estado. Por ello es por lo que “el requisito de la intención de destruir en el crimen de genocidio debería ser remplazado por un enfoque combinado que tenga por base la estructura y el conocimiento y que distinga de acuerdo al estatus y al rol de los perpetradores” (Ambos & Bôhm, 2010, p. 66).

Es claro que esta época no fue un mero accidente del parto en la historia del México moderno, o bien, un simple cumplimiento a las leyes vigentes que supuso la restauración del orden ante peligrosas revueltas sociales. Tanto

los contextos estructurales como situacionales e intersubjetivos, antes mencionados, permiten advertir que más que un accidente, la *Guerra sucia* fue una lógica que bien podría ser rastreada desde la misma colonización, la independencia y la revolución, donde lo que está en juego es el ejercicio mismo de poder; no por nada, los años sesenta y setenta representan una crisis más en la historia del capitalismo occidental en general y americano en particular.

Menos aún, supuso una simple restauración legal del orden, puesto que: 1) la legitimidad del poder político y militar estaba puesta en entredicho, dadas las condiciones de desigualdad, violencia y corrupción en que vivían miles de personas en diferentes puntos de la república, principalmente en Guerrero; condiciones, muchas veces, sostenidas por la participación militar; 2) si bien la utilización de los militares para esta “restauración” puede verse conforme a derecho, es claro que la constitución en ello, tenía -y tiene- varios defectos en términos de un control civil y constitucional de las operaciones militares, y 3) esta “restauración” fue hecha a través de una política de estado criminal con métodos propios de la Alemania nazi o de las dictaduras latinoamericanas como la desaparición forzada, mismos que no solo violaron los derechos humanos de quienes cometían delitos sino que se extendió a toda la población inocente, tal cual masacre.

Es en medio de este contexto, en que sucede el caso de la desaparición de Rosendo. Desde entonces, a casi 50 años, no se conoce su paradero, y solo por las constantes luchas de sus familiares el asunto se dio a conocer públicamente a nivel nacional e internacional a partir de finales del siglo XX y principios del XXI.

Dadas las características criminológicas del genocidio, entre ellas: participación de varios actos y actores; calidad estatal de éstos; intervención de instituciones jerarquizadas; multiplicidad de derechos violados; pluralidad de víctimas, y supresión de todo vestigio que lleve a conocer la verdad, una de las cuestiones más problemáticas para las víctimas en su derecho a la reparación integral del daño es la identificación, juzgamiento y sanción de las y los responsables. De allí que, desde el derecho internacional y ante dicha impunidad imperante frente a similares violaciones graves de derechos humanos, se hayan creado diversas figuras jurídicas de imputación a superiores, por ejemplo, la autoría mediata, la empresa criminal conjunta y/o responsabilidad del superior jerárquico, las cuales permiten deslindar y determinar las

diferentes responsabilidades más allá de los meros y sacrificados autores materiales.

La importancia de la cadena de mano es tal que, sin su existencia, el organismo militar no podría cumplir con sus principales funciones, dado que la esencia de éste radica precisamente en mandar y obedecer, para lo cual se estructura bajo una división del trabajo, a través de la cual la autoridad se reparte y la función se subdivide verticalmente en ramas cada vez más pequeñas, en cuyas terminales se encuentran los individuos (SEDENA, 1969, p. 37).

En México, la estructura normativa y orgánica del Ejército Nacional era y es rígida y vertical a través de seis grados jerárquicos que son, de forma descendente: presidente de la república, secretario de la defensa nacional, generales, jefes, oficiales y tropa, mismos que están organizados, de soldado a general de división, en diferentes armas: infantería, caballería, artillería, ingenieros, arma blindada y aeronáutica.

Como tal, el mando atraviesa a todos y cada uno de los niveles de organización militar, y es en quien se deposita la autoridad y la responsabilidad. Visto de otra forma, “desde el soldado hasta el general de división, todos los militares tienen como deber obedecer las órdenes porque es indispensable mantener intacta la disciplina” (Corona del Rosal, 1988, p. 255). De esta forma, en primer momento, está el mando supremo representado por el Presidente; seguido del alto mando del Secretario de la Defensa; después, los mandos superiores que corresponden a los generales de los diversos grados; luego, los mandos de corporación, correspondientes a los coroneles en batallones o regimientos, y mayores y tenientes coroneles respecto a compañías o grupos; posteriormente, los mandos subalternos en términos de oficiales de diversos grados, a cargo de compañías y secciones, finalmente, los mandos de pelotón y escuadra (SEDENA, 1969, p. 27).

Dicho lo anterior, y dado que la obediencia debida no puede ser invocada como eximente de responsabilidad ni en favor de los operadores ni de los mandos, quienes debían tener conocimiento de lo que sucedía (Hirales, 2017, p. 150), es posible anotar lo siguiente aplicando diferentes modelos de imputación a superiores (Ambos & Ontiveros, 2018):

1. Vista la cadena de mando y el contexto criminológico, el expresidente Luis Echeverría Álvarez es responsable de los hechos que se investigan, a través de la figura

jurídica de la autoría mediata por dominio de la organización, en tanto se cubren los requisitos que demanda dicha figura, prevista en el artículo 13 de nuestro Código Penal Federal y en el artículo 25 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, a saber: existencia de una organización jerárquica, vertical y estructurada como lo era el Ejército mexicano; poder de mando sobre esta organización, de acuerdo al artículo 89 y 119 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) y los artículos 1, 2, 11 y 13 de la Ley Orgánica del Ejército; existencia de una diversidad de autores intercambiables;⁵ apartamiento o desvinculación del derecho de la organización militar, pues si bien su constitución y participación de forma fue constitucional, sus actos y consecuencias de fondo en términos de detenciones arbitrarias, tortura, desaparición forzada, ejecuciones extrajudiciales y demás violaciones graves de derechos humanos son ajenos tanto a las leyes civiles⁶ como a los tratados internacionales, por último, Echeverría pasó de actuar como ente individual a ser parte de la organización jerárquica como mando supremo, a manera de un todo estratégico, operativo e ideológico.

2. Los delitos cometidos durante la Guerra Sucia, particularmente los ocurridos en Guerrero durante los años 70s, no fueron consecuencia de actos individuales aislados, sino que constituyeron manifestaciones de una criminalidad colectiva, es decir, delitos que se llevaron a cabo por grupos de militares, policías, paramilitares y parapolicías que actuaron en extensión al cumplimiento del plan común denominado “Telaraña”.⁷ El Ejército Nacional actuó, de esta forma, como empresa criminal conjunta, una figura sustentada en jurisprudencia

5 La intercambiabilidad es uno de los principios de la orgánica militar. Según el Manual de Operaciones en Campaña, “significa que los diversos componentes destinados a cumplir misiones similares deberán ser capaces de relevarse unos a otros, de substituirse mutuamente, de sumar sus esfuerzos y, con todo ello, de lograr la continuidad en la acción u operación”. (SEDENA, 1969, p. 37).

6 “El militar no está excluido de obedecer las leyes civiles, en consecuencia, debe observar las leyes que rigen la vida civil y, a la vez, también el rígido estatuto militar” (Corona del Rosa, 1988, p. 255).

7 Plan que movilizó por lo menos a 3, 102 soldados de tropa, 87 oficiales, 23 jefes, aglutinados en 107 partidas militares y 1 General, además de un número indeterminado de Defensas Rurales y el apoyo aéreo, con tres helicópteros de la entonces PGR. Las zonas participantes fueron la 27 y la 35, así como los batallones de infantería 32, 48, 27, 49 y 50. (Noriega & Fuentes, 2015, p. 210).

del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia. Si bien el plan duró de abril de 1971 a fines de 1972, éste significó solo una etapa más dentro de la política de estado civil/militar tendiente a la eliminación del comunismo. Su importancia debe subrayarse en tres sentidos: por un lado, este plan hace notar la existencia de un plan de gobierno federal en contra de la guerrilla guerrerense; segundo, que este plan incluía, como parte esencial del mismo, a las zonas 27° y 35° militares, las tropas del 32, 48, 49 y 50 batallón de infantería, los refuerzos del 27 batallón de infantería y de la policía militar para actividades sociales y militares; tercero y último, aunque este plan advierte que los miembros del Ejército tenían que buscar, localizar, cercar y neutralizar o capturar a los maleantes, para su interrogatorio en el 2° Batallón de Policía Militar, en él, también se logra leer que su misión es “cooperar con el gobierno para erradicar las pugnas fratricidas y la existencia de gavillas”. Así, este objetivo combinado con los contextos estructurales, situacionales e intersubjetivos -antes desarrollados-, daba carta abierta a militares - pese a la no declaración de guerra y a que la actuación de los militares se regiría por procedimientos de operaciones irregulares en su aspecto contraguerrillas-⁸ de cometer violaciones graves a derechos humanos.

La figura de la empresa criminal conjunta puede presentarse, para el presente caso, como forma sistémica, donde miembros de unidades jerarquizadas cometen delitos sobre la base de un plan común, o bien, extendida, donde los coautores participan en actos delictivos que van más allá del plan común, pero que constituyen una consecuencia natural y previsible de la realización del plan.

3. Otra figura aplicable es la responsabilidad penal del superior jerárquico, contenida en documentos internacionales como el Estatuto de Roma y la Convención de Ginebra, la cual permite imputar al mando o mandos a cargo de los subordinados ejecutores de violaciones graves a derechos humanos a través de cuestiones como la omisión, los deberes, el no ejercicio de control adecuado ni la toma de medidas necesarias y razonables para prevenir ni reprimir los actos. En el tema específico del caso Rosendo, recuérdese que existen al menos dos fases con cadena de mando de responsabilidad penal del superior, por un lado, la detención arbitraria en un retén militar y, posteriormente, la tortura y desaparición sucedida en el cuartel de la 27° zona militar, por lo que es importante establecer lo siguiente:

- En cuanto al contexto que permitió las violaciones en contra del señor Radilla, es fundamental responsabilizar con superiores jerárquicos en vista de la cadena de mando vigente para aquéllos años: al presidente de la República, Luis Echeverría, y al secretario de la Defensa y los jefes del Estado Mayor, generales Hermenegildo Cuenca, Roberto Yáñez Vázquez y Alberto Sánchez López quienes, como mandos superiores del ejército mexicano, y omitiendo las medidas necesarias para impedir los hechos previsible, -pues existe evidencia de que, en el año de 1974, los altos mandos recibieron cartas por parte de decenas de campesinos, que denunciaban los crímenes cometidos por elementos del Ejército- tomaron potestad imperativa con sus subordinados para que éstos cometieran ciertos crímenes. Asimismo, al teniente coronel de Infantería DEM, jefe de la Sección 3 del Estado Mayor, quien era el responsable de la comunicación entre el mando territorial de la 27 y 35 zonas militares y el secretario de la Defensa, Cuenca, en el marco del Plan de Operaciones Telaraña y consecuentes.

8 En esto, dos puntos son importantes. Como se ha comentado a lo largo de este dictamen, no hay que perder de vista que una parte importante de los mandos del ejército mexicano -cualitativamente, no cuantitativamente- que combatieron la guerrilla durante la Guerra Sucia fueron adiestrados en Estados Unidos. De allí que sea importante mirar los manuales de contraguerrilla norteamericanos utilizados hasta ese momento -en los cuales, los mandos mexicanos pudieron ser educados-. De acuerdo con Cano (2013, pp. 11-14), el Counterinsurgency Operations de 1963 del Department of the Army, refiere que a la insurgencia se “le hace frente con la anti subversión, como parte de la contrainteligencia destinada a destruir la efectividad de las actividades anímicas subversivas por medio de la identificación, utilización, penetración, manipulación y represión de las personas, grupos u organizaciones que conducen, o son capaces de conducir, tales actividades...[Asimismo, que]...las fuerzas guerrilleras deben ser hostigadas y destruidas mediante operaciones de ataque y a la vez, se debe evitar el apoyo de la población civil local y/o externo de las potencias patrocinadoras.” Por otro, el *Manual de Guerra Irregular* de la SEDENA refiere; “una vez que ha sido eliminada o neutralizada la resistencia”. En otro apartado dice; “las operaciones para controlar al pueblo y sus recursos tienen tres objetivos que son: 1) detectar y neutralizar las acciones enemigas y, con ello, descubrir y eliminar a los traidores a la patria”. Otro más; “las operaciones psicológicas se planean para reducir o eliminar el apoyo de los partidarios o simpatizantes al enemigo”. Uno más; “Para alcanzar su finalidad no necesariamente se debe desaparecer o eliminar a la persona, sino que también se puede actuar anulándola o bien a través de ella allegarse recursos de cualquier naturaleza.” El último; “Se dará prioridad a la captura de guerrilleros que, a la eliminación de éstos, debido a la importancia que presenta el obtener información de los mismos.”

CONCLUSIONES

La desaparición forzada de personas es un grave crimen de estado que permanece impune. Más que un acto delictivo aislado y marginal, históricamente se ha presentado como una práctica generalizada y sistemática de represión social a cargo de los gobiernos.

Así fue durante las décadas conocidas como la *Guerra sucia*; oscuro período histórico mexicano, ubicado en la década del 60 y del 70, que tuvo como escenario graves violaciones a derechos humanos, cometidas por diversos agentes militares, policiales y paramilitares, quienes participaron junto al poder civil y político de entonces para aplastar a los movimientos de izquierda y, así, mantener el *statu quo*.

Si bien esta historia se mantuvo por mucho tiempo en silencio y ocultada en viejos archivos, la transición democrática vivida por nuestro país desde finales del siglo XX hasta nuestros días ha permitido conocer los casos, las historias, los testimonios y los crímenes en los que decenas y cientos de personas se reconocen como parte de aquella trágica memoria. Uno de ellos, es el del señor Rosendo Radilla - detenido arbitrariamente, torturado y desaparecido por elementos del ejército nacional mexicano en agosto de 1974 en Atoyac de Álvarez, Guerrero que gracias a sus familiares se ha posicionado en la historia contemporánea de la lucha por la justicia en México.

Luego de ser parte crucial de la Recomendación 26/2001 de la CNDH y de los cientos de casos analizados de la FEMOSPP, el caso Rosendo llegó a la CoIDH, quien en 2009 sentenció al Estado mexicano por violaciones a sus derechos y lo conminó, desde entonces, a cumplir con ciertas obligaciones. Una de ellas, es la de identificar a las personas responsables de este y demás hechos en mencionadas décadas, uniéndose así a los pendientes de justicia entorno a la guerra sucia, y ante los cuales no existe informe internacional en materia de derechos humanos sobre México, que no haga alusión.

La hoy FGR, quien ha tenido el caso desde 2007 a través de la intervención de diferentes agentes ministeriales, ha realizado importantes esfuerzos por cumplir con este importante objetivo, difícil de alcanzar en delitos como la desaparición forzada caracterizada por la falta o negación de información por parte de los

responsables y su interés por borrar cualquier vestigio que lleve al esclarecimiento de los hechos. Más aún, cuando el caso cumplirá próximamente 50 años de sucedido.

El presente estudio, se suma a estos esfuerzos de la Fiscalía por cumplir este importante objetivo que es la identificación, sanción y, posterior, juzgamiento de los responsables y, a partir de la materia criminológica, realiza un análisis documental de la figura de la cadena de mando militar y del contexto situacional, estructural e intersubjetivo del Ejército Mexicano durante la época conocida como *Guerra sucia*.

Uno de los puntos de mayor importancia es entender que, en México, la relación civil militar no es de subordinación, como la mayor parte de autores asegura, -al menos no, en los períodos analizados-, donde más que dependencia ciega, el poder militar y el poder político se han comprometido a través de ciertas prebendas del uno al otro, y de éste a aquél (poder, violencia, asensos, impunidad, entre otros bienes de intercambio).

Esta relación horizontal, más que vertical, permite integrar la teoría de corresponsabilidad, en tanto que el poder civil y el poder militar son responsables de lo ocurrido en aquellas fechas. De esta forma, a partir de los modelos de imputación como la autoría mediata, la empresa criminal conjunta y la responsabilidad del superior jerárquico por cadena de mando, se ha podido establecer la responsabilidad penal, primero, del ex presidente Echeverría, segundo, del ex secretario de la Defensa Nacional y sus jefes del estado mayor, así como del jefe de la sección 3 del Estado Mayor, y tercero, de generales, jefes y oficiales de zonas militares, cuarteles, batallones, compañías, partidas, agrupamientos, secciones y patrullas que actuaron en el marco del Plan Telaraña y las diversas operaciones militares que le secundaron, tendientes a erradicar -fuera del estado de derecho- todo lo que fuera, pareciera, apoyara o simpatizara con las llamadas gavillas.

Que Echeverría fuese, en la tipología de los perpetradores del genocidio (Mann, 2005, pp. 27-29), un homicida ideológico, intolerante, violento, temeroso, de carrera, materialista, disciplinado, camarada o burocrático, o bien, que tuviese o no un trastorno de personalidad con sus diversos componentes de alto egocentrismo, agresividad, indiferencia afectiva y labilidad es algo irrelevante, pues estos crímenes no son “el resultado de la toma del poder estatal

por alucinados racistas o alienados mentales que disfrutarían de las matanzas colectivas” (Feierstein, 2012, p. 91), si no se comprenden -como se intentó hacer en este texto- los procesos contextuales, históricos y relacionales que, en cuerpo, tiempo y espacio, permiten la fabricación, ejecución y mantenimiento de masacres como las analizadas en este texto.

Si bien Echeverría ha fallecido, el anterior análisis junto a la comentada interpretación de la imprescriptibilidad de los crímenes de genocidio como principio superior permitiría un acceso pleno a la justicia, la reparación del daño y la garantía de no repetición para los cientos de víctimas que, como Rosendo y su familia, siguen exigiendo la continuación de los procesos judiciales y el cese a la impunidad.

No olvidar, implica no repetir y prevenir. ¿Qué tanto del pasado pervive en el presente? ¿Qué tanto el presente se distingue del pasado? Actualmente México suma, en el marco de la lucha contra el delito, más de 100 mil personas desaparecidas, más de 500 mil víctimas de homicidio doloso y más de 85 millones de personas con al menos una carencia social; un contexto de genocidio por goteo (Zaffaroni, 2016, p. 121) en el que en 2014 desaparecieron 43 estudiantes de la Normal Rural de Ayotzinapa.

Al comparar los casos paradigmáticos de Radilla y de los 43 normalistas, “ambos casos demuestran una serie de prácticas sistemáticas. Los dos ocurrieron en el estado de Guerrero; asimismo, se trató de complicidad entre cuerpos policiales y paramilitares o grupos delincuenciales. De igual forma, la respuesta de las autoridades de los tres niveles de gobierno dejó mucho que desear, originando la intervención del derecho internacional de derechos humanos. Ambos casos indican que más que rompimiento entre guerras, existe continuidad.” (García & Cunjama, 2019, p. 46).

FUENTES DE INFORMACIÓN

Aguayo Quezada, S. (2001). *La charola. Una historia de los servicios de inteligencia en México*. Grijalbo.

Al Camp, R. (1992). *Los líderes políticos en México. Su educación y reclutamiento*. Fondo de Cultura Económica.

Al Camp, R. (2010). *Las fuerzas armadas en México democrático*. Siglo XXI Editores.

Álvarez, A. (2010). *Genocidal crimes*. Routledge.

Ambos, K. & Laura Bôhm, M. (2010). Una explicación criminológica del genocidio: la estructura del crimen y el requisito de la intención de destruir. *Revista Penal*, (26), 65-78.

Ambos, K. & Ontiveros Alonso, M. (2018). *Autoría y participación. Guía básica. Informe para el Programa Fortalecimiento del Estado de Derecho*. Cooperación Alemana al Desarrollo Sustentable en México (GIZ).

Bautista Rosas, R. J. (1976). *El ejército en el México actual: misión y perspectivas*. [Tesis de licenciatura, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México]. https://repositorio.unam.mx/contenidos/el-ejercito-mexicano-dentro-de-los-conceptos-sociologico-educacional-juridico-y-perspectivas-309627?c=VvGpw2&d=false&q=*. *&i=1&v=1&t=search_1&as=1

Benítez Manaut, R. (2000). *Siempre cerca, siempre lejos. Las fuerzas armadas en México*. Centro de Investigaciones Económicas y Políticas de Acción Comunitaria, A.C (CIEPAC) & Centro Nacional de Comunicación Social AC (CENCOS).

Benítez Manaut, R. (1999). Las fuerzas armadas: redefiniciones del fin de siglo. En J.L. Sierra Guzmán (Coord.), *El ejército y la Constitución mexicana. Combate al narcotráfico, paramilitarismo y contrainsurgencia* (pp.57-70). Plaza y Valdés.

Cano, D. (1 al 6 de julio de 2013). *La insurgencia en los manuales del Ejército Norteamericano*. Conferencia en las Jornadas de Sociología de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires. Argentina.

Castañeda, J. (1999). *La herencia. Arqueología de la sucesión presidencial en México*. Alfaguara.

Castillo, Heberto. (2022). Confesiones de Alfonso Martínez Domínguez: La matanza fue preparada por Echeverría. *Revista Proceso*, (2385), 36-49.

Comisión Nacional de los Derechos Humanos. (2022). *Informe sobre la violencia política del Estado en México*. Estudios e Informes Especiales, Editorial CNDH, https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/documentos/2021-06/Informe_Violencia_Politica_EDOMEX.pdf

Comité 68 [@Comite68]. (09 de julio de 2022). *Comunicado de prensa a propósito del fallecimiento de Luis Echeverría*. Twitter. <https://x.com/comite68/status/1545904477470851073>

- Condés Lara, E. (2007). *Represión y rebelión en México (1959-1985)*. Miguel Ángel Porrúa.
- Córdova Arellano, L. (2009). El tratamiento jurídico del genocidio en México. *Anuario de Derecho Internacional*, UNAM, 9, 527-590.
- Corona del Rosal, A. (1988). *La guerra, el imperialismo y el ejército mexicano*. Grijalbo.
- Doyle, K. (2003). “La Guerra Sucia vista desde Washington”, *Revista Proceso* (1414), 26-30.
- Durán López, R. (2010). *El Estado como factor criminológico*. UBIJUS.
- Feierstein, D. (2012). Los crímenes de masa: ¿fin o herramienta?. En E. R. Zaffaroni, *Crímenes de masa* (pp.91-107). Ediciones Madres de Plaza de Mayo.
- Fernández de Mendoza, Erasmo. (2007). *Conjuradas sexenales*. Ediciones B.
- Ferrajoli, L. (2005). Criminalidad y globalización. *Iter Criminis, Revista de Ciencias Penales*, (1), 71-88.
- Fuentes, Gloria (1983). *El ejército mexicano*. Grijalbo.
- García Huitron, A. (2022). Apuntes sobre la criminología contemporánea. En E.L Ruíz (Coord.), *La investigación científica del INACIPE. Su transcendencia en la procuración de justicia* (pp.1-32). Instituto Nacional de Ciencias Penales (INACIPE).
- García Huitron, A. (2023). Aspectos criminológicos de la desaparición forzada de personas en México. El caso Rosendo Radilla Pacheco. *Revista Iberoamericana de Derecho, Cultura y Conflicto*, (3), 1-11.
- García Huitron, A. y Cunjama López, D. (2019). La desaparición forzada de personas en México. Apuntes para un análisis crítico criminológico. *El Cotidiano*, 35(219), 39-52.
- Goffman, E. (2001). *Los internados. Ensayo sobre la situación social de los enfermos mentales*. Amorrortu.
- Gómez, F. (09 de enero de 2002). Aquí no hubo Guerra Sucia: se actuó según la ley: general Jiménez Ruíz. *El Universal*, <https://archivo.eluniversal.com.mx/primera/10661.html>
- Hirales Morán, G.A. (2017). *México: ajustando cuentas con la historia (justicia transicional fallida)*. CNDH.
- Hurtado, J. (2002). *El proyecto de investigación holística*. Editorial Magisterio.
- Jacheta Riberti, L. (2020). Transição a democracia e os usos do passado recente para a legitimação de um novo regime político no México. *Revista eletrónica da ANPHLAC*, (29), 205-244.
- La redacción. (09 de julio de 2022). Las diez frases célebres de Luis Echeverría. *Diario 24 horas*, <https://www.24-horas.mx/2022/07/09/las-10-frases-celebres-de-luis-echeverria/>
- López y Rivas, G. (1999). Las fuerzas armadas en la transición democrática. En J.L Sierra Guzmán (Coord.), *El ejército y la Constitución mexicana. Combate al narcotráfico, paramilitarismo y contrainsurgencia* (pp.29-42). Plaza y Valdés.
- Mann, M. (2005). *The dark side of democracy: explaining ethnic cleansing*. Cambridge University Press.
- Morley, J. (18 de octubre de 2006). “Litempo: Los ojos de la CIA en México”. *Washington Post*, <https://nsarchive2.gwu.edu/NSAEBB/NSAEBB204/index2.htm>
- Morrison, W. (2012). *Criminología, civilización y nuevo orden mundial*. ANTHROPOS.
- Noriega García, P. y Fuentes, N. (2015). *Reconstrucción histórica* [Archivo PDF]. <https://centroprodh.org.mx/impunidadayeroy/DiplomadoJT2015/Mod4/PilarNoriegaNicoFuentes/Reconstruccion%3%b3n%20hist%3%b3rica.pdf>
- Nunn, F. (1984). One the role of the military in twentieth-century Latin America: the Mexican case. En D.F. Ronfeldt (Ed.), *The modern Mexican military: a reassessment* (pp.33-49). University of California.
- Oikión Solano, V. (2007). “El Estado mexicano frente a los levantamientos armados en Guerrero. El caso del plan telaraña”. *Tzintzun, Revista de Estudios Históricos*, (45), 65-82.
- Pardinas, F. (2005). *Metodología y técnicas de investigación en ciencias sociales*. Siglo XXI Editores.
- Piñeyro, J. L. (1985). *Ejército y sociedad en México: pasado y presente*. Universidad Autónoma de Puebla (UAP) y Universidad Autónoma Metropolitana, Unidad Azcapotzalco (UAM-A).

- Piñeyro, J.L. (1976). *El profesional ejército mexicano y la asistencia militar de Estados Unidos: 1965-1975*. [Tesis de licenciatura del Centro de Estudios Internacionales del Colegio de México]. <https://zaloamati.azc.uam.mx/handle/11191/2927>
- Placencia, L. (2015). Implicaciones de la reforma constitucional de junio de 2011 para el derecho y el Sistema Penal en México. En F. T Tagle, (Coord.), *El sistema de justicia penal y nuevas formas de observar la cuestión criminal. Ensayos en honor a Massimo Pavarini* (pp.157-178). Instituto Nacional de Ciencias Penales (INACIPE).
- Rodríguez Munguía, J. (12 de julio de 2022). Luis Echeverría o cuando la impunidad tiene permiso. *Revista Nexos*, <https://anticorruptcion.nexos.com.mx/luis-echeverria-o-cuando-la-impunidad-tiene-permiso/>
- Secretaría de la Defensa Nacional (SEDENA) (1969). *Manual de operaciones en campaña. Primer tomo*. Editorial SEDENA.
- Secretaría de la Defensa Nacional (SEDENA) (1995). *Manual de guerra irregular. Tomo I y II*. Editorial SEDENA.
- Sierra Guzmán, J. L. (1999). *El ejército y la Constitución mexicana. Combate al narcotráfico, paramilitarismo y contrainsurgencia*. Plaza y Valdés.
- Silva García, F. (2006). “El caso Echeverría: ¿prohibición de genocidio versus irretroactividad de la ley?”, en *Cuestiones Constitucionales Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, (14), 239-251.
- Suárez, L. (1979). *Echeverría rompe el silencio*. Grijalbo.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN). Tesis 1a./J. 19/2016 (10a.) (2011648), 20 de mayo de 2016.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN). Tesis:1a./J. 21/2014 (10a.) (2005918), 21 de marzo de 2014.
- The National Security Archive (2006). *El diez de junio de 1971 y la disidencia estudiantil*, https://nsarchive2.gwu.edu/NSAEBB/NSAEBB180/040_10%20de%20junio%20de%201971.pdf
- Universidad Popular Madres de Plaza de Mayo. (2012). Introducción. En E.R. Zaffaroni, *Crímenes de masa* (pp.7-12). Ediciones Madres de Plaza de Mayo.
- Villalpando, J.M. (2014). Política y ejército, 1945-1994. En J. JarcíaDiego (Coord.), *El ejército mexicano: 100 años de historia* (pp.319-350). El Colegio de México.
- Zaffaroni, E. R. (2007). El crimen de estado como objeto de estudio de la criminología. En S. García Ramírez y O. I. González Mariscal (Coords.), *Panorama internacional sobre justicia penal. Política criminal, derecho penal y criminología* (pp. 19-34). Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM).
- Zaffaroni, E. R. (2012). Introducción a Criminología, civilización y nuevo orden mundial, de Wayne Morrison. *Crítica penal y poder*, (2), 1-17.
- Zaffaroni, Eugenio. (2016). *Derecho penal humano y poder en el siglo XXI*. Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ).

¿AUTORIZACIÓN IMPLÍCITA? LA VIOLACIÓN DEL SECRETO BANCARIO EN LOS PROCEDIMIENTOS SANCIONADORES EN PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

IMPLIED AUTHORIZATION? VIOLATION OF BANK SECRECY IN CONSUMER PROTECTION PROCEDURES THAT DEAL WITH PASSIVE OPERATIONS

Ayrton Erick Huamán Núñez
<https://orcid.org/0009-0009-4069-0070>
Universidad de Piura
ayrton.huaman@udep.edu.pe

Omar Alfredo Damián Medina
<https://orcid.org/0000-0002-0630-8060>
Universidad Nacional Mayor de San Marcos
odamian@mclegales.com
Perú

Recibido: 7 de febrero de 2023.

Aceptado: 7 de agosto de 2024.

SUMARIO:

- Introducción
- La protección al consumidor financiero frente a operaciones no reconocidas
- Operaciones pasivas y activas, ¿por qué es importante diferenciarlas?
- ¿Autorización implícita para levantar el secreto bancario?
- Razones para negar la validez jurídica de una autorización tácita del levantamiento del secreto bancario
- Exoneración de responsabilidad administrativa de la entidad financiera
- Conclusión
- Fuentes bibliográficas

RESUMEN

Durante los últimos años, algunos órganos resolutivos del Indecopi especializados en protección al consumidor han solicitado a diversas entidades financieras información sobre las operaciones pasivas de los consumidores denunciantes, en el marco de un procedimiento administrativo sancionador. Este requerimiento es jurídicamente inválido, en tanto que infringe el principio constitucional *pro hominibus*, el principio de verdad material y el principio de consentimiento en materia de datos personales. No obstante, en caso la entidad financiera suministre dicha información

en el contexto antes indicado, no podría ser sancionada, pues se configuraría uno de los eximentes de responsabilidad previstos en la Ley de Procedimiento Administrativo General.

PALABRAS CLAVE: Operaciones Pasivas, Protección al Consumidor, Secreto Bancario.

ABSTRACT

Over the past few years, some Indecopi decision-making bodies specialized in consumer protection have requested information from various financial entities about the passive operations of complaining consumers, within the framework of a sanctioning administrative procedure. This requirement is legally invalid, as it violates the *pro hominibus* constitutional principle, the material truth principle and the consent principle in matters of personal data. However, if the financial entity provides said information in the context indicated above, it could not be penalized, since one of the exemptions from liability provided in the General Administrative Procedure Law would be configured.

KEYWORDS: Passive Operations, Consumer Protection, Bank Secrecy.

INTRODUCCIÓN

Los procedimientos administrativos sancionadores referidos a las relaciones de consumo en el sector financiero, desarrollados durante el último año, tuvo por parte de algunos órganos resolutivos del

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección a la Propiedad Intelectual (en adelante, el Indecopi), un pronunciamiento atípico, invocando un criterio jurisprudencial no vinculante emitido anteriormente por la Sala Especializada en Protección al Consumidor del Tribunal del Indecopi (en lo sucesivo, la Sala), mediante el cual, se ha requerido información sobre las operaciones pasivas del consumidor a las entidades financieras denunciadas en dichos procedimientos, sin contar con la expresa autorización de su titular.

Al respecto, existen fundadas razones para afirmar que dichos requerimientos vulneran el secreto bancario de los clientes que no autorizan expresamente su levantamiento, aunque, antagónicamente, la finalidad del Indecopi sea velar por sus derechos. Sin embargo, bien es sabido que no resulta conveniente sobreponer la celeridad frente a la legalidad, en tanto que una decisión de tales características asienta malos precedentes y es capaz de abrir puertas a otro tipo de irregularidades.

Para explicar ordenadamente cada una de las razones antes indicadas, en primer lugar, se expondrá brevemente en qué consisten las relaciones de consumo financieras, para luego explicar por qué es importante distinguir las operaciones activas, pasivas y neutras que se producen en las relaciones jurídicas entre una entidad financiera, que actúa como proveedor, y un consumidor financiero.

Posteriormente, citaremos cuál ha sido el criterio jurisprudencial aplicado por los organismos resolutivos del Indecopi y se expondrán tres motivos por los que esta posición jurídica no resulta ser correcta. Finalmente, tomando en cuenta que una entidad financiera se podría ver compelida por los órganos resolutivos del Indecopi, y potencialmente sancionada por la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (a futuro, la SBS) al entregar información protegida por el secreto bancario sin autorización de su titular, se determinará si dicha conducta configura o no como una infracción susceptible de ser reprimida.

LA PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR FINANCIERO FRENTE A OPERACIONES NO RECONOCIDAS

El capítulo V de la Ley 29 571, Código de Protección y Defensa del Consumidor (a futuro, el Código) recoge el conjunto de disposiciones normativas aplicables a las relaciones de consumo, sin exceptuar aquellas relaciones

de índole bancario o financiero. Respecto a la actividad bancaria, Stucchi, Bezada y García han señalado lo siguiente:

La actividad bancaria es una actividad intermediación y se define como la compra de títulos, entendidos estos como los préstamos que reciben a modo de ahorro de sus clientes; y, la venta de títulos, concedidos como créditos a terceros, también clientes, en donde, la diferencia de las tasas de interés entre ambos títulos (menos los gastos operativos) constituye la ganancia del banco. Es decir: el *spread* bancario” (2021: 16).

Contextualizado así el marco de nuestra investigación; en primer término, debemos resaltar la importancia del *deber de idoneidad*, considerado como una de las categorías más importantes que tutelan a los consumidores en el mercado, no siendo la excepción el mercado de servicios financieros.

Al respecto, el Código, a través de su artículo 18°, apunta a proteger la correspondencia entre aquello que un consumidor espera, en contraste a lo que efectivamente recibe. Por tanto, podemos afirmar que esta disposición opera en todos los extremos de las relaciones de consumo, no siendo la excepción, la actividad financiera. De ese modo, busca asegurar que el consumidor goce de un producto o servicio financiero acorde a lo que se hubiese ofrecido o contratado, en razón a la oferta del proveedor.

Sobre este punto, Damián, refiere que:

Estamos frente a una norma bipartita que se instaura desde una doble perspectiva, que: (i) Por una parte, ampara el Derecho del Consumidor, de exigir el cumplimiento de lo que espera recibir (*ex ante*) frente a lo que efectivamente recibe (*ex post*); y, (ii) por otra, resalta el Deber del Proveedor de cumplir todas las expectativas legítimas y razonables que el consumidor origine en virtud de lo previamente ofrecido e informado y que aquello que recibirá, se ajuste a las circunstancias del caso, así como a la aptitud y naturaleza propia del producto o servicio para atender a la finalidad por la cual ha sido puesto en el mercado (2019: 455).

A diferencia de otro tipo de relaciones de consumo, las que se entablan en un mercado financiero, por su alta complejidad, acentúan las consecuencias que trae consigo la asimetría informativa. Por dicho motivo, el legislador ha visto conveniente determinar que, en materia de servicios financieros, las empresas supervisadas por la SBS se rijan por el Código, la normatividad complementaria a la Ley de protección al consumidor en materia de servicios financieros y las demás normas que reglamentan dicha ley, conforme a lo establecido en el artículo 81° del Código.

Todo este bloque normativo que regula las relaciones de consumo financieras, según el numeral 20.a del artículo 20° del Código, contiene diversas garantías legales, las cuales no pueden ser desconocidas bajo ningún motivo por las entidades que participan en el sistema financiero, ni tampoco son susceptibles de ser oponibles por algún pacto en contrario ni renunciables por parte del consumidor.

Por tanto, resulta claro que la intención del legislador ha sido recortar el ámbito de aplicación de las garantías implícitas en las relaciones de consumo financieras, dejando que sea la ley aquella que establezca cuáles deben ser los términos y garantías mínimas en las que se deben desenvolver. Ahora bien, esto no significa que las garantías implícitas no operen en el marco de este tipo de relaciones jurídicas, sino que, por el contrario, su proyección es menos amplia a diferencia de las demás, lo que se encuentra justificado por las particularidades de la actividad del proveedor y la dinámica propia de este sector del mercado.

Uno de los derechos que forma parte de este conjunto de garantías establecidas legislativamente para las relaciones de consumo financiera es el secreto bancario. En efecto, tal como se verá en los puntos siguientes, los consumidores financieros tienen el derecho a la confidencialidad de la información respecto de sus operaciones pasivas, por parte de la entidad financiera que los custodia, a menos que brinde su expresa autorización o se configure alguno de los supuestos establecidos por la ley.

OPERACIONES PASIVAS Y ACTIVAS, ¿POR QUÉ ES IMPORTANTE DIFERENCIARLAS?

En el desarrollo de los procedimientos administrativos sancionadores en los que se discute la validez de las operaciones financieras, es importante tener en cuenta que no todas obedecen a la misma naturaleza. En efecto, uno de los criterios de clasificación de las operaciones financieras consiste en dividir las operaciones pasivas, activas y neutras, dependiendo de si estas se reflejan como una deuda o un crédito en el patrimonio de la entidad financiera.

Según el literal 2.m del artículo 2° de la Resolución SBS 8181-2012, *Reglamento de transparencia de información y contratación con usuarios del sistema financiero*, las operaciones activas son aquellas que implican

el desembolso de dinero en efectivo o el otorgamiento de una línea de crédito bajo cualquier tipo de modalidad contractual.

A su turno, el literal 2.n del artículo 2° del mismo cuerpo reglamentario citado anteriormente, conceptualiza las operaciones pasivas como aquellas por medio de las cuales la entidad financiera capta fondos de sus usuarios, bajo cualquier modalidad contractual.

En la misma línea de atención, se entiende por operaciones neutras aquellas en las que la entidad financiera simplemente ofrece servicios de intermediación a sus usuarios, pero sin que dicha operación influya de forma de alguna en su patrimonio, tales como los giros, el pago de servicios públicos, etc.

En este punto, conviene detenernos y cuestionar, ¿Por qué es importante saber reconocer el tipo de operación financiera en el marco de un procedimiento administrativo de consumo? Particularmente, porque, conforme al artículo 140° de la Ley 26 702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros (en lo sucesivo, la Ley General del Sistema Financiero), las operaciones pasivas se encuentran protegidas por el secreto bancario, mientras que las operaciones activas y neutras no lo están.

Conforme a esta disposición legal, existe la proscripción explícita para las entidades del sistema financiero de suministrar información referida a las operaciones pasivas de sus clientes, a menos que ellos mismos hayan dado su autorización por escrito, se trate de información no protegida por el secreto bancario o hubiera sido solicitada por las autoridades expresamente habilitadas para levantar el secreto bancario.

Este marco legal incide en los procedimientos administrativos sancionadores de consumo que versen sobre operaciones financieras pasivas. Así, en aquellos casos en los que un consumidor denuncie ante los órganos resolutivos del Indecopi la comisión de infracciones referidas a operaciones pasivas, estos no podrán requerir, de oficio, dicha información a la entidad financiera denunciada, a menos que el consumidor haya brindado su autorización por escrito.

¿AUTORIZACIÓN IMPLÍCITA PARA LEVANTAR EL SECRETO BANCARIO?

Durante el 2022, 2023 y 2024, algunos órganos resolutivos del Indecopi han emitido criterios que contradicen lo previamente expuesto. Se

trata de un grupo de casos en los cuales se denunció infracciones normativas ligadas a operaciones pasivas y donde los consumidores presuntamente afectados, no adjuntaron su autorización de levantamiento de secreto bancario por escrito.

Al respecto, los distintos órganos resolutivos que conocieron estas denuncias solicitaron información protegida por el secreto bancario a la entidad financiera presuntamente infractora, la cual no presentó la información indicando que, para ello, era necesario cumplir con lo establecido en el artículo 140° de la Ley General del Sistema Financiero; y, a pesar de este argumento, la autoridad competente concluyó que la falta de entrega de la información solicitada había sido injustificada.

La base jurisprudencial en la cual se ampararon los órganos resolutivos fue un pronunciamiento de la Sala Especializada en Protección al Consumidor contenido en la Resolución Nro. 282-2012/SC2-INDECOPI, cuyo texto señala lo siguiente:

11. [...] Tratándose de un procedimiento iniciado a raíz de una denuncia de parte por el cuestionamiento de una determinada operación financiera, es el propio consumidor quien está solicitando que se verifique la validez de la referida operación bajo los parámetros establecidos en la legislación sectorial pertinente, a efectos de que la Autoridad Administrativa pueda discernir si la atribución de responsabilidad respecto de esta correspondía a la empresa del sistema financiero o a su cliente.

12. De acuerdo a lo señalado carece de sustento alegar que el ORPS carecía de autorización para proceder a la revisión de la operación materia de denuncia y, por ende, que su requerimiento de información contravenía la prohibición de vulneración del secreto bancario del denunciante, puesto que la finalidad misma del procedimiento incoado por el cliente de la CMAC Piura era verificar la validez de la operación.

13. Una interpretación en contrario, implicaría atribuir una finalidad irracional a la prohibición de vulneración del secreto bancario en el marco de los procedimientos por infracción a las normas de protección al consumidor, al impedir la verificación de la validez de una operación financiera aun cuando es cuestionada por el propio cliente al que fue imputada.

14. La finalidad de las disposiciones relativas al secreto bancario es únicamente salvaguardar la privacidad económica de los clientes de las entidades financieras, pero esta no se aplica cuando es el propio cliente el que recurre a una autoridad administrativa a efectos de solicitar la revisión de las operaciones que estén siendo cargadas en sus cuentas pasivas.

De la lectura de este pronunciamiento, se deduce que, en aquella oportunidad, para la Sala y, actualmente, para los órganos resolutivos que han traído recientemente a colación dicha posición, la presentación de una denuncia por operaciones no reconocidas, “implícitamente” trae consigo una autorización de levantamiento de secreto bancario¹.

Al respecto, existen por lo menos tres (3) razones para sostener que este criterio jurisprudencial es incorrecto. No obstante, de manera previa, resulta importante hacer dos anotaciones sobre este tema.

En primer lugar, existe una resolución emitida por la Sala con fecha posterior a la citada por los órganos resolutivos del Indecopi sobre la autorización del levantamiento del secreto bancario, mediante la cual, a través de los fundamentos 16 y 17 de la Resolución Nro. 3380-2017/SPC-INDECOPI, la Sala del Tribunal del Indecopi, señaló:

16. El artículo 140° de la Ley 26702, Ley General del Sistema Financiero del Sistema de Seguros y Orgánica de Banca, Seguros y AFP, impide a las empresas que conforman el sistema financiero suministrar cualquier información sobre las operaciones pasivas con sus clientes, salvo medie autorización expresa o se trate de determinados supuestos contemplados los artículos 142° y 143° de la citada norma.

17. Pese a no contar con una definición legal expresa del secreto bancario, el Tribunal Constitucional ha señalado que la “protección constitucional que se dispensa con el secreto bancario busca asegurar la reserva o confidencialidad – términos ambos que aquí se utilizan como sinónimos – de una esfera de la vida privada de los individuos o de las personas jurídicas de derecho privado. En concreto, la necesaria confidencialidad de las operaciones bancarias de cualquiera de los sujetos descritos que pudieran realizar con cualquier ente, público o privado, pertenecientes al sistema bancario o financiero”, precisando que el alcance de dicha prohibición se restringía a las operaciones pasivas relacionadas a las cuentas de los clientes de una empresa financiera o bancaria.

Por tanto, verificando la existencia de este antecedente jurisprudencial que precisa que la autorización del levantamiento del secreto

1 Al momento de la elaboración de la presente investigación, en lo que va del año 2024, algunas de las resoluciones en las que se ha adoptado este criterio son: Resolución Final Nro. 741-2024/ILN-PSO, Resolución Final Nro. 636-2024/ILN-PSO y Resolución Final Nro. 558-2024/ILN-PSO. Por su parte, en el año 2023, las resoluciones fueron: Resolución Final Nro. 40-2023/PSO-INDECOPI-HRZ y la Resolución Final Nro. 28-2023/PSO-INDECOPI-HRZ. Finalmente, en el año 2022, las resoluciones fueron: Resolución Final Nro. 93-2022/ILN-PSO, 125-2022/ILN-PSO, 247-2022/ILN-PSO, 386-2022/ILN-PSO, 391-2022/ILN-PSO, 386-2022/ILN-PSO, 416-2022/ILN-PSO, entre otras.

bancario debe ser expresa, lo más adecuado hubiera sido que los órganos del Indecopi que decidieron amparar su decisión en un criterio jurisprudencial diferente y anterior, debieron justificar debidamente las razones que motivan este cambio, con miras a procurar el respeto por el principio de seguridad jurídica y confianza legítima.

Sobre este último punto, resulta importante señalar que, en razón al principio de confianza legítima, se:

[...] pretende orientar la actividad de la autoridad administrativa hacia la certera comprensión de su actividad, los requisitos, gestión, plazo de demora y posibles respuestas que se podrían obtener a partir que se encuentra obligada a brindar información veraz, completa y confiable sobre cada procedimiento a su cargo. De ese modo, la norma avizora que las actuaciones de la autoridad administrativa serán congruentes con las expectativas legítimas de los administrados razonablemente generadas, siempre que obedezcan a la práctica y los antecedentes administrativos, salvo que existan nuevos criterios que, debidamente fundamentados, se aparten de la predictibilidad en la que se enmarcaban. Bajo esta fórmula, el legislador pretende salvaguardar y preservar la seguridad jurídica del ordenamiento nacional, alejándolo de las posibles irregularidades que puedan mal encaminar la interpretación de las normas aplicables y la jurisprudencia (Damián y Rivero, 2019: 888-889).

En el mismo sentido, Damián y Rivero, añaden que:

La confianza legítima institucional de esta agencia de competencia, sólo se construirá sobre la uniformidad jurisprudencial que persiga cada una de las resoluciones que sus distintos órganos resolutivos centralizados y descentralizados emitan en cada una de sus instancias, alineados a la normatividad y los principios rectores vigentes que rigen nuestro Sistema de Protección y Defensa del Consumidor (2019: 892).

La segunda cuestión que vale la pena analizar es si las disposiciones de la Ley Nro. 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, la LPAG) que cita el Indecopi, es suficiente para sustentar las razones por las que decide requerir información de las operaciones pasivas de los clientes de una entidad financiera.

Al respecto, el numeral 117.1 del artículo 117° de la LPAG reconoce a todo administrado el derecho de solicitar por escrito a una autoridad administrativa, de forma personal o a través de su representante, la satisfacción de un interés legítimo, obtener una declaración, el reconocimiento u otorgamiento de un derecho, la constancia de un hecho, ejercer una facultad o formular legítima oposición.

Por su parte, el artículo 124° del precitado cuerpo normativo, establece los requisitos que debe cumplir toda solicitud formulada a una autoridad administrativa, dentro de los cuales se encuentra la expresión concreta de lo pedido, los fundamentos de hecho que lo apoye, y los de derecho, cuando le sea posible.

Sobre la base legal antes expuesta, en aquella antigua Resolución Final Nro. 282-2012/SC2-INDECOPI, la Sala precisó que dos de los requisitos que debían cumplir una denuncia administrativa es que sea presentada por escrito y que el administrado señale claramente la pretensión que persigue. Sin embargo, no se entiende de forma clara cómo es que estos dispositivos legales respalden suficientemente la decisión que se adoptó.

En efecto, como se estudiará más adelante, aunque el artículo 140° de la Ley General del Sistema Financiero solo precise que el levantamiento del secreto bancario debe realizarse por escrito, lo cierto es que también es necesario que sea expreso. Por otro lado, si bien el administrado plantea como pretensión específica que los órganos resolutivos del Indecopi verifiquen la validez de las operaciones pasivas que no reconoce, esto no equivale a brindar su autorización para el levantamiento del secreto bancario.

Asimismo, es importante recordar que el administrado cuenta con el derecho de determinar las operaciones sobre las cuales desea revelar información, así como el periodo en el que transcurrieron, facultad que se vería limitada si se toma como implícita dicha autorización.

Una vez presentadas estas cuestiones de forma preliminar, se comenzará a desarrollar los motivos por los que no es posible considerar que el criterio jurisprudencial analizado en la presente investigación sea jurídicamente correcto.

RAZONES PARA NEGAR LA VALIDEZ JURÍDICA DE UNA AUTORIZACIÓN TÁCITA DEL LEVANTAMIENTO DEL SECRETO BANCARIO

La interpretación *pro hominem* del artículo 140 de la LGSF

En el ordenamiento jurídico peruano, el segundo párrafo del inciso 5 del artículo 2° de la Constitución Política del Perú reconoce que toda persona tiene derecho al secreto bancario y a la reserva tributaria. Además, la referida norma suprema lista los seis funcionarios que cuenta

con la potestad de determinar el levantamiento de los derechos antes mencionados.

El fundamento de esta institución no es meramente jurídico, pues está íntimamente relacionado con el quehacer humano en todas sus dimensiones: sociológica, económica y política (Bartels et. al., 2010: 73). Sin embargo, en el presente artículo solo se abordará el secreto bancario desde el punto de vista normativo, en tanto que la situación materia de análisis está estrechamente ligada a esta perspectiva. Ahondar en las otras causas que fundamentan la existencia del secreto bancario sería innecesario y desbordaría la finalidad que se pretende lograr.

Entonces, ¿Cuál es el fundamento jurídico del secreto bancario? A nivel doctrinario, se han desarrollado hasta ocho teorías que tratan de explicar el secreto bancario desde el punto de vista normativo; no obstante, para Cervini, aquella que realmente explica la razón de ser de esta institución es la que encuentra su razón de ser en el derecho constitucional a la intimidad (2016:13). Sobre esta teoría, el autor antes mencionado, expresa que “el secreto en general, como instituto protegido por un Estado con vocación democrática, está ineludiblemente vinculado a la tutela de un derecho fundamental como lo es la intimidad y privacidad, expresiones del paradigma de portada general de la libertad” (Cervini, 2016:19).

Asimismo, agrega lo siguiente:

(...) la esfera de secreto (*Geheimphäre*) atiende a aquellos hechos, noticias o datos que por su naturaleza resultan vocacionalmente inaccesibles a todo el que no sea titular personal directo y quien lo es, tan solo, en su carácter de confidente necesario del secreto. Se ha expresado que este campo de la intimidad se consustancia con lo más medular de la libertad pues trasciende su protección y defensa externa conectándose con un aspecto relevante del sentido interno” (Cervini, 2016: 22).

Esta forma de entender el secreto bancario es compartida por el máximo intérprete de la Constitución peruana, lo cual se vio reflejado en la sentencia emitida en el marco del Expediente 1219-2003-HD/TC, a través de la cual, el Tribunal Constitucional, señaló que:

(...) el secreto bancario forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la intimidad, y su titular es siempre el individuo o la persona jurídica de derecho privado que realiza tales operaciones bancarias o financieras. En la medida en que tales operaciones bancarias y financieras forman parte de la vida privada, su

conocimiento y acceso solo pueden levantarse a pedido de juez, del Fiscal de la Nación o de una Comisión Investigadora con arreglo a ley y siempre que se refiera al caso investigado.

A razón de ello, podemos afirmar que, de este criterio jurisprudencial se pueden extraer hasta dos (2) conclusiones: La primera es que a pesar de que el secreto bancario se encuentre regulado en la Constitución no es un derecho constitucional autónomo, sino que forma parte del contenido del derecho a la intimidad.

En adición a ello, resulta importante traer a colación otro pronunciamiento recaído en la sentencia emitida en el marco del Expediente 4-2004-AI/TC, mediante la cual, el Tribunal Constitucional, hace referencia al lugar que ocupa el secreto bancario dentro del derecho a la intimidad, precisando que:

(...) el derecho a la intimidad no importa, *per se*, un derecho a mantener en el fuero íntimo toda información que atañe a la vida privada, pues sabido es que existen determinados aspectos referidos a la intimidad personal que pueden mantenerse en archivos de datos, por razones de orden público (vg. historias clínicas). De allí la necesidad de que la propia Carta Fundamental establezca que el acceso a dichas bases de datos constituya una excepción al derecho fundamental a la información, previsto en el primer párrafo del inciso 5 del artículo 2º de la Constitución.

A su vez, debe tenerse presente que, respecto al derecho fundamental a la intimidad, también cabe la distinción entre aquella esfera protegida que no soporta limitación de ningún orden (contenido esencial del derecho), de aquella otra que permite restricciones o limitaciones, en tanto éstas sean respetuosas de los principios de razonabilidad y proporcionalidad (contenido “no esencial”).

En criterio de este Colegiado existen, cuando menos, tres motivos que permiten sostener que el secreto bancario, en tanto se refiere al ámbito de privacidad económica del individuo, no forma parte del contenido esencial del derecho a la intimidad: a) la referencia al contenido esencial del derecho a la intimidad personal, reconocido por el artículo 2º 7 de la Constitución, hace alusión a aquel ámbito protegido del derecho cuya develación pública implica un grado de excesiva e irreparable aflicción psicológica del individuo, lo que difícilmente puede predicarse en torno al componente económico del derecho; b) incluir la privacidad económica en el contenido esencial del derecho a la intimidad, implicaría la imposición de obstáculos irrazonables en la persecución de delitos económicos; c) el propósito constituyente al regular el derecho al secreto bancario en un apartado específico de la Constitución (segundo párrafo del artículo 2º 5), él ha reconocido expresamente la posibilidad de limitar el derecho.

En la línea de lo manifestado por nuestro Tribunal Constitucional, queda claro que el secreto bancario no forma parte del contenido esencial del derecho a la intimidad; sin embargo, esto no quiere decir que no esté integrado en su contenido constitucional. En ese sentido, si alguien infringe el secreto bancario más allá de los límites impuestos por el propio ordenamiento jurídico, indefectiblemente estaría violando el derecho constitucional a la intimidad.

En el Perú, los límites al secreto bancario se han establecido en un orden subjetivo y objetivo. Desde el punto de vista subjetivo, existen autoridades e instituciones que pueden solicitar información sobre el secreto bancario, las cuales se encuentran listadas en el artículo 2.5 de la Constitución Política y en el artículo 143° de la LGSF.

Por otro lado, en cuanto al orden objetivo, dichas autoridades solo podrán solicitar información en aquellos contextos enmarcados por la propia ley. Fuera de estos supuestos, será necesario que el titular de las operaciones pasivas preste su autorización por escrito, tal como lo precisa el artículo 140° de la LGSF.

Afortunadamente, el criterio jurisprudencial aquí comentado no implica que el Indecopi haya indicado que no necesita de autorización para solicitar información sobre operaciones pasivas, sino que, por el contrario, presupone que la denuncia por la cual, un consumidor denuncia a la entidad financiera, implica, *per se*, una autorización para el levantamiento del secreto bancario. Así, para la autoridad de consumo, se estaría cumpliendo con el presupuesto establecido por el artículo 140°, en la medida que exige que la autorización sea por escrito, en tanto el documento que contiene la denuncia, a su criterio, resulta serlo. Sin embargo, este razonamiento es incompleto, pues no se toma en consideración que el artículo 140° debe ser aplicado a la luz de los criterios de interpretación constitucional, ya que se trata de una norma constitucional adscripta, pues forma parte del contenido constitucional del derecho a la intimidad.

Según Castillo Córdova, las normas constitucionales pueden ser normas constitucionales directamente estatuidas y normas constitucionales adscriptas. Las primeras son aquellas que se desprenden de las propias disposiciones constitucionales; contrariamente, las segundas son concretizaciones que realizan los diferentes órganos públicos de las normas constitucionales directamente estatuidas (2013:10).

Estas últimas, también gozan de naturaleza constitucional, pues “[a]l ser concreciones directas y necesarias para la plena operatividad de las normas constitucionales estatuidas por el Constituyente, irremediablemente la concreción tiene valor constitucional, por lo que le corresponde rango constitucional, salvo que el Constituyente decidiese algo distinto” (Castillo, 2022: 38).

Por lo antes expuesto, es posible afirmar que el artículo 140° de la LGSF contiene una norma constitucional adscripta, toda vez que concretiza la norma directamente estatuida que se encuentra contenida en el inciso 5 del artículo 2° de la Constitución Política del Perú. Por tanto, dicho carácter, obliga a los operadores jurídicos a interpretar su mandato conforme a los criterios de interpretación constitucional, entre ellos, el principio *pro homine*.

Según lo establecido por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente 299-2015-PA/TC, el principio *pro hominem* es un mandato hermenéutico que puede ser definido de la siguiente manera:

El principio *pro hominem*, denominado también “regla de la preferencia”, que establece en esencia que ante eventuales diversas interpretaciones de una disposición, es imperativo para el Juez constitucional escoger aquella que conlleve mejor y mayor protección de los derechos fundamentales, desechando toda otra que constriña, reduzca o limite su cabal y pleno ejercicio.

Conforme hemos señalado anteriormente, es cierto que el artículo 140° de LGSF no indica que la autorización del levantamiento del secreto bancario debe ser expresa o tácita; simplemente se limita a precisar que debe ser por escrito. Sin embargo, ante tal omisión, es imperativo que los operadores jurídicos interpreten dicha norma constitucional adscripta conforme al principio *pro hominem*.

En consecuencia, resulta conveniente preguntar, ¿de qué forma se asegura mejor el cumplimiento del derecho fundamental a la intimidad?, ¿interpretando que la autorización del levantamiento del secreto bancario debe ser expresa o tácita? En definitiva, la respuesta no puede ser otra que decantarse por una interpretación que permita concluir que el levantamiento del secreto bancario debe ser expreso, en razón a que, de esta forma, el titular de las operaciones pasivas resguardadas por tal mandato constitucional verá mejor protegida su intimidad.

En efecto, es importante recordar que el titular del secreto bancario tiene la facultad no solo de decidir si brinda su autorización para que

una entidad financiera entregue información referida a las operaciones pasivas, sino también para determinar sobre qué periodos se entrega tal información. Así, un ciudadano podría simplemente indicar que la información sobre un determinado lapso sea cual sea este, no le sea revelado a la Administración Pública y no forme parte del expediente administrativo, sin necesidad de dar alguna explicación al respecto.

Por lo expuesto, resulta claro que, a la luz del principio *pro hominem*, el derecho a la intimidad, manifestado a través del secreto bancario, queda mejor resguardado si se interpreta que la autorización del levantamiento del secreto bancario debe ser escrita y expresa, pues, si se entiende que dicha permisión puede ser tácita, se facultaría a la Administración Pública a pedir información financiera de los ciudadanos sin siquiera preguntarse si dentro de los periodos arbitrariamente elegidos por esta, existen operaciones pasivas que el administrado no quiere que sean reveladas.

El principio de verdad material como elemento rector del comportamiento de los órganos resolutivos del Indecopi

Otro de los motivos por los cuales no resulta posible encontramos de acuerdo con el criterio jurisprudencial establecido en la antigua Resolución Final Nro. 282-2012/SC2-INDECOPI, el mismo que viene siendo invocado y aplicado por algunos de los órganos resolutivos del Indecopi, radica en la omisión abierta al principio de verdad material.

En razón al principio de verdad material, se impone a la Administración la obligación de ejecutar todos los actos conducentes a determinar la verdad de los hechos. En ese sentido, como bien ha indicado Jiménez Murillo, en los procedimientos administrativos “prima la verdad material sobre la verdad formal” (2011:67).

Sobre el caso particular analizado, se verifica que los órganos resolutivos del Indecopi que han optado por considerar que una denuncia administrativa equivale a autorizar implícitamente el levantamiento del secreto bancario, violan el principio de verdad material en dos aspectos fundamentales.

En primer lugar, si bien la Administración Pública tiene la obligación de indagar a través de todos los medios posibles la verdad objetiva en un procedimiento, estos mecanismos empleados tienen una limitación expresa en la legalidad.

Así, el propio artículo 1.11 de la LPAG precisa que los órganos públicos administrativos deberán optar todas las medidas para descubrir la verdad de los hechos, pero siempre que se encuentren autorizadas por la ley. Entonces, a *contrario sensu*, si una actuación probatoria se encuentra proscrita por ley, la Administración simplemente se encontrará impedida de practicarla.

Conforme a lo explicado en el apartado anterior, el artículo 140° de la LGSF impone una obligación a las entidades financieras, la cual consiste en no revelar las operaciones pasivas de sus clientes a menos que estos lo autoricen por escrito. Entonces, esta disposición también impone un límite a las Administraciones Pública, en tanto que no podrá requerir este tipo de información a las entidades antes citadas, alegando el principio de verdad material, a menos que se haya cumplido con el presupuesto referido a la autorización del titular de las operaciones pasivas.

En este contexto, queda claro que los órganos resolutivos del Indecopi que solicitan a las entidades financieras información sobre las operaciones pasivas de alguno de sus clientes, aun cuando estos hayan presentado una denuncia por infracción a la normativa de protección al consumidor, vulneran el principio de verdad material, el cual solo les habilita a recopilar pruebas para llegar a la verdad de los hechos a través de los mecanismos expresamente permitidos por ley.

Por otro lado, los órganos resolutivos del Indecopi también vulnerarían otro aspecto del principio de verdad material, el cual se refiere precisamente a emplear todos los mecanismos legales posibles para obtener las pruebas necesarias para llegar a descubrir la verdad objetiva.

En el caso expuesto, queda claro que, fácilmente, estos órganos resolutivos podrían solicitar la autorización respectiva al consumidor denunciante, lo cual no implica mayor trámite que la remisión de una resolución por medio del cual se faculta al Indecopi a solicitar información a la entidad financiera denunciada respecto a sus operaciones pasivas.

Es importante aclarar que la inacción del consumidor en cuanto a la remisión de la autorización citada anteriormente no habilitaría a la autoridad instructora del procedimiento sancionador a solicitar la información sobre las operaciones pasivas del denunciante, pues, como ya se ha mencionado en reiteradas oportunidades a lo largo de este escrito, vulneraría su derecho al secreto bancario.

Frente a este panorama, la autoridad instructora debe practicar todos los actos de comunicación y orientación debida para obtener la autorización expresa y por escrito del consumidor, para que, de esta forma, se obtenga la información financiera requerida conforme a la legalidad, y sin mellar las disposiciones referidas a la protección del secreto bancario.

Por todo lo expuesto, la infracción al principio de verdad material sería otra de las razones por las que se válidamente se puede afirmar que, al solicitar información sobre operaciones pasivas de consumidores denunciantes sin obtener su autorización expresa, los órganos resolutores del Indecopi infringen el principio de legalidad.

La protección de las operaciones pasivas como datos personales sensibles

En nuestro país, el marco normativo de protección de los datos personales se encuentra constituido principalmente por la Ley Nro. 29733, Ley de Protección de Datos Personales (en adelante, la LPDP) y el Decreto Supremo Nro. 003-2013-JUS, Reglamento de la Ley 29733, Ley de Protección de Datos Personales (a futuro, el Reglamento de la LPDP).

El artículo 2.4 de la LPDP, define a los datos personales como “toda información sobre una persona natural que la identifica o la hace identificable a través de medios que pueden ser razonablemente utilizados.”

En un mundo donde el intercambio de información entre personas y empresas es tan fluido, resulta más que necesario contar con un sistema normativo que imponga límites y asegure garantías para el debido tratamiento de los datos personales y, de ese modo, logre así evitar que este no sea realizado sin autorización o el consentimiento de su titular.

El artículo 3° de la LPDP indica que esta es aplicable a “los datos personales contenidos o destinados a ser contenidos en bancos de datos personales de administración pública o privada, cuyo tratamiento se realiza en el territorio nacional.” En ese sentido, los principios y garantías contenidos en dicha ley resultan enteramente aplicables a los bancos de datos de las entidades financieras.

En este punto, conviene recordar que, en la presente investigación, se está analizando las operaciones pasivas de los clientes de una entidad financiera, las cuales sin ninguna duda configuran como un dato personal y, por tanto,

su tratamiento debe ser realizado conforme a la LPDP y su Reglamento. Esta cuestión, cobra más relevancia si se toma en cuenta que estamos frente a datos personales sensibles, los cuales son definidos por la ley en su artículo 2.4 como datos personales constituidos entre otros aspectos, por los ingresos económicos.

En efecto, los datos sensibles, por su propia naturaleza, reciben especial protección por la legislación de datos personales, lo cual implica que la proyección de los principios y las garantías que aseguran su debido tratamiento deben ser respetadas y aplicadas de la forma más rigurosa posible.

Ahora bien, uno de los principios que forma parte de la columna vertebral de todo sistema de protección de datos personales es el principio de consentimiento, el cual también ha sido reconocido por la LPDP y su reglamento. Así pues, el artículo 5° de la LPDP reconoce el mencionado principio, estableciendo que para el tratamiento de los datos personales debe mediar el consentimiento, lo cual se ve reafirmado en el artículo 7° del Reglamento de la LPDP.

En este punto, conviene detenernos y evaluar que el consentimiento debe ser expreso e inequívoco, lo cual, a la luz de lo previsto en el artículo 12 del Reglamento de LPDP, implica que no haya dudas de su otorgamiento.

Es importante aclarar que, tratándose de datos sensibles, tal como lo es la información financiera de los consumidores, el consentimiento necesariamente debe ser por escrito, conforme lo prescribe el artículo 14° del Reglamento de la LPDP.

Ahora bien, respecto al criterio jurisprudencial estudiado en la presente investigación, se debe analizar si la sola denuncia del consumidor implica un consentimiento expreso e inequívoco para que el organismo resolutorio del Indecopi que recepción la denuncia pueda solicitar a la entidad financiera. Al respecto, existen suficientes razones para concluir que no.

Dado que muchos de los consumidores que denuncian a las entidades financieras ante el Indecopi pueden llenar un formulario (que no es requisito obligatorio para la presentación de las denuncias) que esta entidad pone a su disposición, la cual en la parte inferior contiene la siguiente información:

Solo para denuncias referidas a productos pasivos del sistema financiero (cuentas de

ahorros, haberes, CTS, depósitos a plazo fijo, etc.) (opcional)

Consentimiento para el levantamiento del secreto bancario.

El denunciante autoriza a través de su firma (o la de su representante, siempre que cuente con facultades expresas y suficientes) el levantamiento de su secreto bancario, para que el proveedor pueda presentar ante el Indecopi información referida al producto materia de denuncia. Dicha información será utilizada por el órgano Resolutivo para el análisis de los hechos indicados por el denunciante sobre los cuales tomará la decisión final correspondiente.

Esta autorización es opcional y no constituye un requisito para la presentación de la denuncia.

Como se puede apreciar, si el denunciante no firma el consentimiento citado anteriormente, no se podría afirmar que la sola presentación de su denuncia implica su autorización del levantamiento de su secreto bancario, pues no resulta inequívoco, ya que, aun habiendo visualizado tal casilla de consentimiento, no la firmó.

Por otro lado, es importante que agregar que, en efecto, la autorización del levantamiento del secreto bancario no es un requisito para formular una denuncia administrativa, ya que el órgano resolutivo competente puede requerirla en cualquier etapa del procedimiento. No obstante, ello no implique no sea indispensable para solicitar la información sobre las operaciones pasivas del denunciante a la entidad financiera presuntamente infractora.

Asimismo, tal como se indicó anteriormente, el consumidor titular de los datos personales tiene el derecho de precisarle al órgano resolutivo competente qué operaciones pasivas está dispuesto a revelar, es decir, el lapso en el que estas fueron realizadas.

Por lo antes expuesto, se verifica que el antiguo criterio jurisprudencial sentado por la Sala contenido en la Resolución Nro. 282-2012/SC2-INDECOPI, contraviene el principio de consentimiento en materia de protección de datos personales y, por tanto, no debería ser aplicado por los órganos resolutivos del Indecopi en ninguna de las instancias administrativas en los procedimientos sancionadores que conozcan.

EXONERACIÓN DE RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA DE LA ENTIDAD FINANCIERA

Luego de todo lo abordado a lo largo de la presente investigación, queda claro que las entidades financieras que ocupan el lugar de proveedores

denunciados en un procedimiento administrativo que versa sobre operaciones pasivas, no están obligadas legalmente a proporcionar a los órganos resolutivos del Indecopi, la información financiera de sus clientes, a menos que estos la hayan autorizado expresamente.

Al respecto, no es extraño imaginarse alguna situación en la que las entidades financieras entreguen dicha información, frente a una clara amenaza de la inminente imposición de una multa. No obstante, se debe recordar que, en principio, dichas entidades no se encuentran facultadas para entregar esta información, pues no están frente a alguno de los supuestos que prevé la LGSF.

En este caso en concreto, cabría preguntarse, ¿podrían ser sancionadas por violar el secreto bancario de sus clientes? Resulta de vital importancia plantearse esta interrogante, pues el artículo 141° de la LGSF prescribe que:

Artículo 141.- Falta grave de quienes violen el secreto bancario

Sin perjuicio de la responsabilidad penal que señala el artículo 165° del Código de la materia, la infracción a las disposiciones de este capítulo se considera falta grave para efectos laborales y, cuando ello fuera el caso, se sanciona con multa.

Respecto a ello, es importante traer a colación lo indicado por Morón Urbina, cuando precisa que “la sola realización de una conducta tipificada como infracción no amerita automáticamente la imposición de una sanción, pues es necesario llevar a cabo una valoración en los niveles de antijuridicidad y culpabilidad” (2019: 513).

En el supuesto analizado en el presente apartado, es evidente que la entidad financiera habría realizado una conducta prohibida, susceptible de ser sancionada, no obstante, se debe verificar si dicha acción se subsume en una de los eximentes de responsabilidad administrativa regulados en el artículo 257° de la LPAG, específicamente, el previsto en el inciso e), referido al error inducido por la Administración o por disposición administrativa confusa o ilegal.

Asimismo, de la referida lectura, se desprende válidamente que el fundamento de este eximente de responsabilidad se encuentra el principio de predictibilidad o confianza legítima, anteriormente señalado.

Así las cosas, si la Administración Pública requiere al administrado ejecutar determinados actos o entregar cierta información, generando una expectativa de legalidad, entonces, no sería razonable imputarle responsabilidad

si es que, como resultado de su obediencia, comete una infracción, pues, de lo contrario se vulneraría el principio de confianza legítima. En el caso bajo análisis, la cuestión se torna aún más especial si se toma en cuenta que la entidad bancaria está sometida a un procedimiento sancionador y que, un eventual incumplimiento de lo ordenado por el Indecopi, traería consigo una inminente sanción.

Por tanto, queda claro que, si en alguno de los procedimientos donde se aplicó el cuestionado criterio el proveedor entregó a la autoridad instructora competente información sobre las operaciones pasivas del consumidor, sin su autorización, quedaría exenta de responsabilidad administrativa por haber violado el secreto bancario, en tanto que su conducta se subsume en la causal de exoneración contenida en el artículo 25, inciso e) de la LPAG.

CONCLUSIÓN

Luego de un amplio recorrido normativo y jurisprudencial por diversos sectores del ordenamiento jurídico, se puede concluir que no resulta correcto que los órganos resolutivos del Indecopi invoquen el criterio jurisprudencial desarrollado por la Sala en la Resolución Nro. 282-2012/SC2-INDECOPI, ya que la autorización del levantamiento del secreto bancario debe ser expresa, aunque la disposición sectorial de la LGSF no lo indique literalmente.

Nadie duda que la invocación de este criterio se haga con la mejor de las intenciones a efectos de promover la celeridad e inmediatez de la Autoridad; sin embargo, no resulta correcto que la Administración Pública intente cambiar la celeridad e inmediatez por la legalidad, sino que más bien deba articular sus esfuerzos por conseguir ambos fines, lo cual es posible si ejerce sus competencias utilizando las herramientas que la propia ley pone a su disposición.

FUENTES DE INFORMACIÓN

BARTELS VILLANUEVA, Jorge y Luz Mary, ARIAS ALPIZAR. (2010). “El secreto bancario. Aspectos históricos y problemática actual”, en: *Diálogos rev. electr. hist.*

CASTILLO CÓRDOVA, Luis. (2013). “La Constitución del Estado” en: *Advocatus*, 29: Revista editada por los alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima.

CASTILLO CÓRDOVA, Luis. (2022). *Las Fuentes Constitucionales Sobre Derechos Fundamentales*. Lima, Fondo Editorial del Poder Judicial.

CERVIN SÁNCHEZ, Raúl. (2016). “El fundamento del secreto bancario”, en: *Instituto de Derecho Penal*, 1.

DAMIÁN MEDINA, Omar Alfredo. (2019). “Análisis de las instituciones del comercio electrónico a la luz del Código de Protección y Defensa del Consumidor Peruano”, en *Tratado de Protección y Defensa del Consumidor*. Lima, Instituto Pacífico.

DAMIÁN MEDINA, Omar Alfredo y RIVERO NIETO, Alfredo Daniel. (2019) “La importancia del principio de confianza legítima en la tutela administrativa de la protección al consumidor”, en *Tratado de Protección y Defensa del Consumidor*. Lima, Instituto Pacífico.

JIMÉNEZ MURILLO, Roberto. (2011). Los principios de impulso de oficio y verdad material en el procedimiento administrativo, en: *Derecho PUCP*, 67 (2011).

STUCCHI LÓPEZ-RAYGADA, Pierino; BEZADA ALENCASTRE, José Antonio y Oscar, GARCÍA TIPISMA. (2021). *Manual de Derecho del Consumo a los Servicios Bancarios*. Lima, Palestra Editores.

MORÓNURBINA, Juan Carlos. (2019). Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General Nuevo Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444 (Decreto Supremo N° 004-2019-JUS). 14ª Ed. Tomo II. Lima, Gaceta Jurídica.

ANÁLISIS DE LA APLICACIÓN DE LAS TÉCNICAS ESPECIALES DE INVESTIGACIÓN: AGENTES ENCUBIERTO, ESPECIAL, REVELADOR Y VIRTUAL EN LA LUCHA CONTRA EL CRIMEN ORGANIZADO: A PROPÓSITO DEL DECRETO LEGISLATIVO 1611 QUE MODIFICÓ EL ARTÍCULO 341 DEL CODIGO PROCESAL PENAL PERUANO

ANALYSIS OF THE APPLICATION OF SPECIAL INVESTIGATION TECHNIQUES: COVERT, SPECIAL, REVEALING AND VIRTUAL AGENTS IN THE FIGHT AGAINST ORGANIZED CRIME: REGARDING LEGISLATIVE DECREE 1611 WHICH MODIFIED ARTICLE 341 OF THE PERUVIAN CRIMINAL PROCEDURE CODE

Livyn Yurely Aguinaga Vidarte
<https://orcid.org/0000-0001-5020-3162>
Ministerio Público
Liyurely_02hotmail.com
Perú

Recibido: 24 de octubre de 2023.

Aceptado: 7 de agosto de 2024.

SUMARIO

- Introducción
- Técnicas especiales de investigación: finalidad, ámbito normativo previsto en el ordenamiento jurídico peruano y principios que la regulan.
- Agente encubierto
- Agente revelador
- Agente especial
- Agente virtual
- Análisis de la importancia de la aplicación de las técnicas especiales de investigación previstas en el Decreto Legislativo 1611 que modificó el artículo 341 del Código Procesal Penal.
- Conclusiones
- Fuentes de información

RESUMEN

El objeto de estudio de este trabajo se centra en el Decreto Legislativo 1611 que modificó el artículo 341 del Código Procesal Penal, que dispuso entre otros, la incorporación de nuevas técnicas especiales de investigación. En el presente trabajo se abordará la finalidad que presentan las técnicas especiales de investigación en el esclarecimiento de los hechos delictivos realizados por las organizaciones criminales, así como los principios que la regulan y que impiden que su aplicación no vulnere derechos

fundamentales de las partes procesales. Por otro lado, se describirá en qué consiste la aplicación de las técnicas especiales de investigación, como lo son: agentes encubierto, revelado, especial y virtual; ello a propósito de la publicación del Decreto Legislativo 1611 que modificó el artículo 341 del Código Procesal Penal. Finalmente, se detallará la importancia que tiene el contenido de dicha modificación en la lucha contra el crimen organizado.

PALABRAS CLAVES: Técnicas especiales de investigación, agente encubierto, agente revelador, agente especial y agente virtual.

ABSTRACT

The object of study of this work focuses on Legislative Decree 1611 that modified article 341 of the Criminal Procedure Code, which established, among others, the incorporation of new special investigation techniques. This work will address the purpose of special investigation techniques in clarifying criminal acts carried out by criminal organizations, as well as the principles that regulate them and prevent their application from violating fundamental rights of the procedural parties. On the other hand, the application of special investigation techniques will be described, such as: covert, revealed, special and virtual agents; This is due to the publication of Legislative Decree 1611, which modified article 341 of the Criminal Procedure Code. Finally, the importance of the content of said modification in the fight against organized crime will be detailed.

KEYWORDS: Special investigation techniques, undercover agent, revealing agent, special agent and virtual agent.

INTRODUCCIÓN

Durante el siglo XXI la delincuencia organizada se ha expandido de forma internacional lo que ha puesto en alerta a los Estados, pues combatirla se ha vuelto en su principal reto, ya que gracias al avance tecnológico ha hecho más fácil que las organizaciones delictivas ejecuten sus actos, haciendo poco probable su aprensión. Además, se debe precisar que su expansión se debe también a otros factores como los actos de corrupción, extorsión, trata de personas y violencia que se realiza en los Estados. (Cancelado y Rodríguez, 2023).

En esa línea, no se puede omitir mencionar que el avance de las organizaciones delictivas se agiliza también por las débiles instituciones y garantías que brinda el Estado, pues los criminales se aprovechan de los vacíos legales y de las inadecuadas políticas de seguridad para expandirse, a lo que se adiciona que esa compleja estructura se ha ido integrando en las instituciones del Estado a través de la corrupción. (Cancelado y Rodríguez, 2023).

Por tales consideraciones, el avance de las organizaciones delictivas que no solo se ha desarrollado en el Perú, sino también a nivel mundial; ha hecho que se trate de establecer medidas para contrarrestarlas y limitar su actuación. En el caso en concreto, dichas medidas se continúan estableciendo con el Decreto Legislativo 1611 que modificó el artículo 341 del Código Procesal Penal, mediante el cual entre otros, se incorporó a las técnicas de especiales de investigación existentes, a los agentes reveladores y virtuales; razón por la cual, la investigación se justifica en la necesidad de precisar el ámbito de aplicación de las nuevas técnicas de investigación y las diferencias con las que se venían aplicando antes de la modificación; así como la importancia que tiene su aplicación en nuestro ordenamiento, y cómo contribuiría a reducir el avance del crimen organizado que no solo está avanzando en el Perú, sino también de forma internacional.

Respecto a la estructura de este artículo, a efecto de precisar la importancia de las técnicas especiales de investigación inicia con detallar la finalidad de las técnicas de investigación que han tenido en nuestro ordenamiento jurídico y los principios que las acompañan. Seguidamente se analiza la definición de las técnicas especiales de investigación establecidas en el artículo 341 del Código Procesal Penal con la publicación del Decreto Legislativo

1611, así como los requisitos que debe cumplir para que los ciudadanos o los agentes policiales puedan ser agentes. Finalmente, se describe la importancia de las técnicas especiales de investigación en el Perú a partir del Decreto Legislativo precitado, y la manera como pueden contribuir en la lucha contra el crimen organizado.

TÉCNICAS ESPECIALES DE INVESTIGACIÓN: FINALIDAD, ÁMBITO NORMATIVO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO Y PRINCIPIOS QUE LAS REGULAN

Finalidad

Las técnicas especiales de investigación son técnicas o herramientas que permiten la obtención de elementos o medios probatorios con el objeto de combatir la delincuencia organizada, tal y como disponen: la Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, de 1988 (“Convención de Viena” de 1988), y la Convención de Naciones Unidas sobre Delincuencia Organizada Transnacional (“Convención de Palermo”), y que posteriormente, fueron recogidas por “Las Cuarenta Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional sobre el Blanqueo de Capitales y a nivel nacional por la Ley 18.494. (Nogueira, 2014, p.5).

El Departamento contra la Delincuencia Organizada (DDOT, 2019), ha señalado que las técnicas especiales de investigación se han establecido con la finalidad de obtener información y elementos de convicción que permitan determinar a los presuntos autores de la comisión de los hechos delitos especialmente en crimen organizado, aunque en algunas legislaciones se han establecido que sea utilizado solo para delitos de tráfico ilícito de drogas.

Las técnicas especiales de investigación más eficaces en la lucha contra la criminalidad organizada y, en particular contra el tráfico de drogas y sustancias químicas, son: la intervención de las comunicaciones, la entrega vigilada o controlada, el agente encubierto, el informante o colaborador y el agente revelador. (Nogueira, 2014, p.6).

Ámbito normativo en el ordenamiento jurídico peruano

Al respecto, cabe precisar que, en el Estado peruano, en el artículo 44 de la Constitución Política de 1993, se establece que:

Son deberes primordiales del Estado: defender la soberanía nacional; garantizar la plena vigencia de

los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación.

Siendo así, el Estado peruano a través de sus instituciones, tiene que cumplir con este deber primordial realizando una eficiente labor en la lucha contra la criminalidad organizada. (DDOT, 2019).

Bajo este precepto constitucional, se creó el Decreto Legislativo N° 824 “Ley de Lucha contra el Tráfico Ilícito de Drogas” del 23 de abril de 1996, a través del cual, se incorporó en el artículo 28 las técnicas especiales de investigación como procedimientos en la realización de una investigación policial. En el artículo 29 se definió el contenido de los institutos de remesa controlada y agente encubierto, y el artículo 30 reguló la improcedencia de comparecencia de los efectivos policiales en el proceso. (DDOT, 2019).

Por su parte, se creó la Ley N° 27697 “Ley que otorga facultad al Fiscal para la intervención y control de comunicaciones y documentos privados en caso excepcional”, en la que se establecía dentro del artículo 1 que el marco y la finalidad de esta ley comprendía, entre otros, a los delitos como trata de personas, tráfico ilícito de drogas, tráfico ilícito de migrantes y lavado de activos. (DDOT, 2019).

Seguidamente, el Código Procesal Penal, “Decreto Legislativo 957” del 29 de julio de 2004, incorporó:

Un desarrollo amplio de las técnicas especiales de investigación al regular en el artículo 207, los presupuestos y ejecución de la videovigilancia en las investigaciones por delitos violentos, graves o contra organizaciones criminales. El artículo 226 abordó lo relativo a la autorización de la interceptación e incautación postal. En tanto que el artículo 230 reguló la intervención, grabación o registro de las comunicaciones telefónicas o de otras formas de comunicación y geolocalización de teléfonos móviles. (DDOT, 2019).

Por otro lado, dentro del precitado texto legal en el artículo 340, se definió:

la técnica especial de circulación y entrega vigilada de bienes delictivos, las cuales no sólo se restringen a las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas u otras sustancias prohibidas; sino que también abarcan, entre otros, a los bienes, dinero, títulos valores, efectos y ganancias en los delitos de lavado de activos; o los bienes relativos a los delitos aduaneros. (DDOT, 2019).

Mientras que, el artículo 341 del Código Procesal Penal (modificado por el artículo 2 del Decreto Legislativo 1307 del 30 de diciembre de 2016), contenía:

las disposiciones sobre los agentes encubierto y especial, incorporando una especial atención en actividades relacionadas a la criminalidad organizada, a la trata de personas, y a los delitos contra la administración pública. Por último, en el artículo 341-A del referido texto legal regula las operaciones encubiertas vinculadas, por ejemplo, a la organización criminal, trata de personas y delitos contra la administración pública. (DDOT, 2019).

El 20 de agosto de 2013, se creó la Ley 30077, “Ley contra el Crimen Organizado” del 20 de agosto de 2013, la misma que abordó en el artículo 7 las disposiciones generales de las técnicas especiales de investigación, siempre y cuando resulten idóneas, necesarias y proporcionales para el esclarecimiento de los hechos delictivos relacionados a sucesos cometidos por parte de una organización criminal. En el artículo 9 de dicha ley se reguló lo correspondiente a la interceptación postal, mientras tanto en el artículo 10 lo referido a la intervención de las comunicaciones. Por su parte, el artículo 12 contiene los alcances de la circulación y entrega vigilada de los bienes delictivos; el artículo 13 la regulación sobre el agente encubierto, mientras que el artículo 14 todo aquello pertinente a las acciones de seguimiento y vigilancia; y el artículo 15 los deberes de colaboración y de confidencialidad de las instituciones y entidades públicas y privadas. (DDOT, 2019).

Con la Ley 30096 (aclarada por fe de erratas del 23 de octubre de 2013), planteó en la segunda disposición complementaria final un tipo de agente encubierto para los delitos informáticos. También el Decreto Legislativo 1241, “Decreto Legislativo que fortalece la lucha contra el Tráfico Ilícito de Drogas” del 25 de setiembre de 2015, describió en el artículo 15 las funciones de la Policía respecto a la investigación y combate del tráfico ilícito de drogas, mientras el artículo 17 valida los actos y técnicas especiales de investigación en la lucha contra el crimen organizado y habilita procedimientos de captación de informantes y confidentes a fin de obtener información veraz y oportuna que permita la desarticulación de organizaciones criminales dedicadas al tráfico ilícito de drogas, identificación y detención de personas implicadas, decomiso de drogas e incautación de bienes. (DDOT, 2019).

Finalmente, con el Decreto Legislativo 1611 que modificó el artículo 341 del Código Procesal Penal, publicado el 21 de diciembre de 2023, donde se estableció entre otros, técnicas especiales de investigación como agentes revelador y virtual, así como su ámbito de aplicación.

Por tales consideraciones, se advierte que con el pasar del tiempo se ha ido regulando el procedimiento para el empleo de las técnicas especiales de investigación, a efectos que sea de utilidad para el cumplimiento de la finalidad del persecutor de la acción penal (Ministerio Público), las mismas que están dirigidas al esclarecimiento de los hechos delictivos materia de investigación penal, y que conforme a Nogueira (2014): “deben estar sometidas a estrictos criterios legales y judiciales” (p.6).

Principios que la regulan

La Corte Suprema de la República en el Acuerdo Plenario 10-2019/CIJ-116 -Organización criminal y técnicas especiales de investigación-, ha establecido los principios reguladores que deben seguir las técnicas especiales de investigación a efectos que su actuación se encuentre dentro del marco de la legalidad y no vulneren derechos fundamentales. Los principios que deben seguir las técnicas especiales de investigación en su actuación son los siguientes:

- *Principio de legalidad*: Implica que, para revestir de licitud a lo aportado por la prueba digital o electrónica, esta información debe respetar a la Constitución, tratados internacionales y otras normativas, en el sentido que aparte de respetar los parámetros del juicio de fiabilidad debe tener en cuenta que se persiga un fin legítimo, es decir, que permita el esclarecimiento de los hechos.
- *Principio de excepcionalidad o subsidiaridad*: en mérito de este principio quién valora la licitud del contenido de la prueba electrónica o licitud debe valorar si dicho contenido se erige como la última salida o resulta un medio de prueba fundamental para no dejar impune el delito, para ello debe tenerse en cuenta todos los elementos de convicción que se encuentren en el caso en concreto.
- *Principio de debido proceso*: El contenido vertido por la prueba electrónica necesariamente debe contar con los parámetros del juicio de fiabilidad establecidos anteriormente, a efectos de evitar manipulación o alteración en el contenido de la verdad, y un entorpecimiento al esclarecimiento de los hechos, y, por otro lado, con ello se garantiza una confiabilidad

probatoria para determinar si corresponde admitirla en el proceso penal.

- *Principio de proporcionalidad*: Con este principio se toma en cuenta todas las características del caso en concreto, y luego se analiza los intereses en conflicto, lo que significa establecer los sacrificios y beneficios, y posteriormente determinar cuál sería la medida más proporcional para lograr el esclarecimiento de los hechos delictivos. Para determinar si se admite el contenido por la prueba electrónica o digital como lícita debe efectuarse la aplicación de subprincipios intrínsecos: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, es decir, si escoger el contenido de la prueba electrónica resulta idóneo y necesario con el fin legítimo que está orientado con determinar a los responsables de los hechos delictivos materia de análisis.
- *Principio de pertinencia*: Solo se deberá admitir aquella información que sea relevante para el fin legítimo que se desea obtener, el cual está referido al esclarecimiento de los hechos, y, por lo tanto, a determinar a los responsables.

AGENTE ENCUBIERTO

Según Expósito (citado en Huamán, 2022):

el agente encubierto es un recurso humano de gran importancia en una investigación, que compromete una deformación de los principios constitucionales básicos y una limitación de los derechos fundamentales, de ahí que para su acción necesita de una autorización legal, que otorgue validez procesal a las pruebas obtenidas en su infiltración dentro de las organizaciones criminales (p.7).

El Tribunal Constitucional ha señalado que:

El Decreto Legislativo N° 824 “Ley de Lucha contra el Tráfico Ilícito de Drogas”, dispuso entre otras cosas, la regulación de los procedimientos especiales de investigación policial, tales como el de agente encubierto y la remesa controlada, cuya autorización, el control de su actuación y la decisión de su culminación corresponde, al Ministerio Público o Poder Judicial mediante decisión debidamente motivada. (Exp. N°04750-2007-PHC/TC, f.j.13).

Asimismo, el máximo intérprete de la Constitución precisó que:

El agente encubierto como técnica especial de investigación también ha sido abordada por el Nuevo Código Procesal Penal de 2004, cuando en el artículo 341° de dicho texto legal, se ha establecido que el Fiscal, cuando se trate de diligencias preliminares que afecten actividades propias de la delincuencia organizada y en tanto existan indicios de su comisión, podrá autorizar

a la Policía Nacional, mediante una disposición y teniendo en cuenta la necesidad de los fines de la investigación, a actuar bajo identidad supuesta. (Exp. N°04750-2007-PHC/TC, fj.14).

Por otro lado, mediante Decreto Legislativo 1611 “Decreto Legislativo que aprueba medidas especiales para la prevención e investigación del delito de extorsión y delitos conexos, así como para la modificación del Código Penal, aprobado mediante Decreto Legislativo N°635 y del Código Procesal Penal, aprobado por Decreto Legislativo N°957”, se estableció entre su segunda disposición complementaria, la modificación del artículo 341 del Código Procesal Penal peruano, el mismo que contiene el ámbito de aplicación del agente encubierto de la siguiente manera:

Agente encubierto: Ejecutado por miembro de la Policía Nacional del Perú en situación de actividad perteneciente a la unidad especializada competente, que reúna las condiciones necesarias para establecer contacto o infiltrarse en una banda u organización criminal. (Presidencia de la República, 2023, segunda disposición complementaria).

Esta técnica especial debe ser considerada como una herramienta de investigación que debe ser utilizada cumpliendo los parámetros legales establecidos para su aplicación, con la finalidad que se obtenga información relevante para el esclarecimiento de los hechos delictivos materia de la investigación penal. La información obtenida mediante la aplicación de esta técnica especial de investigación debe ser introducida en la carpeta que contiene la investigación penal además de ponerse en conocimiento del fiscal y de los efectivos policiales a cargo del caso, además debe precisarse que el agente encubierto deberá ser un efectivo policial. (DDOT, 2019).

La individualización del agente encubierto, su nombre ficticio, el número único que identifica el caso, la unidad especializada a la que pertenece y plazo de duración de la designación debe establecerse por escrito y bajo reserva, a efectos de garantizar su protección y alcanzar el cumplimiento del fin legítimo referido al esclarecimiento de los hechos. (DDOT, 2019).

Por su parte, DDOT (2019) precisa que para la aplicación del agente encubierto en una investigación se requiere del cumplimiento de los siguientes requisitos:

- Se debe verificar inicialmente toda la información que se obtenga de la organización criminal que se desea investigar, ello a efectos de conocer la forma y circunstancias de cómo se debe incorporar al agente encubierto a fin evitar poner en riesgo a los

efectivos policiales que ejecutarán dicha técnica especial de investigación.

- Se deberá escoger un nombre sencillo de aprender y que la información personal del agente no contenga grandes dificultades de entendimiento.
- Se debe mantener toda la documentación personal del efectivo policial que actúa como agente encubierto, sea documento de identidad, licencia de conducir, tarjetas de presentación, pasaporte, cuentas bancarias, entre otros escritos útiles.
- Se debe emplear un celular exclusivo para la operación, en el que los contactos y las imágenes fotográficas que se encuentren acumulados en la memoria sean concordantes con el argumento o historia utópico, con la finalidad de que no se descubra la identidad del efectivo policial que actúa como agente encubierto.
- Se debe adoptar un especial cuidado con las redes sociales que estén directamente vinculadas con el efectivo policial, para evitar que posibles fotografías o comentarios de policías, afecta la participación del efectivo policial como agente encubierto.
- En caso de que el agente encubierto deba emplear un vehículo para su movilización, deberá examinar la matrícula o placa patente del mismo, para que no sea concordante con el vehículo que use la organización criminal. La licencia de conducir debe estar concedida de acuerdo con los vehículos que va a usar.
- La efectividad del empleo de la técnica especial de investigación (agente encubierto) depende también del presupuesto que se le proporcione para realizar su labor.
- Previo a la aplicación del agente encubierto se deberá realizar un informe dirigido al fiscal a cargo de la investigación, el mismo debe contener todos los antecedentes de la investigación en forma detallada, y además deberá fundamentar por qué es adecuado el manejo como técnica especial de investigación. El modelo del informe deberá ser previamente aprobado por las instituciones autorizadas para ello.
- El agente encubierto debe recibir capacitación especializada para la labor que va a realizar.
- El efectivo policial que actúe como agente encubierto debe realizarlo de forma voluntaria y debe constar por escrito.
- El agente encubierto no puede ser el efectivo policial a cargo de la investigación.

Por último, corresponde precisar que Giraut (2022) sobre el agente encubierto sostiene lo siguiente:

- Su introducción en la organización criminal es continua, esto es, tiene un periodo de tiempo de duración indeterminado.
- La capacitación y designación del agente encubierto lleva la realización de un procedimiento estricto.

AGENTE REVELADOR

Molina (2021) señala que en Argentina sobre la figura del agente revelador se ha sostenido lo siguiente:

El agente revelador debe pertenecer a las fuerzas policiales, para su incorporación en la investigación penal no necesita de un conocimiento especializado como sí se le exige al agente encubierto, su función es para algo determinado o tramo de la investigación destinadas a el transporte, compra o consumo, para sí o para terceros de dinero, bienes, personas, servicios, armas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o participar de cualquier otra actividad de un grupo criminal, con la finalidad de identificar a las personas implicadas en un delito, detenerlas, incautar los bienes, liberar a las víctimas o de recolectar material probatorio que sirva para el esclarecimiento de los hechos ilícitos, la misma que debe ser autorizada por un fiscal o juez. (p.2).

El agente revelador no incita a la comisión del delito, sino que cumple un fin determinado que se le ha encomendado, su función no necesariamente se realiza dentro de la organización criminal, también lo puede realizar desde la parte externa, como una pieza externa, distinta y autónoma de dicha organización, pero ello no significa que participa de las actividades relacionadas con el fin delictivo de la organización criminal, sino que lo realiza sin ser parte de ella, como por ejemplo: cuando simula ser vendedor de drogas en un lugar de forma circunstancial o un cliente en el delito de trata de personas con fines de explotación sexual. (Molina, 2021).

Asimismo, Molina (2021), precisa que cuando su vida se encuentre en peligro tendrá la opción de permanecer activo o pasar en retiro con la cantidad de años que posea, recibiendo protección tanto él como su familia.

Por su parte, a través del Decreto Legislativo 1611¹ “Decreto Legislativo que aprueba medidas especiales para la prevención e investigación del delito de extorsión y delitos conexos, así

1 Al respecto, corresponde indicar que la modificación se realizó el 21 de diciembre de 2023.

como para la modificación del Código Penal, aprobado mediante Decreto Legislativo N°635 y del Código Procesal Penal, aprobado por Decreto Legislativo N°957”, se estableció en su segunda disposición complementaria, la modificación del artículo 341 del Código Procesal Penal peruano, con lo cual se instauró la definición de agente revelador, quedando de la siguiente manera:

Agente Revelador: Realizado por cualquier ciudadano, o por servidor o funcionario público, que, como integrante o miembro de una banda u organización criminal, actúe proporcionando información o las evidencias incriminatorias de aquellas; bajo el monitoreo directo de la autoridad policial. (Presidencia de la República, 2023, segunda disposición complementaria).

Finalmente, cabe precisar que Giraut (2022) sobre el agente revelador sostiene que:

- Su introducción en la organización criminal es para algo específico.
- La capacitación y designación del agente revelador no conlleva la realización de un procedimiento estricto.

AGENTE ESPECIAL

Sobre dicha técnica especial de investigación, la Corte Suprema de la República sostuvo que:

El agente especial lo dispone el fiscal y es un ciudadano que por el rol o situación en que está inmerso dentro de una organización criminal opera para proporcionar evidencias. Tiene el mismo *status* que el agente encubierto, puesto que viene amparado por una supuesta identidad. Debe poner a disposición de quien le autorizó la investigación toda la información que vaya adquiriendo, para su aportación al proceso. Es lógico que se reserve secretamente el nombre verdadero del agente encubierto o especial, al constituirse en una presunción *iure et de iure*, el peligro de la seguridad personal del agente, para su incorporación al igual que el agente encubierto necesita de la aprobación del fiscal encargado. (RN. N°3020-2015-JUNIN, considerando décimo tercero).

Por otro lado, el 21 de diciembre de 2023, mediante el Decreto Legislativo 1611 “Decreto Legislativo que aprueba medidas especiales para la prevención e investigación del delito de extorsión y delitos conexos, así como para la modificación del Código Penal, aprobado mediante Decreto Legislativo N°635 y del Código Procesal Penal, aprobado por Decreto Legislativo N°957”, se estableció en su segunda disposición complementaria, la modificación del artículo 341 del Código Procesal Penal peruano, con lo cual se contextualizó la

definición del agente especial, quedando de la siguiente manera:

Agente Especial: Realizado por elemento captado debido al rol, conocimiento o vinculación con actividades ilícitas, a fin de establecer contacto o insertarse en la actividad de banda u organización criminal, proporcionando información o las evidencias incriminatorias de aquellas; bajo el monitoreo directo de la autoridad policial. (Presidencia de la República, 2023, segunda disposición complementaria).

AGENTE VIRTUAL

En cuanto a esta técnica especial de investigación, el Decreto Legislativo 1611 “Decreto Legislativo que aprueba medidas especiales para la prevención e investigación del delito de extorsión y delitos conexos, así como para la modificación del Código Penal, aprobado mediante Decreto Legislativo N°635 y del Código Procesal Penal, aprobado por Decreto Legislativo N°957”, estableció en su segunda disposición complementaria, la modificación del artículo 341 del Código Procesal Penal peruano, con lo cual se instauró la definición del agente virtual, quedando de la siguiente manera:

Agente virtual: Realizado por personas debidamente entrenadas en materias de tecnología de la información y las comunicaciones, así como, los conocimientos y habilidades correspondientes con la finalidad de asumir un rol o condición a efecto del esclarecimiento de delitos en el ámbito virtual; bajo el monitoreo de la autoridad policial. (Presidencia de la República, 2023, segunda disposición complementaria).

ANÁLISIS DE LA IMPORTANCIA DE LA APLICACIÓN DE LAS TÉCNICAS ESPECIALES DE INVESTIGACIÓN PREVISTAS EN EL DECRETO LEGISLATIVO 1611 QUE MODIFICÓ EL ARTÍCULO 341 DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL PERUANO

Benites (2024) indica que, durante los primeros años de la década del 2000, en el Perú iban surgiendo y fortaleciendo diversas manifestaciones de criminalidad organizada, la cual se convierte en la principal amenaza que afronta el Estado peruano. Para el año 2024, en la Amazonía aparecieron tristes cifras de desforestación de bosques y líderes indígenas asesinados por la criminalidad organizada vinculada a la minería ilegal del oro. En la actualidad, esta actividad avanza enormemente debido a la limitada presencia del Estado y a la ausencia de normas sobre regulación en materia ambiental.

La criminalidad organizada ha ido creciendo también desde otros ángulos, como el sicariato y extorsión, y también se han logrado infiltrarse en las instituciones públicas de diferentes formas e incluso se logran construir dentro de estas. La situación descrita no solo expresa el avance de las organizaciones delictivas, sino también advierte la pérdida de legitimidad del Estado y la confianza de los ciudadanos en la eficiencia represiva en la lucha de la criminalidad organizada. (Benites, 2024).

A partir de lo expuesto, se debe precisar que López (citado en Huamán, 2022), ha expuesto que:

Al crimen organizado hay que hacerle frente con estrategias excepcionales tanto legales como de inteligencia, por lo que se requiere de operadores jurídicos experimentados en la materia y una investigación especializada, calificada y competente de la Fiscalía anticorrupción y contra el crimen organizado, de las instituciones de seguridad e inteligencia del Estado, de la inteligencia financiera y tributaria.

Dentro de las estrategias excepcionales que se han venido aplicando para combatir a las organizaciones delictivas, el Estado peruano conforme a los fundamentos antes descritos, ha regulado en diferentes normas la aplicación de técnicas especiales de investigación², cada una de ellas con su un ámbito de aplicación y funcionamiento, que incluso ha ido cambiando a largo de la historia. En el caso en concreto, para el 20 de diciembre de 2023, el artículo 341 del Código Procesal Penal, solo establecía la figura del agente encubierto y especial como técnicas especiales de investigación instaurada para casos de criminalidad organizada, de la trata de personas, de los delitos de contra la administración pública previstos en los artículos 382 al 401 del Código Penal. (Presidencia de la República, 2016).

Posteriormente, el 21 de diciembre de 2023, con la publicación del Decreto Legislativo 1611 “Decreto Legislativo que aprueba medidas especiales para la prevención e investigación del delito de extorsión y delitos conexos, así como para la modificación del Código Penal, aprobado mediante Decreto Legislativo N°635 y del Código Procesal Penal, aprobado por Decreto Legislativo N°957”, que modificó el artículo 341 del Código Procesal Penal peruano, se incorporó entre otros, dos técnicas especiales de investigación referidas a los agentes revelador y virtual, conceptualizando su ámbito de aplicación cuando se haga uso de ellas.

2 Decreto Legislativo N° 824, Ley N° 27697, Decreto Legislativo 957, Decreto Legislativo 1307, Ley 30077 y Ley 30096.

A partir de la modificación del artículo 341 del Código Procesal Penal peruano prevista en el Decreto Legislativo 1611, no solamente se agregaron dos técnicas especiales de investigación, sino que también se conceptualizó el ámbito de aplicación de las figuras existentes como lo son: agentes encubierto y especial. Por lo que, se considera que la modificación establecida permitirá la uniformización de criterios para la utilización de las mencionadas técnicas, pues en algún momento la figura del agente especial se desnaturalizó al aplicarla como una modalidad del agente encubierto; de ahí la necesidad de la importancia de su pronta incorporación y regulación, pues conforme lo sostiene Guariglia (p.59), esto contribuirá además a la “actuación a cara a descubierta de los órganos encargados de la persecución penal” en la averiguación de la verdad para la lucha contra las organizaciones delictivas.

Ese sentido, cabe precisar que el legislador ha tenido la intención de uniformizar criterios en la actuación de las técnicas especiales de investigación relacionadas a los agentes encubierto, revelador, especial y virtual, cuando en la parte *in fine* del artículo 341 del Código Procesal Penal (modificado por el Decreto Legislativo 1611), ha agregado otra técnica especial de investigación denominada informante o confidente, definiendo su ámbito de aplicación de la siguiente manera:

Es la persona que proporciona bajo cualquier motivación la información confidencial obre la comisión de delitos cometidos por banda u organización criminal. El registro de informantes o confidentes a efectos de ser beneficiados con pago pecuniario con recursos especiales de inteligencia y los respectivos procedimientos (...) (Presidencia de la República, 2023, segunda disposición complementaria).

Por otra parte, se advierte que, la importancia de la modificación del artículo 341 del Código Procesal Penal no se limita a lo indicado en los párrafos precitados, sino que también está orientada a mantenerse en consonancia con el avance tecnológico, pues los agentes encubierto y especial no podrán cubrir dicha función como si lo puede realizar el agente virtual; toda vez de acuerdo a Arantza (2022), dicha técnica especial de investigación actuará como mecanismo de prevención delictiva ante técnicas ineficaces por el avance tecnológico. Su ámbito de actuación se centra en delitos tecnológicos, la misma que debe ser una medida excepcional, puesto que solo debe existir cuando no exista otra medida o técnica que pueda afectar en menor medida los derechos fundamentales.

En ese marco, se colige que la principal importancia de la incorporación de las precitadas técnicas de investigación así como la definición de su ámbito de aplicación, se centra en lograr medidas eficientes en la lucha contra el avance del crimen organizado, ya que se debe tener en cuenta que las organizaciones criminales van cambiando su forma de operación, y se necesita nuevas técnicas o herramientas estructuradas y definidas para combatirlas, pues ellos van utilizando nuevos mecanismos como los tecnológicos para lograr cometer nuevos hechos delictivos.

No obstante, sobre esta línea conviene resaltar lo expuesto por Huamán (2022):

Sin embargo, la labor del equipo de inteligencia de la Policía Nacional y del Ministerio Público no es acompañada de recursos humanos y materiales suficientes, de tecnologías de punta acorde a su objetivo de hacer frente a una organización criminal dotada de sofisticados adelantos tecnológicos. De otro lado, la escasa coordinación entre Poder Judicial, Fiscalías, Policía Nacional del Perú, Procuradurías y Unidad de Inteligencia Financiera, es uno de los factores que interviene negativamente para hacer frente eficientemente al crimen organizado; lo que implica contar con planes estratégicos contra el crimen organizado y más aún todavía un inicio de reformas en el servicio de inteligencia del Estado.

Por tales consideraciones, se sostiene que dichas técnicas especiales de investigación si podrían constituir medidas eficientes en la lucha contra el crimen organizado, por citar un ejemplo, ante los métodos ineficaces que existen en nuestro ordenamiento jurídico por el avance tecnológico, pero quizás acorde a los expuesto por la precitada autora, esto podría ser insuficiente en la medida que para combatir a la criminalidad organizada, se necesita de la existencia de diversos factores, tales como dotar a las instituciones de recursos humanos y de equipos tecnológicos sofisticados para que se pueda utilizar las técnicas especiales de investigación, pero sobre que las instituciones que laboran en la lucha contra el crimen organizado actúen coordinadamente.

CONCLUSIONES

Las técnicas especiales de investigación previstas en el artículo 341 del Código Procesal Penal tienen como propósito obtener información relevante y necesaria para el esclarecimiento de los hechos delictivos especialmente cometidos dentro de una organización criminal, la misma que está referida a identificar a los presuntos autores que conforman la organización criminal,

las actividades que realizan y las funciones de los integrantes de dicha organización.

Con la publicación del Decreto Legislativo 1611, que modificó el artículo 341 del Código Procesal Penal peruano, se ha incorporado dos técnicas especiales de investigación referidas a los agentes revelador y virtual, así como el ámbito de aplicación de estas y de las técnicas existentes relacionadas a los agentes encubierto y especial.

Adicionalmente, a las técnicas especiales de investigación (agentes encubierto, especial, revelador y virtual), se ha incorporado la definición y ámbito de aplicación de la persona que puede fungir como informante o confidente.

La importancia del Decreto Legislativo 1611 que modificó el artículo 341 del Código Procesal Penal, radica en lo siguiente: a) busca lograr la uniformización de criterios para utilizar las técnicas especiales de investigación referidas a los agentes encubierto, especial, revelador y virtual, con la finalidad de contribuir al esclarecimiento de los hechos; b) el Estado peruano ha incorporado al agente virtual como técnica especial de investigación que pueda estar en consonancia con el avance tecnológico que ha contribuido a que las organizaciones delictivas se expandan; y, c) se espera que se conviertan en medidas eficaces para combatir la criminalidad organizada.

FUENTES DE INFORMACIÓN

Fuentes hemerográficas

Cancelado, H & Rodriguez, V (2023). El impacto de la delincuencia organizada en el sistema internacional contemporánea. *Revista Científica General José María Córdova*, Vol.21, núm. 43, p.p.628-646.

Huamán García, Elizabeth (2022). El crimen organizado en el Perú y las técnicas especiales de investigación e inteligencia, *Vox Juris* (40), 1, p.p.81-90.

Guariglio, F (1994). El agente encubierto ¿un procedimiento protagonista en el procedimiento penal?, *Dialnet* (23), p.p.49-60.

Nogueira D” Argenio (2014). Las especiales técnicas de investigación de los delitos de lavado de activos introducidas por la Ley 18.494 con especial énfasis en la figura del agente encubierto. *Revista pensamiento penal*.

Fuentes electrónicas

Benites (2024) La sombra que persiste: el ascenso de la criminalidad organizada en Perú. <https://idehpucp.pucp.edu.pe/boletin-eventos/la-sombra-que-persiste-el-ascenso-de-la-criminalidad-organizada-en-peru-29064/>

Guía práctica de técnicas de investigación en casos de delincuencia organizada transnacional (2019). En: Departamento contra la Delincuencia Organizada Transnacional (DDOT) Secretaría de Seguridad Multidimensional (SMS). <https://bit.ly/3ljr9Oz>.

Giraut, P (2022). Técnicas de investigación de los delitos complejos. <https://www.youtube.com/live/WgeYiwAfZbw?feature=share>.

Molina, J (2021). La investigación de los delitos de la ley 23.737: el agente encubierto -agente revelador-informante. <https://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/88915-investigacion-delitos-ley-23737-agente-encubierto-agente-revelador-informante>.

Jurisprudencia

Corte Suprema de la República (2019). Acuerdo Plenario 10-2019/CJ-116. Asunto: Sobre organizaciones criminales y técnicas especiales de investigación.

Corte Suprema de la República (2016). Recurso de Nulidad 3020-2015-JUNIN.

Sentencia del Tribunal Constitucional (2008). Exp. N.º 04750-2007-PHC/TC.

Fuentes legales

Presidencia de la República (2016). Decreto Legislativo 1307 – Decreto Legislativo que modifica el Código Procesal Penal para dotar de medidas de eficacia a la persecución y sanción de los delitos de corrupción de funcionarios y de criminalidad organizada.

Presidencia de la República (2023). Decreto Legislativo 1611 - Decreto Legislativo que aprueba medidas especiales para la prevención e investigación del delito de extorsión y delitos conexos, así como para la modificación del Código Penal, aprobado mediante Decreto Legislativo N°635 y del Código Procesal Penal, aprobado por Decreto Legislativo N°957.

Tesis

León Camino, A (2022). *El agente encubierto virtual*. (Tesis del doctorado). Universidad Carlos III Madrid, España.

EL MOSAICO DE VENTANILLAS ÚNICAS DEL COMERCIO

THE MOSAIC OF SINGLE WINDOW FOR TRADE

Víctor Nikiforovich Sidorov
<https://orcid.org/0000-0002-0818-7370>
Universidad Estatal de Derecho de Moscú O. E. Kutafin
svn-svn@yandex.ru
Rusia

Elena Victorovna Sidorova
<https://orcid.org/0000-0001-7086-5235>
Universidad Carlos III de Madrid
100392320@alumnos.uc3m.es
España

Recibido: 19 de abril de 2024.

Aceptado: 16 de agosto del 2024.

SUMARIO

- Introducción
- La facilitación del comercio al nivel internacional
- Las tecnologías de la información en transacciones comerciales
- La noción de la ventanilla única para el comercio
- La ventanilla única para importadores y exportadores
- La ventanilla única relacionada con el transporte
- Las plataformas para el comercio
- Conclusiones
- Fuentes de información

RESUMEN

En un contexto de comercio global en constante evolución, los sistemas de «ventanilla única» se han convertido en herramientas clave para simplificar y optimizar los procesos comerciales. Estos sistemas juegan un papel crucial en la simplificación y automatización de la interacción entre las empresas y las autoridades gubernamentales, permitiendo el intercambio de información y el cumplimiento de los requisitos regulatorios a través de una interfaz única. Sin embargo, la práctica demuestra que los enfoques para implementar el concepto de «ventanilla única» varían significativamente en función de las características y necesidades de

las diferentes economías. Este artículo explora la diversidad de los sistemas de ventanilla única existentes y su impacto en la simplificación de las operaciones comerciales. Se pone especial énfasis en dos tipos principales de sistemas de ventanilla única: (i) los sistemas orientados a importadores y exportadores, y (ii) los sistemas relacionados con la transportación de mercancías. La discusión destaca la importancia de las plataformas de interacción en el comercio, que aseguran la integración de los procedimientos comerciales y de transporte a nivel global. Por último, se empleó una metodología documental junto con un enfoque dogmático jurídico.

PALABRAS CLAVES: Derecho Internacional, Comercio Internacional, Ventanilla Única, Facilitación del Comercio, Plataformas Digitales.

ABSTRACT

In a constantly evolving global trade context, «single window» systems have become key tools for simplifying and optimizing commercial processes. These systems play a crucial role in streamlining and automating the interaction between businesses and government authorities, allowing for the exchange of information and compliance with regulatory requirements through a single interface. However, practical experience shows that approaches to implementing the «single window» concept vary significantly based on the characteristics and needs of different economies. This article explores the diversity of existing single window systems and their impact on simplifying commercial

operations. It places particular emphasis on two main types of single window systems: (i) those oriented towards importers and exporters, and (ii) those related to the transportation of goods. The discussion highlights the importance of interaction platforms in trade, which ensure the integration of commercial and transportation procedures on a global scale. Finally, a documentary methodology was used along with a legal doctrinal approach.

KEYWORDS: International Law, International Trade, Single Window, Trade Facilitation, Digital Platforms

INTRODUCCIÓN

El Derecho Internacional Económico es el conjunto de normas que regula las relaciones económicas entre los Estados y las que tienen lugar en el seno de las organizaciones internacionales de ámbito socioeconómico. A lo largo de la historia, diversas corrientes teóricas han emergido con el objetivo de arrojar luz sobre los fundamentos, propósitos y, particularmente, los efectos de la liberalización del comercio internacional, lo cual representa un componente esencial de esta disciplina. La regulación del comercio internacional comenzó a implementarse de manera significativa a mediados del siglo XX, especialmente a través del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT), que estableció las bases para crear un entorno competitivo entre las naciones. El GATT operaba en base a principios clave, como el trato nacional, la no discriminación, la cláusula de nación más favorecida, la reciprocidad en los compromisos y la eliminación de aranceles y restricciones cuantitativas. Este enfoque tiene como objetivo principal la promoción de la libre circulación de bienes a nivel internacional, lo que, en teoría, conlleva una mayor especialización productiva y un aumento del bienestar económico a largo plazo.

Durante mucho tiempo, se entendía que el comercio internacional se refería principalmente al movimiento de mercancías a través de las fronteras y que la política comercial se centraba en aspectos relacionados con los aranceles aduaneros (Van Grastek, 2013, p. 18). A pesar de que la reducción de aranceles aduaneros es un componente esencial de la liberalización comercial, no debe considerarse como la única medida necesaria para lograr los objetivos deseados en el ámbito del comercio internacional. A lo largo de la historia del comercio internacional, los Estados han empleado una variedad

de medidas no arancelarias (Organización Mundial del Comercio [OMC], 2019, p. 46) como una alternativa para proteger sus mercados nacionales. La aplicación de medidas no arancelarias, aunque legítima y necesaria en muchos casos, plantea una serie de cuestiones críticas que requieren un abordaje cuidadoso. Algunas medidas no arancelarias pueden tener un efecto positivo en el comercio internacional. Por ejemplo, las normativas que aseguran la integridad de los productos, la conservación del entorno natural o el bienestar público pueden ser ventajosas al fomentar altos niveles de calidad y la confianza de los consumidores.

No obstante, también es cierto que numerosas regulaciones no arancelarias pueden imponer restricciones significativas y distorsionar considerablemente el comercio internacional. Algunas de estas medidas pueden ser utilizadas de manera proteccionista (Hernández Díaz, 2014, pp. 251-273; Fernández Rozas, 2010, p. 165; Coppelli Ortiz, 2019, p. 336) para favorecer a los productores nacionales en detrimento de los competidores extranjeros. En lugar de buscar la eliminación de las medidas no arancelarias, se propone considerar enfoques que disminuyan la complejidad y el impacto negativo de estas regulaciones, mientras se conservan las medidas esenciales para garantizar la protección. En la XIII sesión de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, que tuvo lugar en 2012, se enfatizó la necesidad de disminuir y eliminar las barreras injustificadas al comercio para promover un comercio más libre y justo. En este contexto, es crucial que las medidas no arancelarias se apliquen de manera equitativa y transparente, y que se reduzcan de manera efectiva los obstáculos procedimentales que afectan al comercio exterior.

La inclusión de esta nueva categoría refleja el reconocimiento de que las barreras al comercio no se limitan únicamente a los aranceles, y que las regulaciones y procedimientos también pueden tener un impacto significativo en el flujo de bienes y servicios entre países. Los participantes en el comercio internacional a menudo deben lidiar con una gran cantidad de documentos e información para cumplir con los requisitos de importación y exportación. Cada país puede tener sus propios procedimientos y regulaciones, lo que puede hacer que el proceso sea altamente complejo y burocrático. En una sola transacción comercial, puede haber múltiples participantes, documentos y elementos de datos involucrados. Una transacción comercial

puede incluir hasta 30 participantes diferentes, 40 documentos diversos y hasta 200 elementos de datos que deben ser presentados a diversas autoridades gubernamentales.

Estos obstáculos pueden hacer que el proceso sea más complejo y costoso (Baccetta, 1998, p. 36; Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos y la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo [OECD], 2018, p. 112). Los datos respaldan la idea de que los obstáculos de procedimiento al comercio pueden aumentar significativamente los costos de las mercancías y tener un impacto económico considerable en el comercio internacional. De acuerdo con los informes de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos y la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, cumplir con estos requisitos puede representar una porción significativa del costo total de los bienes. El rango de impacto varía entre el 3.5% y el 7% del costo de las mercancías, pero en algunos casos puede ser aún más elevado, llegando a un rango del 10% al 15% (The United Nations Network of Experts for Paperless Trade and Transport in Asia and the Pacific [UNNEXt], 2012, p. 3). Además, los estudios mencionan que «las demoras en la frontera pueden tener un gran impacto negativo en la calidad de los productos agroalimentarios percederos y, por lo tanto, en su valor» (Moisé y Sorescu, 2021).

En efecto, ha aumentado el interés en la liberalización comercial y han surgido nuevas preguntas relacionadas con la «facilitación del comercio» (Kobayashi, 2023), que se centran en los aspectos «operativos del comercio» y no en las cuestiones económicas que habitualmente se encuentran en las negociaciones comerciales del GATT (Grainger, 2011, p. 39). Los estudios muestran que,

[...] la implementación de medidas de facilitación del comercio incrementa el comercio total de mercancías ... Por lo tanto, mejorar la simplificación, armonización y digitalización de los procedimientos aduaneros promueve la participación de los países en la red comercial global y potencialmente en las cadenas de valor globales. (Masood y Martínez-Zarzoso, 2024).

El estudio sobre las reformas en el ámbito de la facilitación del comercio en Perú confirma que la facilitación del comercio juega un papel clave en el aumento de la competitividad exportadora del país (Lee, Rocha y Ruta, 2021).

La relevancia de esta área se evidencia, en particular, en el desarrollo y la aprobación del Acuerdo sobre Facilitación del Comercio de la Organización Mundial del Comercio, que entró en vigor en 2017 y fue el resultado de negociaciones largas y complejas durante la Ronda de Doha (Eliason, 2015). El Acuerdo sobre Facilitación del Comercio tiene como objetivo llenar los vacíos en el marco legal de la OMC en lo que respecta a la regulación de los procedimientos aduaneros, así como mejorar su transparencia. En complemento a este acuerdo, los países incluyen disposiciones sobre la facilitación del comercio en sus acuerdos comerciales regionales (Kieck, 2020, pp. 293-319).

Con la entrada en vigor del Acuerdo de la OMC, las tecnologías de la información han permitido «la traslación al espacio digital de procesos ... preexistentes en el mundo físico» (Alba Fernández, 2021, p. 250) y han promovido la idea de «comercio sin papel» (Epps, 2024; Burri y Polanco, 2020, pp. 187-220). El comercio sin papel representa un avance significativo en el ámbito del Derecho Internacional Económico (Castillo y Kugler, 2024; Burri, 2023 y 2024; Mitchell y Chin, 2023), el Derecho Comercial Internacional (Alba Fernández, 2023; Rodríguez de las Heras Ballell, 2024; Mishra, 2024) y el Derecho Transnacional (Christou, Moya Mose y Taylor, 2023).

Esta concepción busca sustituir los documentos tradicionales en papel por documentos electrónicos, lo que debería simplificar, acelerar y hacer más transparentes las operaciones comerciales internacionales. Uno de los principales desafíos es garantizar la validez legal y el reconocimiento de los documentos comerciales electrónicos en diversas jurisdicciones. Las diferencias en las leyes nacionales pueden crear barreras legales para el uso de documentos electrónicos. Las Leyes Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional están diseñadas para abordar este problema, proponiendo reglas y estándares unificados sobre el uso de medios electrónicos, el comercio electrónico, la firma electrónica, la identificación personal, entre otros.

La tecnología principal prevista para la automatización de los procesos administrativos relacionados con las transacciones comerciales es la ventanilla única para el comercio, que tiene el potencial de contribuir al incremento de las oportunidades para el comercio internacional.

LA FACILITACIÓN DEL COMERCIO AL NIVEL INTERNACIONAL

El término «facilitación del comercio» se desarrolla cuando la liberalización del comercio internacional se convierte en una cuestión clave de la política comercial internacional. A pesar de esto, tanto la comunidad académica como la comunidad internacional no han logrado ponerse de acuerdo sobre la definición del término «facilitación del comercio». El análisis de las definiciones más comunes de la facilitación del comercio ha permitido identificar los principales vectores de su implementación. Esta noción se puede entender en dos sentidos: «estricto» y «amplio». Ambos sentidos de facilitación del comercio son importantes para mejorar la eficiencia y reducir los costos del comercio, pero se diferencian en términos de los enfoques y las medidas específicas utilizadas.

La facilitación del comercio, en su sentido más «estricto», se orienta hacia la mejora de la eficiencia en las operaciones aduaneras y comerciales en las fronteras, a diferencia de los principios de no discriminación y reciprocidad, que se centran en la justicia y la igualdad en el comercio internacional (Grainger, 2021, pp. 214-246; Izam, 2001, pp. 1-7; Díez, 2009, pp. 34-37). La tendencia hacia la estandarización y la armonización de los procedimientos aduaneros en las fronteras se promueve a través de la Organización Mundial del Comercio como parte de sus esfuerzos para facilitar el comercio internacional y reducir las barreras comerciales. Según la OMC (2015, p. 38), mejorar la eficiencia del comercio en las fronteras es crucial y tendrá un impacto fundamental en la disminución de los costos y los tiempos asociados con las transacciones comerciales.

El desarrollo de las cuestiones que se reflejan en el sentido «estricto» es importante, pero no es suficiente para satisfacer las necesidades del comercio internacional moderno. La esfera de facilitación del comercio es más amplia que las cuestiones relacionadas con las formalidades aduaneras (Saavedra y Verónica Fossati, 2006, pp. 67-77; Cosgrove-Sacks, 2007). Incluye procedimientos comerciales asociados a la eficiencia del transporte, las infraestructuras portuarias y la logística.

La Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa para la Facilitación del Comercio y el Comercio Electrónico (CEFACT/ONU) define la facilitación del comercio como «La simplificación, la estandarización y la armonización de los procedimientos y los

flujos de información requeridos para mover mercancías del vendedor al comprador y para realizar el pago». La definición proporcionada por CEFACT/ONU establece claramente que esta noción implica la simplificación, estandarización y armonización de los procedimientos y flujos de información requeridos en todo el proceso de comercio internacional, desde la compra de bienes o servicios hasta la entrega y el pago (La Guía de Implementación de la Facilitación del Comercio, 2023). Este enfoque abarca no solo la gestión de trámites aduaneros, sino también la mejora del entorno empresarial y normativo en general.

Los sentidos tradicionales de facilitación del comercio, como «infraestructura» normativa y de la infraestructura de «ladrillo y mortero» (Rudman y Sands, 2021, p. 12), se ven complementados por un elemento nuevo en este contexto. En efecto, las dimensiones de facilitación del comercio, tanto «suave» como «dura», según lo señalado por Portugal-Pérez y Wilson (2010), pueden enriquecerse con la dimensión tecnológica, enfocada en la automatización de los procedimientos comerciales.

Los sistemas de suministro internacionales son intrincados y abarcan tres capas esenciales: (i) movimiento físico de mercancías; (ii) aspectos financieros de la transacción; (iii) flujo de información (Christopher, 2015, p. 2; Wang y Wei, 2007, pp. 647-674). El flujo de información es esencial para coordinar y gestionar las capas anteriores. Implica la transmisión de datos, documentación comercial, seguimiento de envíos y otros aspectos relacionados con la comunicación entre los diferentes actores en el sistema de suministro, como exportadores, importadores, autoridades aduaneras, transportistas y bancos. La interacción entre estas tres capas es crítica para un comercio internacional eficiente. La falta de armonización, estandarización y eficiencia en el flujo de información puede resultar en demoras y costos innecesarios en el comercio internacional. La implementación de tecnologías de la información puede optimizar esta colaboración interinstitucional y simplificar los procedimientos relacionados con el comercio internacional en todos los niveles gubernamentales. Estudios confirman que una gran reducción en los costos comerciales puede lograrse mediante un enfoque integral y digital en la implementación del Acuerdo de Facilitación del comercio, orientado a acelerar la digitalización de los procedimientos comerciales (Duval y Chorthip, 2022).

LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN EN TRANSACCIONES COMERCIALES

La facilitación del comercio ha sido objeto de diversas perspectivas en cuanto a su relación con las tecnologías de la información (Wilson, Mann y Otsuki, 2005, pp. 841-871; Duval y Utoktham, 2011; Shepherd y Wilson, 2009, pp. 367-383; Schware y Kimberley, 1995). Se reconoce que las tecnologías de la información desempeñan un papel significativo en mejorar el movimiento de mercancías a través de las fronteras y aumentar la eficiencia de las transacciones comerciales (Kramer, Jenkins y Katz, 2007, p. 7; Hummels, Ishii y Yi, 2001, pp. 75-96). La integración de tecnologías de la información en la facilitación del comercio ha sido un componente fundamental, especialmente en el contexto de la modernización de las aduanas (De Wulf y McLinden, 2005, pp. 285-310). Un cambio hacia la digitalización y la utilización de tecnologías de la información para mejorar la facilitación del comercio y la eficiencia en los procedimientos aduaneros refleja el Convenio Internacional para la Simplificación y Armonización de los Procedimientos Aduaneros, comúnmente conocido como el Convenio de Kyoto.

Las disposiciones de la norma transitoria 3.18 y la norma transitoria 3.21 del Convenio de Kyoto reflejan el reconocimiento global de la importancia de la digitalización y la presentación electrónica de documentos en los procedimientos aduaneros. Estas normas establecen claramente que las autoridades aduaneras deben permitir la presentación de la declaración de mercancías y los documentos correspondientes por medios electrónicos. La norma transitoria 3.18 destaca específicamente que la aduana permite la presentación de documentos a través de medios electrónicos. Esto implica un cambio significativo en la forma en que se manejan los procesos aduaneros, brindando a los actores comerciales la flexibilidad y eficiencia asociadas con la presentación electrónica. Por otro lado, la norma transitoria 3.21 va un paso más allá al permitir que la declaración de mercancías sea presentada por vía electrónica.

La presentación electrónica de la declaración agiliza los procesos, reduce los tiempos de espera y disminuye la probabilidad de errores. Estas disposiciones reflejan un cambio hacia la digitalización y la utilización de tecnologías de la información para mejorar la facilitación del comercio y la eficiencia en los procedimientos aduaneros. Este enfoque tiene el potencial

de reducir significativamente los errores e inconsistencias que podrían causar demoras en el comercio internacional, optimizando así los procesos del comercio internacional humanos.

Los primeros proyectos de automatización de procedimientos comerciales como el Sistema Aduanero Automatizado se enfocaron principalmente en la facilitación del intercambio de información dentro del ámbito aduanero. Esta etapa de «automatización aduanera» garantiza diversos beneficios tanto para los gobiernos como para los comerciantes, destacándose especialmente en la aceleración del proceso de levante aduanero. Sin embargo, es crucial señalar que no elimina por completo todos los trámites innecesarios asociados con las transacciones comerciales internacionales.

Los beneficios para el comercio internacional pueden lograrse si los requisitos impuestos por los organismos gubernamentales, incluso las autoridades en el área de la salud, la seguridad, así como los organismos gubernamentales especializados para realizar controles fronterizos, también pueden recibir los datos en formato electrónico. En efecto, el uso de tecnologías de la información puede ser una herramienta crítica para la facilitación del comercio, especialmente en lo que respecta no solo a la gestión aduanera, la eliminación del uso de documentos físicos sino también mejorar la coordinación y colaboración entre diferentes agencias gubernamentales, lo que contribuye a una mayor eficacia en la gestión de los flujos de mercancías (McMaster y Nowak, 2007, p. 6).

Este enfoque se persigue la consolidación de la presentación de datos a través de un sistema de comunicación que permita a todas las autoridades gubernamentales acceder a la información relevante sobre las mercancías. Especialmente a despertado un interés a nivel internacional en la implementación de una ventanilla única para el comercio, diseñada para la presentación y procesamiento de información y documentos ante diversas entidades gubernamentales, no limitándose únicamente a la aduana. Las recomendaciones de organizaciones internacionales favorecen la adopción de ventanilla única nacional para maximizar los beneficios y la eficiencia en el comercio transfronterizo (UN/CEFACT, 2020). El Acuerdo de facilitación del comercio de la OMC destaca las ventanillas únicas (artículo 10.4) y la cooperación entre organismos fronterizos (artículo 8.2) como herramientas importantes para facilitar el comercio internacional.

LA NOCIÓN DE LA VENTANILLA ÚNICA PARA EL COMERCIO

La facilitación del comercio es un concepto amplio que engloba diversas medidas del comercio sin papel destinadas a promover el flujo libre del comercio internacional. Estas medidas buscan simplificar y agilizar los procedimientos y trámites relacionados con el comercio exterior. La aplicación de una ventanilla única es una de las principales medidas utilizadas en el comercio internacional para impulsar la facilitación del comercio y mejorar la eficiencia, transparencia y previsibilidad de las operaciones comerciales.

La ventanilla única surge como un elemento fundamental en diversas iniciativas de gobierno electrónico, reflejando el deseo de las autoridades de crear un mecanismo eficiente para el intercambio de datos entre empresas y ciudadanos. (González-Bustamante, 2020, pp. 97-129). En paralelo, la ventanilla única ofrece también una solución eficaz para superar las barreras administrativas en el ámbito del comercio internacional.

El concepto de ventanilla única en el ámbito del comercio internacional se enfoca en simplificar los procesos para importadores y exportadores al consolidar toda la información y documentación necesaria en un único punto de acceso. Este enfoque tiene como objetivo primordial aliviar la carga administrativa que enfrentan las empresas al realizar operaciones comerciales transfronterizas. Al permitir la presentación electrónica de documentos, la ventanilla única no solo agiliza los trámites aduaneros, sino que también reduce los tiempos de espera y los costos asociados. Además de mejorar la eficiencia operativa, la ventanilla única promueve la transparencia y la coordinación entre las diferentes agencias gubernamentales y los participantes del comercio. Facilita una mayor colaboración, lo que a su vez contribuye a una ejecución más efectiva de los procedimientos aduaneros. Este enfoque integrado optimiza la gestión de la información, minimiza la duplicación de esfuerzos y promueve una mayor coherencia en la aplicación de regulaciones comerciales

Según UN/CEFACT,

La ventanilla única es un instrumento de facilitación del comercio que permite a las partes de una transacción comercial y transporte presentar la información y documentos normalizados en un solo punto con el fin de dar cumplimiento a todos los requerimientos

de importación, exportación y los relacionados con el tránsito de bienes. Cada segmento de información debe ser presentado una sola vez en el formato electrónico. (2020, p. 5).

La idea principal de este modelo radica en que las empresas extraen, formatean y transmiten la información necesaria para el control aduanero y otros procedimientos administrativos. El método de «transmisión» de información, arraigado en el enfoque de la ventanilla única, presupone que las empresas participantes en el comercio internacional están activamente involucradas en el proceso de recopilación y transmisión de datos, asegurando su conformidad con los requisitos gubernamentales (Keretho y Pikart, 2013; Pontén, 2011).

Sin embargo, los sistemas de ventanillas únicas implementados por muchos países no siempre cumplen estrictamente con la definición de la ventanilla única establecida en la recomendación de la UN/CEFACT. Dependiendo de la preparación y las prioridades de los países, se han implementado formas muy diferentes ventanillas únicas. La Organización Mundial de Aduanas (2012) reconoce que no es posible establecer ventanillas únicas idénticas en todos los países, ya que cada país debe considerar su propio entorno y adaptar la implementación de la ventanilla única a su situación de hecho y características particulares. Esta observación se discutió en los documentos de organizaciones internacionales (The Economic and Social Commission for Asia and the Pacific [ESCAP], 2018, pp. 11-34) e investigaciones científicas (Martínez-Zaroso y Chelala, 2020, pp. 2549-2573). La implementación de ventanillas únicas puede ser un proceso complejo y desafiante debido a diversos factores, como la coordinación interinstitucional, la armonización de estándares y la necesidad de una infraestructura tecnológica robusta. En respuesta a estos desafíos, algunas naciones están optando por la implementación de portales de presentación única de datos como una alternativa viable (Quindimil, 2023).

La implementación de una ventanilla única nacional en los países suele llevarse a cabo de manera gradual y normalmente lleva varios años para su inicio, planificación, implementación y adopción de cambios (World Bank, 2013; UNNEXT, 2013). La mayoría de las ventanillas únicas aún se encuentran en proceso de desarrollo (Gálvez, 2024), ya que el alcance de sus funciones sigue expandiéndose. Su desarrollo gradual, articulado mediante un enfoque por fases, engloba la creación y conexión de redes más específicas. Al contar

con ventanillas únicas especializadas, se puede brindar una atención más focalizada y eficiente a cada sector, adaptando los procesos y requisitos a sus necesidades particulares. De la implementación de ventanillas únicas en muchos países, se pueden observar dos tipos principales: (i) ventanilla única para importadores y exportadores y (ii) la ventanilla única relacionada con el transporte.

La ventanilla única para importadores y exportadores

La ventanilla única relacionada con el comercio, en su variante denominada «lite» (Siva, 2011, p. 128), representa una evolución estratégica en el ámbito del comercio internacional, inicialmente concebida por la Comisión Económica de las Naciones Unidas (2005) y perfeccionada bajo la tutela del Banco Mundial. Esta modalidad de ventanilla única «lite» se erige como una herramienta especializada, centrándose de manera primordial en las formalidades asociadas a las operaciones comerciales. Su propósito central radica en la agilización de los procesos vinculados a importaciones, exportaciones y tránsito, extendiéndose desde el despacho aduanero hasta la emisión de permisos y licencias. La mayoría de las plataformas para ventanillas únicas surgen de sistemas de automatización aduanera. Países como China, Singapur, Japón y Corea del Sur y han adoptado estas ventanillas únicas con el objetivo claro de simplificar los trámites aduaneros.

En el ámbito de ventanilla única, se observa que la conexión integral con todos los organismos gubernamentales y entidades participantes en el comercio transfronterizo es una tarea que pocos sistemas han logrado efectivamente. En la práctica, se evidencia que las ventanillas únicas están vinculando solo un número limitado de estas entidades. A nivel nacional, en promedio, solo tres agencias están conectadas a través de la ventanilla única, y su enfoque se centra en tareas regulatorias específicas. Por ejemplo, Colombia, Senegal, Salvador han implementado la ventanilla única nacional, aunque todavía no abarca todos los procedimientos y reguladores. En promedio sólo tres agencias se conectan a través de la ventanilla única nacional (Keretho y Pikart, 2013, p. 9; Young Choi, 2011, p. 6). La conectividad de tres agencias a través de la ventanilla única nacional representa un paso inicial en la simplificación y automatización de los procesos comerciales y es probable que con el tiempo más agencias se sumen a la plataforma, ampliando así su cobertura y beneficio.

La ventanilla única relacionada con el transporte

La mayoría de las veces, los sistemas de transporte se desarrollan como «entidades independientes» de la ventanilla única relacionada con el comercio (Keretho y Pikart, 2013). Por ejemplo, la Unión Europea ha creado dos iniciativas (i) entorno de ventanilla única marítima y (ii) entorno de ventanilla única para las aduanas.

En este sentido, la Organización Marítima Internacional (OMI) ha desempeñado un papel importante en la promoción y la adopción de la ventanilla única marítima a nivel global. La decisión tomada en la reunión FAL 46 de la OMI, en mayo de 2022, de hacer obligatoria la ventanilla única para el transporte marítimo a partir del 1 de enero de 2024, representa un cambio significativo hacia una regulación más específica y avanzada.

Además, la Organización Marítima Internacional ha formulado importantes recomendaciones destinadas a la creación de ventanilla única en el ámbito del transporte marítimo. Estas recomendaciones representan un marco esencial para establecer una ventanilla única eficiente que gestione la tramitación de permisos para las embarcaciones. El Proyecto OMI-Singapur SWiFT y las ventanillas únicas marítimas en Antigua y Barbuda son ejemplos elocuentes de cómo las recomendaciones de la OMI pueden materializarse en proyectos exitosos.

El desarrollo de las ventanillas únicas nacionales para el transporte marítimo suele estar vinculadas a las ventanillas únicas portuarias, que a su vez están cada vez más conectadas a los Sistemas de Comunidad Portuaria (PCS). En la década de 1970 y principios de la década de 1980, España, Países Bajos, Alemania, Francia y el Reino Unido fueron pioneros al establecer los primeros PCS en sus puertos.

El concepto de los Sistemas de Comunidad Portuaria fue desarrollado por la Asociación Europea del Sistema de Comunidad Portuaria (EPCSA). EPCSA (2011) define los Sistemas de Comunidad Portuaria como «una plataforma electrónica neutral y abierta que permite el intercambio inteligente y seguro de información entre los interesados públicos y privados para mejorar la posición competitiva de las comunidades de los puertos marítimos y aéreos». La Asociación Europea del Sistema de Comunidad Portuaria destaca que el

PCS facilita el intercambio electrónico de información en todos los sectores portuarios y logísticos, siendo reconocido como un medio efectivo de intercambio de información dentro de la comunidad portuaria.

El PCS, al permitir la comunicación electrónica entre diversos actores en el ámbito portuario, actúa como un facilitador clave para mejorar la eficiencia y la coordinación en las operaciones. Sin embargo, es crucial destacar que, aunque comparte características con la ventanilla única, no son conceptos idénticos. Para que los portales operen como una ventanilla única o una plataforma comercial nacional, es imperativo que cumplan con los cinco elementos definidos en la Recomendación CEFACT/ONU No. 33. Estos elementos actúan como criterios fundamentales para evaluar la eficacia y la integralidad de dichos sistemas. Si un sistema no cumple con alguno de estos criterios, se debería designar más adecuadamente como un «Portal para la presentación de solicitudes».

La introducción de la nueva Recomendación CEFACT/ONU No. 37 refleja un examen más profundo de las iniciativas del sector privado en relación con el uso de sistemas para la facilitación del comercio. La introducción de la Recomendación refuerza la importancia de considerar las iniciativas del sector privado en la evolución de los sistemas de facilitación del comercio. Esto implica un reconocimiento de la dinámica cambiante del entorno comercial, donde las soluciones impulsadas por el sector privado desempeñan un papel significativo en la eficiencia y la agilidad de los procesos comerciales.

En la actualidad, los Sistemas de Comunidad Portuaria ofrecen servicios relacionados con la ventanilla única y han comenzado a brindar apoyo a transacciones transfronterizas, permitiendo, por ejemplo, que sus remitentes envíen declaraciones de carga anticipadas requeridas dentro del sistema de control de importaciones a organizaciones aduaneras. Esto se confirma los estudios de la Asociación Europea del Sistema de Comunidad Portuaria. Ejemplos prácticos, como DAKOSY en Hamburgo y PortNET en Róterdam, ilustran cómo estos sistemas permiten a los expedidores enviar declaraciones a las aduanas a través de sus plataformas, facilitando la gestión de importaciones. Estas iniciativas han demostrado ser efectivas al reducir los tiempos de espera, simplificar los procedimientos y aumentar la transparencia en las operaciones marítimas. Los estudios señalan también que han generado un

impacto significativo en la consecución de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), en áreas clave como el empleo, medio ambiente, innovación y competencia, destacando la relevancia de iniciativas como ventanilla única marítima (Tijan, 2019, p. 15).

En este contexto, los Sistemas de Comunidad Portuaria sirven como la base para el desarrollo de la ventanilla única. Según UN/CEFACT (2017) los PCS tienen la flexibilidad de ser mejorados a nivel de ventanilla única nacional o de integrarse con otros sistemas de información para dar lugar a la creación de una ventanilla única. Este desarrollo puede llevar a la creación de sistemas estrechamente interconectados que requieren conjuntos comunes de reglas para el intercambio de información. Lograr la integración fluida entre una plataforma única para el transporte y otra para el comercio se reconoce como un objetivo complejo pero fundamental.

Un enfoque centralizado, donde ambos sistemas se desarrollan como parte de un esfuerzo unificado, representa un paso lógico hacia una interacción más efectiva. Según UNNEX T (2013, p. 8) si un país ha implementado tanto una ventanilla única relacionada con el comercio como un Sistema Comunitario Portuario, se generan oportunidades para interconectar a estas entidades y las agencias gubernamentales. Esto facilita el establecimiento de una ventanilla única en los puntos clave, como los principales puertos, aeropuertos y cruces fronterizos. PortNet en Singapur y Finlandia, DACOSY en Alemania, MSW Reportal en Suecia, INSW en Indonesia y SP-IDC en Corea, muestran interés en integrar sus sistemas de la comunidad portuaria con la ventanilla única «regulatoria» con el objetivo de alcanzar una mayor eficiencia y control.

Este tipo de ventanilla única se define como «ventanilla única para facilitación del comercio». Según Siva (2011, p. 129):

La ventanilla única para facilitación del comercio es una herramienta de intercambio de datos e información más generalizada, que respalda no solo las transacciones de negocio a gobierno, sino también las transacciones de negocio a negocio relacionadas con la logística.

En este sentido la ventanilla única actúa como un punto centralizado de acceso, permitiendo a los usuarios presentar toda la información y documentación requerida en un solo lugar. Este enfoque simplifica y agiliza los procesos comerciales al reducir la duplicación de esfuerzos y minimizar la burocracia asociada con múltiples trámites y procedimientos.

LAS PLATAFORMAS DIGITALES PARA EL COMERCIO

La actividad comercial internacional, que abarca las etapas de adquisición, pedido, regulación, procesos de transporte y pago, constituye un complejo entramado de fases interrelacionadas, necesario para la exitosa realización de entregas de bienes y servicios a nivel global. Esto significa que cada transacción internacional de suministro debe interactuar con muchos sistemas de la información.

En la actualidad, ya existen numerosos sistemas que garantizan la eficiencia en los sectores del comercio y el transporte, los Sistemas de Comunidad Portuaria, las ventanillas únicas marítimas, el Sistema de Comunidad de Carga, los Sistemas de Control de Importaciones, la plataforma de información. Además, los sistemas fueron desarrollados en un entorno con una participación del sector privado (B2B, negocio a negocio), especialmente para la gestión de la infraestructura de transporte y cuestiones como logística y financiación del comercio, por ejemplo, Bolero, Electronic World Trade Platform (eWTP), CamelONE y Global Trade Connectivity Network (GTCN).

Estos sistemas de información tienen la capacidad de especializarse y ofrecer servicios exclusivos esenciales para la ejecución eficiente de operaciones de entrega a nivel internacional. La implementación de diversos sistemas de información puede propiciar un entorno económico favorable, fomentando el desarrollo de una infraestructura comercial moderna y estimulando el crecimiento y la estabilidad del entorno empresarial en medio de la competencia global.

Dada esta diversidad, surge una necesidad apremiante de lograr armonía en los procedimientos y en el intercambio de datos entre estos sistemas de información similares. En el paisaje contemporáneo, la interoperabilidad entre sistemas de información es un desafío crucial para el desarrollo de infraestructuras tecnológicas eficientes. Se cree que la interconexión entre sistemas electrónicos debe integrar y optimizar no sólo los aspectos regulatorios, sino también los servicios comerciales y de transporte, así como los procedimientos, facilitando el flujo de información para todo el comercio internacional.

En este contexto, adquieren una importancia crucial las plataformas de interacción en el comercio (De Las Heras Ballell, 2019, pp. 57-59; Winn y Chiang, 2021, p. 328). Estas plataformas van más allá de la colaboración e intercambio

de información entre diferentes agencias gubernamentales involucradas en el comercio internacional y prevén garantizar la integración de procedimientos comerciales y de transporte, así como el flujo de información a lo largo de toda la cadena de suministro. La perspectiva mencionada es interesante en términos de las condiciones necesarias para el surgimiento de plataformas globales en el contexto de la facilitación del comercio. Los Estados con una infraestructura tecnológica sólida y una capacidad de innovación más avanzada tienen una ventaja competitiva en la creación y desarrollo de plataformas digitales. Esto les da una mayor capacidad para proteger sus intereses comerciales y garantizar un entorno favorable para sus empresas.

En términos generales, los enfoques para lograr la interoperabilidad pueden clasificarse en dos categorías principales: sistemas centralizados y descentralizados. Recientemente, la tecnología *blockchain* ha emergido como una nueva vía prometedora para mejorar la interoperabilidad entre sistemas de información (Makalesi, 2024, p. 28). La base de *blockchain*, caracterizada por su estructura descentralizada y su capacidad para garantizar la integridad y la seguridad de los datos, ofrece una alternativa robusta a los enfoques tradicionales. La *blockchain* permite la creación de registros compartidos e inmutables, lo que facilita la confianza y la transparencia entre las partes involucradas en el intercambio de información.

ONU/CEFACT (2017, pp. 8-9) indica que estos «sistemas pueden considerarse como un portal para la presentación única de datos o como un componente auxiliar de un «entorno único»». Estos dos modelos plantean diferentes cuestiones legales. Los debates entre el modelo centralizado y descentralizado se basaron en diferentes factores, como los requisitos de coordinación y estandarización, la flexibilidad y autonomía de los participantes, la eficiencia en el intercambio de datos, el grado de control y seguridad, así como la complejidad técnica y los costos de implementación y mantenimiento del sistema, cómo se gestionan y almacenan los datos.

CONCLUSIONES

La facilitación del comercio abarca un espectro amplio de medidas y enfoques que van desde la simplificación y estandarización de los procedimientos aduaneros hasta la mejora de las infraestructuras logísticas y la digitalización de los flujos de información. En la etapa moderna la incorporación de tecnologías de la información

no solo mejora la gestión aduanera, sino que también facilita la colaboración entre diversas agencias gubernamentales. En efecto se aumenta la evolución hacia sistemas de presentación única de datos que pueden ofrecer un enfoque más eficiente y adaptado a las necesidades particulares de diferentes sectores del comercio.

La implementación de la ventanilla única cambia radicalmente los métodos tradicionales de control en el comercio internacional, introduciendo enfoques más eficientes, transparentes e integrados para la gestión y regulación entre los actores gubernamentales y comerciales. La principal finalidad de este proyecto es la integración y coordinación de numerosos sistemas gubernamentales dispares, cada uno de los cuales realiza funciones únicas y posee sus propios datos y procedimientos. Aunque el concepto de ventanilla única busca consolidar la presentación de información y documentos en un único punto, la implementación en diversos países ha resultado en sistemas variados. La ventanilla única para importadores y exportadores logran una simplificación inicial, pero la integración completa de todas las entidades relevantes no alcanza. La falta de integración completa puede llevar a la necesidad de realizar múltiples trámites en diferentes plataformas, lo que incrementa los tiempos de espera y la carga administrativa para los comerciantes.

Además, se destaca que cada ventanilla única puede estar diseñada para abordar aspectos específicos de comercio o transporte. Esto ha sido posible gracias a las iniciativas internacionales, especialmente en el ámbito del derecho marítimo, que promueven la creación de ventanillas únicas especializadas para diferentes aspectos de los procesos comerciales y de transporte. Uno de los aspectos de este análisis es la identificación de cómo las ventanillas únicas no solo abordan necesidades específicas, sino que también se benefician de una integración estratégica con sistemas privados.

Sin embargo, esta especialización puede llevar a un entorno fragmentado en el que no todos los sistemas estén integrados. La fragmentación de los sistemas puede provocar problemas en la integración de datos y en la interoperabilidad entre las ventanillas únicas, además de requerir inversiones adicionales en infraestructura tecnológica para superar estos desafíos. Para abordar estas cuestiones, es esencial avanzar hacia una integralidad entre ventanillas únicas. Esto puede lograrse mediante la adopción de estándares internacionales, la implementación de plataformas digitales y el desarrollo de soluciones tecnológicas emergentes, como *blockchain*, que

pueden ofrecer innovaciones para mejorar la eficiencia en los sistemas de ventanilla única.

FUENTES DE INFORMACIÓN

Fuentes legales

Data Harmonization and Modelling Guide for Single Window Environment. 2012, ST/ESCAP/2619.

General Agreement on Tariffs and Trade. 1. January 1948.

Guidelines for setting up a maritime single window. 2019, FAL.5/Circ.42/Rev.3.

Regulation 2022/2399. Regulation (EU) 2022/2399 of the European Parliament and of the Council of 23 November 2022 establishing the European Union Single Window Environment for Customs and amending Regulation (EU) No 952/2013.

Regulation 2019/1239. Regulation (EU) 2019/1239 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2019 establishing a European Maritime Single Window environment and repealing Directive 2010/65/EU.

Recommendation No. 33 and Guidelines on establishing a Single Window to enhance the efficient exchange of information between trade and government. 2005, ECE/TRADE/352.

Recommendation No. 33 and Guidelines on establishing a Single Window to enhance the efficient exchange of information between trade and government. 2020, ECE/TRADE/352/Rev.1.

Recommendation No. 37 Single Submission Portal. 2019, ECE/TRADE/447.

Single Window Planning and Implementation Guide. 2013, ECE/TRADE/404.

Technical Note on Terminology for Single Window and other electronic platforms. 2017, ECE/TRADE/C/CEFACT/2017/10.

Fuentes bibliográficas

Baccetta, M. (1998). *El comercio electrónico y el papel de la OMC*. World Trade Organization. https://www.econstor.eu/bitstream/10419/107054/1/wto-special-study_2_s.pdf

Burri, M. (2024). Digital Trade under the Law of the WTO. En K. Schefer and Th. Cottier (Ed.), *Forthcoming in Encyclopedia of International Economic Law*, Edward Elgar. <https://ssrn.com/abstract=4721733>

- Christopher, M. (2015). *Logistics and Supply Chain Management*. Financial Times - Prentice Hall. <https://doi.org/10.1016/j.pursup.2014.05.001>
- Choi, J., (2011). *Survey of Single Window Implementation*. WCO. http://www.wcoomd.org/-/media/wco/public/global/pdf/topics/research/research-paper-series/17_sw_survey-analysis_choi_en.pdf?la=en
- De Wulf, L., McLinden, G. (2005). The Role of Information Technology in Customs Modernization. En L. De Wulf y J. B. Sokol (Ed.), *Customs Modernization Handbook*. World Bank. <https://doi.org/10.1596/0-8213-5751-4>
- Duval, Y. y Utoktham, Ch. (2022). *Has the WTO trade facilitation agreement helped reduce trade costs?: an ex-post analysis*. ESCAP. <https://hdl.handle.net/20.500.12870/4699>
- Duval, Y. y Utoktham, Ch. (2011). *Trade Costs in Asia and the Pacific: Improved and Sectoral Estimates*. Trade and Investment Division Staff Working Paper 04/11. Bangkok: UNESCAP. <https://www.unescap.org/publications/trade-costs-asia-and-pacific-improved-and-sectoral-estimates-tiid-working-paper-series>
- European Port Community Systems Association. (2011). *White paper. The role of Port community systems in the development of the single window*. http://tfig.unece.org/SP/pdf_files/A9R149C.pdf
- Fernández Rozas, J. C. (2010). *Sistema de Derecho Económico Internacional*. Editorial Civitas.
- Gálvez, A. (2024). *Análisis comparativo de cinco ventanillas únicas de comercio exterior de América Latina: Chile, Costa Rica, México, Perú y Uruguay*. Comisión Económica para América Latina y el Caribe. <https://repositorio.cepal.org/server/api/core/bitstreams/727ca34d-09f9-41e1-8699-268f7b0d1635/content>
- Grainger, A. (2021). *Cross-border logistics operations: effective trade facilitation and border management*. Kogan Page Publishers.
- Hernández Díaz, F.I. (2014). Barreras al comercio exterior. En G. Pardo Carrero (Ed.), *Acuerdos comerciales y aspectos relacionados con el comercio exterior*, (251-273), Editorial Universidad de Rosario.
- Hinojosa, M. L. (2010). *Derecho Internacional Económico*. Marcial Pons.
- Kieck, E. (2020). Trade facilitation and customs. En Mattoo A., Rocha N. y Ruta M. (Ed.) *Handbook of Deep Trade Agreements*, (293-319). World Bank. <http://hdl.handle.net/10986/34055>.
- Keretho, S. y Pikart, M. (2013). *Trends for Collaboration in International Trade: Building a Common Single Window Environment*. United Nations.
- Kobayashi, T. (2023). The WTO approach to trade facilitation in goods and services. En J. Chaisse y C. Rodríguez-Chiffelle (Ed.), *The Elgar Companion to the World Trade Organization*, (287-300). Elgar. <https://doi.org/10.4337/9781800882867.00024>
- Kramer, W., Jenkins, B. y Katz, R. (2007). *The Role of the Information and Communications Technology*. Harvard University.
- La Guía de Implementación de la Facilitación del Comercio. (1 de febrero de 2024), «El modelo Comprar-Enviar-Pagar». <https://live-tfignew.pantheonsite.io/es/dominios/analisis-de-procesos-de-negocio/uso-de-un-modelo-de-referencia/el-modelo-comprar-enviar-pagar/>
- La Guía de Implementación de la Facilitación del Comercio, (11 de febrero de 2024), «Facilitación del comercio - principios y beneficios». <https://live-tfignew.pantheonsite.io/es/introduccion>
- Lee, W., Rocha, N. y Ruta, M. (2022). *Trade Facilitation Provisions in Preferential Trade Agreement Impact on Peru's Exporters*. World Bank, 2021.
- Moisés, E. y Sorescu, S. (2021). *Trade facilitation in perishable agro-food products*. OECD. <https://doi.org/10.1787/a2995a7a-en>
- McMaster, J. y Nowak, J. (2007). *The Evolution of Electronic Trade Facilitation: Towards a Global Single Window Trade Portal*. https://www.researchgate.net/publication/228581401_The_Evolution_of_Electronic_Trade_Facilitation_Towards_a_Global_Single_Window_Trade_Portal
- Mishra, N. (2024). *International Trade Law and global data governance*. Hart Publishing. <https://library.oapen.org/handle/20.500.12657/88173>
- Organisation for Economic Co-operation and Development (2018). *Facilitation and the Global Economy*. OECD Publishing, 2018. <https://doi:10.1787/9789264277571>

- Organización Mundial de Aduanas (2012). *Compendio de la Organización Mundial de Aduanas: como construir entorno de ventanilla única*, http://www.wcoomd.org/-/media/wco/public/es/pdf/topics/facilitation/activities-and-programmes/sw-initiatives/pc_sw_vol_1_final.pdf?db=web.
- Organización Mundial de Comercio (2015). *Informe sobre el Comercio Mundial 2015*.
- Organización Mundial del Comercio (2019). *Report on G20 Trade Measures*. OMC. https://www.wto.org/english/news_e/news20_e/report_trdev_jun20_e.pdf
- Pontén, J. (2011). *Single Window - Best Practice and the Way Forward*. UNCITRAL. <https://silo.tips/download/single-window-best-practice-and-the-way-forward>
- Portugal-Perez, A. y Wilson, J. (2010). *Export Performance and Trade Facilitation Reform: Hard and Soft Infrastructure*. The World Bank. https://www.wto.org/english/res_e/reser_e/gtdw_e/wkshop09_e/portugal_e.pdf
- Quindimil, M. (2023). Latin America: the leap from the single window to the Single Submission Portal as a way of internalizing SMEs. En. by D. Collins y M. Geist (Ed.). *Research Handbook on Digital Trade* (252-268). Elgar. <https://doi.org/10.4337/9781800884953.00025>
- Rodríguez de las Heras Ballell, T. (2019). Platform Based Models for Facilitating International Trade: A Legal Analysis. En Sh. Rai, J. Winn (Ed.), *Trade Facilitation and the WTO* (56-71). Cambridge Scholars Publishing.
- Rudman, A.I. y Sands, Ch., *The USMCA at One - A Winning Bet*. Wilson Center, 2021. https://www.wilsoncenter.org/sites/default/files/media/uploads/documents/WWC_USMCA_Winning%20Bet.pdf
- Schware, R. y Kimberley, P. (1995). *Information Technology and National Trade Facilitation: Guide to Best Practices*. World Bank.
- Siva, R. (2011). Developing a national single window: implementation issues and consideration. En G. McLinden (Ed.), *Border Management Modernization* (128-129). World Bank. <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/25444/588450PUB0Bord101public10BOX353816B.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- United Nations Conference on Trade and Development (2012). *Doha Mandate and Doha Manar 2012*, https://unctad.org/system/files/official-document/iss2012d1_en.pdf
- United Nations Economic and Social Commission for Asia and the Pacific (2018). *Single Window for Trade Facilitation: Regional Best Practices and Future Development*.
- VanGrasstek, C. (2013). *Historia y futuro de la Organización Mundial del Comercio*. OMC. https://www.wto.org/spanish/res_s/booksp_s/historywto_00_s.pdf
- World Bank (2013). *Implementing trade single windows in Singapore, Colombia and Azerbaijan. Doing Business*. World Bank. <https://archive.doingbusiness.org/en/reports/case-studies/2013/implementing-trade-single-window>
- Winn, J. K. y Chiang, Yi-Sh. (2021). The Next Great Global Knowledge Infrastructure Land Rush Has Begun Will the USA or China Prevail?. En Sh.-yi Peng, Ch.-Fu Lin y Th. Streinz (Ed.), *Artificial Intelligence and International Economic Law: disruption, regulation, and reconfiguration* (319-337). Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/9781108954006>

Fuentes hemerográficas

Alba Fernández, M. (2023). Financiación del comercio en la cadena de suministro y representación digital de bienes o mercancías. *Anuario de estudios marítimos* 2, 121-147.

Alba Fernández, M. (2021). Representación digital y transmisión de créditos comerciales en la cadena de suministro. *Revista de Derecho Mercantil* 319, 250-263.

Makalesi, A. (2024). Blockchain as a mean enhancing international trade. *İstanbul Ticaret Üniversitesi Dış Ticaret Dergisi* 2(1), 23-36. <https://doi.org/10.62101/iticudisticaretdergisi.137793>

Burri, M. (2023). Trade Law 4.0: Are We There Yet? *Journal of International Economic Law* 26, 90-100. <https://doi.org/10.1093/jiel/jgac053>

Burri, M. y Polanco, R. (2020). Digital Trade Provisions in Preferential Trade Agreements: Introducing a New Dataset. *Journal of International Economic Law* 23(1), 187-220. <https://doi.org/10.1093/jiel/jgz044ñ>

Castillo, D. y Kugler, Kh. (2024). Article: The Joint Statement on Electronic Commerce: Are We There Yet?. *Global Trade and Customs Journal* 4, 267-276. <https://kluwerlawonline.com/journalarticle/Global+Trade+and+Customs+Journal/19.4/GTCJ2024014>

- Chong, K.-W. (2009). Legal and Regulatory Aspects of International Single Window Implementation: The ASEAN Experience. *Global Trade and Customs Journal* 4(6), 185-193. <https://doi.org/10.54648/gtcj2009023>
- Christou, Th., Moya Mose, T. y Taylor, J. (2023). Transnational law as an enabler of digital trade. *Uniform Law Review* 28, 339-348. <https://doi.org/10.1093/ulr/unac017>
- Coppelli Ortiz, G. (2019). Entre el libre comercio y el proteccionismo. Impacto de los obstáculos sobre la equidad en el comercio en el marco de la Agenda 2030. *Anuario español de derecho internacional* 35, 333-371. <https://doi.org/10.15581/010.35.333-371>.
- Cosgrove-Sacks, C. (2007). Trade Facilitation: Facilitating Trade for Development. *Commonwealth Trade Hot Topics* 41. <https://doi.org/10.14217/5k3w8fb9pq25-en>
- Diez, P. (2009). Facilitación del comercio: factor clave para el desarrollo. *Boletín mensual de AENOR* 240, 34-37.
- Eliason, A. (2015). The Trade Facilitation Agreement: A New Hope for the World Trade Organization. *World Trade Review* 14(4), 643-670. <https://doi.org/10.1017/S1474745615000191>
- Epps, T. (2024). Vanquishing the Paper Trail: An Update on Progress in Moving to a Global Paperless Trading System. *Global Trade and Customs Journal* 19(1), 23-36. <https://doi.org/10.54648/gtcj2024010>
- González-Bustamante, B., Carvajal, A. y González, A. (2020). Determinantes del gobierno electrónico en las municipalidades: Evidencia del caso chileno. *Gestión y política pública* 29(1), 97-129. <https://doi.org/10.29265/gypp.v29i1.658>.
- Grainger, A. (2011). Trade Facilitation: A Conceptual Review. *Journal of World Trade* 45(1), 36-62. <https://nottingham-repository.worktribe.com/output/1010737>
- Hummels, D., Ishii, J. y Yi, K.-M. (2001). The nature and growth of vertical specialization in world trade. *Journal of International Economics* 54(1), 75-96. [https://doi.org/10.1016/S0022-1996\(00\)00093-3](https://doi.org/10.1016/S0022-1996(00)00093-3)
- Izam, M. (2001). La facilitación del comercio en la Unión Europea. *FAL Bulletin* 184. https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/36283/15/FAL_Bulletin184_en.pdf
- Martínez-Zarzoso, I. y Chelala, S. (2020). The impact of single windows on trade», *The World Economy* 43, 2549-2573, <https://doi.org/10.1111/twec.12945>.
- Masood, A. y Martínez-Zarzoso, I. (2024). Trade effects of trade facilitation revisited. *Economics Letters* 234. <https://doi.org/10.1016/j.econlet.2023.111477>
- Mitchell, A.D. y Chin, E. (2023). The WTO Joint Statement Initiative on E-Commerce: Navigating Digital Trade Rules in a Fragmented World. *Journal of World Trade*. <https://ssrn.com/abstract=4547768>
- Rodríguez de las Heras Ballell, T. (2024). The Role of Digital Platforms' Liability in Regulating Global Value Chains: The EU's Approach. *Texas International Law Journal* 59(2), 15-35.
- Saavedra, M. y Fossati, V. (2006). Facilitacion del comercio: Definiciones, negociación en la OMC e impacto. *Revista del Comercio Exterior e Integración* 6, 67-77.
- Shepherd, B. y Wilson, J. (2009). Trade Facilitation in ASEAN Member Countries: Measuring Progress and Assessing Priorities. *Journal of Asian Economics* 20(4), 367-383. <https://developing-trade.com/wp-content/uploads/2014/11/DTC-Article-Chapter-2009-3.pdf>
- Tijan, E., Agatic, A., Jovic, M. y Aksentijevic, S. (2019). Maritime National Single Window - A Prerequisite for Sustainable Seaport Business. *Sustainability* 11(17), 1-21. <https://doi.org/10.3390/su11174570>
- Wang, E. y Wei, H. (2007). Interorganizational Governance Value Creation: Coordinating for Information Visibility and Flexibility in Supply Chains. *Decision Sciences* 38(4), 647-674. <https://doi.org/10.1111/j.1540-5915.2007.00173.x>
- Wilson, J., Mann, C. y Otsuki, T. (2005). Assessing the Benefits of Trade Facilitation: A Global Perspective. *The World Economy* 28, 841-871. <https://doi.org/10.1111/j.1467-9701.2005.00709.x>

CORTE CONSTITUCIONAL Y JURISDICCIÓN ESPECIAL INDÍGENA: TRANSFORMACIONES Y AVANCES EN COLOMBIA

CONSTITUTIONAL COURT AND SPECIAL INDIGENOUS JURISDICTION: TRANSFORMATIONS AND ADVANCES IN COLOMBIA

Jairo Vladimir Llano Franco
<https://orcid.org/0000-0002-4018-5412>
Universidad Nacional Abierta y a Distancia –UNAD
jairo.llano@unad.edu.co

Nicole Velasco Cano
<https://orcid.org/0000-0002-7406-7860>
Universidad Nacional Abierta y a Distancia- UNAD
nicolevcano@gmail.com

Andrés Felipe Roncancio
<https://orcid.org/0000-0002-1257-3813>
Universidad Cooperativa de Colombia
andres.roncancio@campusucc.edu.co
Colombia

Recibido: 22 de enero de 2024.

Aceptado: 16 de agosto de 2024.

SUMARIO

- Introducción
- Constitución 1991: Reconocimiento de la Jurisdicción Indígena
- Jurisdicción Especial Indígena: Reconocimiento en la Corte Constitucional.
- Cada vez menos límites: Corte Constitucional con los pueblos indígenas
- Movilización indígena e innovaciones constitucionales
- Corte Constitucional y multiculturalismo liberal
- Conclusión
- Fuentes de información

RESUMEN

El reconocimiento de la Jurisdicción Especial Indígena por parte de la Corte Constitucional ha sido determinante en la consolidación de la diversidad cultural y étnica del contexto colombiano. En por esto, que el artículo pretende analizar las transformaciones y avances que ha tenido la Jurisdicción Especial Indígena respecto a algunos pronunciamientos de la Corte Constitucional colombiana.

La metodología utilizada principalmente fue la hermenéutica, ya que se interpretó la

jurisprudencia constitucional y los tratados internacionales que abordan la temática del reconocimiento cultural y la autonomía indígena en cuanto a la facultad que tienen los pueblos indígenas de resolver sus conflictos aplicando sus formas de justicia y prácticas ancestrales. Dicha aproximación se realizó desde el enfoque teórico del multiculturalismo.

Esta aproximación metodológica permitió examinar el impacto y avance que ha tenido la Jurisdicción Especial Indígena. Se resalta la contribución a la preservación y promoción de la diversidad e identidad cultural, y el pluralismo jurídico, asimismo en la salvaguarda de los derechos y la autonomía de las comunidades indígenas en Colombia, que incluso logran vincular acontecimientos recientes como lo es la movilización indígena.

PALABRAS CLAVE: Jurisprudencia constitucional, Diversidad Cultural, Pueblos Indígenas, Derechos Constitucionales y Reivindicaciones étnicas.

ABSTRACT

The recognition of the Special Indigenous Jurisdiction by the Constitutional Court has been decisive in the consolidation of the cultural and ethnic diversity of the Colombian context. For this reason, the article aims to analyze the

transformations and advances that the Special Indigenous Jurisdiction has had with respect to some pronouncements of the Colombian Constitutional Court.

The methodology used was mainly hermeneutics, which involved interpreting the constitutional case law and international treaties that address the issue of cultural recognition and indigenous autonomy regarding the power of indigenous peoples to resolve their conflicts using their own forms of justice and ancestral practices. This approach was carried out from the theoretical perspective of multiculturalism.

This methodological approach allowed us to examine the impact and progress of the JEI, highlighting its contribution to the preservation and promotion of cultural diversity and identity, and legal pluralism. It also highlights its contribution to the safeguarding of the rights and autonomy of indigenous communities in Colombia, even to the point of linking it to recent events such as the indigenous mobilization.

KEYWORDS: Constitutional jurisprudence, cultural diversity, indigenous people, constitutional rights, and ethnic of rights claims.

INTRODUCCIÓN

La Corte Constitucional colombiana se ha caracterizado por ser la institución estatal que más se ha pronunciado a través de jurisprudencia sobre los pueblos indígenas. Estas decisiones constitucionales han llevado a una garantía y protección para las comunidades indígenas en el derecho al reconocimiento de la diversidad cultural, tanto por parte, de las organizaciones estatales y sus funcionarios, como también de la sociedad general (Semper,2006).

Entre las decisiones adoptadas por la Corte, se destaca el desarrollo de la Jurisdicción Especial Indígena, la cual, hacia finales del siglo XX, era considerada una figura constitucional innovadora en el contexto latinoamericano. En este sentido, el alto tribunal a lo largo de sus decisiones ha ampliado las regulaciones de esta jurisdicción, variando con el tiempo los límites constitucionales, el ámbito de aplicación y la relación con el derecho internacional. Estas decisiones jurisprudenciales se terminan insertando en las deliberaciones teóricas recientes a nivel global como lo son el multiculturalismo y el pluralismo jurídico, donde parece existir un consenso en que los Estados democráticos y liberales deben impulsar

y consolidar el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural (Cantillo Pushaina,2021).

El desarrollo del artículo se estructura en varias secciones. La primera sección presenta la relación entre la Constitución y la Jurisdicción Especial Indígena desde su promulgación en 1991. En el segundo apartado, se explica cómo esta jurisdicción encontró un primer límite a partir de los derechos fundamentales en general, una orientación que surge de las primeras sentencias sobre el tema emitidas por la Corte Constitucional. La tercera sección, detalla cómo la jurisprudencia constitucional se ha transformado, otorgando mayor autonomía a la jurisdicción indígena y reduciendo sus límites a unos pocos derechos constitucionales.

En el cuarto apartado, se aborda el cambio jurisprudencial de la Corte Constitucional respecto al concepto del territorio y la aplicación de la Jurisdicción Indígena, al reconocer que las distintas culturas de los pueblos indígenas no pueden limitarse a un lugar geográfico, sino que trascienden los resguardos. Esta decisión está en línea con acciones constitucionales encaminadas a proteger las comunidades étnicas y su reproducción cultural, en consonancia con el reconocimiento de la diferencia en el ámbito del derecho internacional y constitucional contemporáneo.

En la quinta sección, se analiza cómo el reconocimiento de la jurisdicción indígena ha llevado a que los pueblos originarios además de integrarlas en sus prácticas cotidianas, también la utilicen en sus procesos de movilización y reivindicación, con el objetivo de evitar agresiones a los procesos organizativos de carácter social, cultural, político y jurídico. Para finalizar en la sexta y última sección, está dedicada a un análisis teórico de las decisiones de la Corte Constitucional que la referencian en el multiculturalismo liberal.

CONSTITUCIÓN 1991: RECONOCIMIENTO DE LA JURISDICCIÓN INDÍGENA

La Constitución colombiana de 1991 marcó un hito en la historia del país al reconocer la diversidad cultural y étnica como un derecho fundamental, vinculando de esta manera al texto constitucional la autonomía y el respeto a las cosmovisiones de las poblaciones indígenas (Laurent V,2021). Este reconocimiento fue consecuencia de un proceso de lucha por parte de los pueblos indígenas (Dosa acevedo, 2021), el cual termina reflejando un ejercicio de

organización política, a través de instituciones como la Organización Nacional Indígena de Colombia y el Consejo Regional Indígena del Cauca, y social mediante el Movimiento Armado Quintín Lame. Precisamente, este último, posibilita el acuerdo de paz entre el gobierno de César Gaviria y el grupo armado indígena Quintín Lame, quienes terminarían posibilitando que los indígenas se incluyeran en la asamblea nacional constituyente:

En mayo de 1991 el Quintín Lame firma la paz y retorna a la vida sin armas, bajo el gobierno de César Gaviria Trujillo quien se compromete a permitir que sus integrantes retornen a sus territorios de origen, manteniendo presencia activa en la vida política local, quienes aprovecharon los beneficios políticos que se derivaron de los programas de inversión acordados, que facilitaron el reencuentro con sus bases sociales (Pares Fundación Paz y Reconciliación, 28 de enero de 2016, párr. 10).

Aunque la participación indígena fue minoritaria, con solo dos (2) delegados, su presencia, junto al apoyo de otros constituyentes que representaban sectores alternativos, terminó siendo crucial para que se plasmaran en el texto constitucional los derechos de la diversidad étnica:

La participación indígena fue de 3 representantes, 2 delegatarios por elección y 1 por el movimiento desmovilizado Quintín Lame, con voz, pero sin voto. [...] entre ellos dos delegatarios, Francisco Rojas Birry (Organización Nacional Indígena de Colombia –Onic–) y Lorenzo Muelas Hurtado (Autoridades Indígenas de Colombia –Aico–, quienes fueron elegidos popularmente el 9 de diciembre de 1990 con un porcentaje del 1,5 % del total de la votación. Y, también, Alfonso Peña Chepe, indígena por el Quintín Lame, movimiento armado que se desmovilizaba solo con voz (Pérez, 2020, pp. 136,141).

Para el caso de Colombia, el texto constitucional establece los derechos reconocidos que están enmarcados en el ámbito de la diversidad étnica, entre estos, se destaca el derecho a la Jurisdicción Especial Indígena (JEI), consagrado en el artículo 246 de la Constitución de 1991 señala que:

Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. La ley establecerá las formas de coordinación de esta jurisdicción especial con el sistema judicial nacional.

Este derecho permite a los pueblos indígenas aplicar su propia justicia, basada en sus costumbres y prácticas ancestrales, para

resolver los conflictos que se presenten dentro de sus comunidades, dichas formas de aplicar justicia pueden ser diferentes a la aplicación de justicia por parte de las instituciones estatales que son responsables de la justicia y el derecho (Cárdenas Londoño, 2022).

Sumado al proceso nacional de la constituyente, se encuentra el reconocimiento internacional por parte de organizaciones supra estatales, tales como, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) en el Convenio 169 de 1989 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, entre los derechos que establece el convenio se puede destacar, la diversidad e identidad cultural, y el pluralismo jurídico a través del acceso a la justicia propia de los pueblos, es así como “Las comunidades indígenas [...] tienen mayor protección desde el derecho internacional de los derechos humanos [...] se vinculan por medio del bloque de constitucionalidad [...] es el caso del Convenio 169 de la OIT sobre pueblos Indígenas y Tribales” (Llano, 2020, p. 19). Precisamente, la vinculación constitucional del convenio se da mediante la ratificación de la Ley 21 de 1991. También se ha incorporado de carácter legal a partir primera Ley Estatutaria de Administración de Justicia 270 de 1996, la cual en su artículo 12 expone que:

La función jurisdiccional se ejerce como propia y habitual y de manera permanente por las corporaciones y personas dotadas de investidura legal para hacerlo, [...] las jurisdicciones especiales tales como: la penal militar, la indígena y la justicia de paz, y la jurisdicción ordinaria que conocerá de todos los asuntos que no estén atribuidos por la Constitución o la ley a otra jurisdicción.

Esta ley fue modificada por el artículo 5 de la ley 1285 del 2009, pero a pesar de la modificación realizada sigue manteniendo el reconocimiento: “... las jurisdicciones especiales tales como: la penal militar, la indígena y la justicia de paz, y la jurisdicción ordinaria que conocerá de todos los asuntos que no estén atribuidos por la Constitución o la ley a otra jurisdicción”.

Si bien la Constitución colombiana reconoce el derecho a la Jurisdicción Especial Indígena, este derecho no es absoluto, pues existen límites establecidos que “... delimitan el contenido y alcance de la jurisdicción especial indígena en nuestro ordenamiento constitucional: 1) la posibilidad de que existan autoridades judiciales propias de los pueblos indígenas [...] 3) la sujeción de dicha jurisdicción y normas a la Constitución” (Rodríguez, 2017, p. 24). En un primer momento,

la jurisprudencia estableció mayores limitaciones a la Jurisdicción Especial Indígena, al determinar que no podía contradecir las normas constitucionales y legales (Jiménez, 2022). Posteriormente, se produjo una ampliación que fortaleció la autonomía de la justicia indígena. En este segundo momento, los límites se ciñeron estrictamente a los derechos fundamentales, debido al desarrollo de la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

JURISDICCIÓN ESPECIAL INDÍGENA: RECONOCIMIENTO EN LA CORTE CONSTITUCIONAL

Como se mencionó, los límites de la Jurisdicción Especial Indígena (JEI) se han ampliado con el tiempo a partir de las reglas establecidas por la Corte Constitucional. Las primeras sentencias del alto tribunal constitucional determinaban que los derechos fundamentales plasmados en la Constitución y las normas legales debían ser las principales limitantes de la JEI:

[...], como la indicada en el artículo 246 de la Constitución plantea el problema de determinar cuál es la jerarquía existente entre la ley y las costumbres y usos indígenas, como fuentes de derecho. En efecto, la atribución constitucional de ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial [...] está supeditada a la condición de que éstos y aquellas no sean contrarios a la Constitución y a la ley (Corte Constitucional, sentencia T-254 de 1994).

Las primeras decisiones sobre la Jurisdicción Especial Indígena (JEI) incluyen la Sentencia de Tutela 254 de 1994. Este caso abordó una acción de amparo interpuesta por Ananías Narváez, miembro de la comunidad indígena del Tambo, por ser desterrado junto con su familia por las autoridades indígenas por el delito de hurto. En respuesta, el accionante acudió a la justicia ordinaria constitucional para solicitar la protección de sus derechos fundamentales. “Entre estos se encontraban el debido proceso, el trabajo, la honra y el buen nombre, la vida y la protección contra la prohibición constitucional de las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación” (Corte Constitucional, sentencia de T-254 de 1994).

A partir de este caso, la Corte se manifiesta respecto a la Jurisdicción Especial Indígena, estableciendo las primeras reglas para resolver tensiones por diferencias conceptuales y valorativos que se presenten en la aplicación de diferentes ordenes jurídicos:

1. A mayor grado de conservación de sus tradiciones y prácticas culturales, mayor será la autonomía de la comunidad indígena. 2. Los derechos fundamentales constitucionales constituyen el mínimo obligatorio

de convivencia para todos los particulares. 3. Las normas legales imperativas (de orden público) de la República priman sobre los usos y costumbres de las comunidades indígenas, siempre y cuando protejan directamente un valor constitucional superior al principio de diversidad étnica y cultural. 4. Los usos y costumbres de una comunidad indígena priman sobre las normas legales dispositivas (Corte Constitucional, sentencia de T-254 de 1994).

La Corte, en efecto, establece que la última regla no concede a la jurisdicción indígena la facultad de aplicar prácticas contrarias a la ley. En este sentido, la Corte concluye que la sanción impuesta por la Jurisdicción Especial Indígena vulnera las normas constitucionales y, por ende, dicha sanción debe ajustarse a lo previsto en el marco jurídico estatal (Ismare guatico, 2022).

La decisión de la Corte Constitucional determina que la justicia indígena no puede desconocer los principios y derechos fundamentales establecidos en la Constitución, ni sus prácticas pueden contradecir las normas legales:

La autonomía política y jurídica reconocida a las comunidades indígenas por el constituyente, por su parte, debe ejercerse dentro de los estrictos parámetros señalados por el mismo texto constitucional: de conformidad con sus usos y costumbres, siempre y cuando no sean contrarios a la Constitución y a la ley, de forma que se asegure la unidad nacional (Corte Constitucional, sentencia T-254 de 1994).

Las decisiones iniciales de la Corte Constitucional en el ámbito de la diversidad cultural y la Jurisdicción Especial Indígena, de alguna manera, terminaban limitando la autonomía plena de los pueblos indígenas para aplicar sus propias prácticas y formas de justicia. Esto se debía a que el concepto de unidad y la preeminencia del derecho estatal seguían siendo imperantes.

Esta situación reflejaba un ejercicio de mantener la unidad nacional, concepción propia del Estado-nación, el cual es el único capaz de producir derecho. Como resultado, se centralizaban y controlaban las formas de derecho locales o comunitarias que se desenvolvían en el espacio de la soberanía del Estado, como lo señala Wolkmer (2018):

[...], el monismo jurídico liberal-eurocéntrico, es perceptible la gradual sumisión y reducción del Derecho estatal al Derecho positivo [...] el Derecho no sólo es Derecho en cuanto producción del Estado, sino, sobre todo, de que sólo el Derecho positivo es verdaderamente Derecho (p. 58).

En este sentido, se podría decir que el reconocimiento de la diversidad cultural estaría

enmarcado dentro del monismo jurídico. Otra de las sentencias de la Corte Constitucional fue la C-139 de 1996. En las consideraciones de esta sentencia el tribunal constitucional realiza una interpretación del art. 246, dividiéndolo en dos partes, una parte, la autonomía indígena, y la otra parte, la integración y coordinación que debe tener estas formas jurídicas propias con el derecho nacional:

El análisis del artículo 246 muestra los cuatro elementos centrales de la jurisdicción indígena en nuestro ordenamiento constitucional: la posibilidad de que existan autoridades judiciales propias de los pueblos indígenas, la potestad de éstos de establecer normas y procedimientos propios, la sujeción de dichas jurisdicción y normas a la Constitución y la ley, y la competencia del legislador para señalar la forma de coordinación de la jurisdicción indígena con el sistema judicial nacional. Los dos primeros elementos conforman el núcleo de autonomía otorgado a las comunidades indígenas -que se extiende no sólo al ámbito jurisdiccional sino también al legislativo, en cuanto incluye la posibilidad de creación de “normas y procedimientos”-, mientras que los dos segundos constituyen los mecanismos de integración de los ordenamientos jurídicos indígenas dentro del contexto del ordenamiento nacional. En la misma estructura del artículo 246, entonces, está presente el conflicto valorativo entre diversidad y unidad (Corte Constitucional, sentencia C-139 de 1996).

En esta sentencia la Corte paulatinamente va reconociendo que el derecho a la autonomía indígena el cual está relacionado con la capacidad de aplicar justicia propia, es importante y no puede ser limitado por cualquier autoridad, sin embargo, sigue siendo enfática en las limitaciones constitucionales y legales que se puedan prever:

En este precepto se consagra el autogobierno indígena, cuyo ejercicio puede ser limitado sólo por las disposiciones de la Carta y las expedidas por el legislador, que a su vez deben ser conformes a aquéllas. Ni el gobierno nacional ni las autoridades eclesiásticas están autorizadas por la Constitución para intervenir en la esfera del gobierno indígena (Corte Constitucional, sentencia C-139 de 1996).

Sin duda, estas decisiones de interpretación constitucional sobre la Jurisdicción Especial Indígena se pueden entender desde la compleja realidad colombiana. Para muchos ciudadanos, reconocer una jurisdicción distinta a la estatal resultaba novedoso, peculiar y generaba rechazo en ciertos sectores sociales. Por décadas, desde las instituciones estatales, se difundió el calificativo de los indígenas como inferiores y salvajes, discurso que terminó calando en la sociedad nacional y perpetuando estereotipos discriminatorios: “...,

los indígenas eran juzgados y castigados bajo otros valores de cultura y de derecho, y se les despreciaba [...] encarcelándolos por años, o simplemente devolviéndolos a su mundo clasificados como salvajes a fin de afirmar su inferioridad” (Sánchez, 2006, pp. 107-108). Por lo que sería sorprendente que a las comunidades indígenas se les otorgara la capacidad de administrar justicia.

CADA VEZ MENOS LÍMITES: CORTE CONSTITUCIONAL CON LOS PUEBLOS INDÍGENAS

La Corte Constitucional ha ampliado progresivamente la autonomía de los pueblos indígenas para implementar la Jurisdicción Especial Indígena. Esta medida busca proteger y garantizar que los pueblos indígenas puedan aplicar sus propios sistemas normativos para regular y resolver sus conflictos internos. Es así como la restricción del derecho estatal a esta justicia propia se limitaría a ser aplicada para respetar derechos fundamentales específicos: “Los límites mínimos [...] deben cumplir las autoridades indígenas en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales [...] derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud, la prohibición de la tortura [...] la legalidad en los delitos y [...] penas” (Corte Constitucional, sentencia T-523 de 1997).

Las decisiones del tribunal terminarían posibilitando la práctica de las cosmovisiones de las comunidades sin intromisiones externas significativas. Igualmente, cabe destacar el compromiso recíproco entre Estado y pueblos indígenas, puesto que, en el intercambio cultural, también han transformado sus justicias propias para armonizarlas con los límites de los derechos fundamentales.

En este sentido, las comunidades indígenas se han convertido en protectores de la vida, protegiendo la naturaleza de sus territorios y exigiendo el fin del conflicto armado mediante movilizaciones pacíficas. Asimismo, han condenado la esclavitud y denunciado la explotación económica de sus jóvenes y niños, quienes son víctimas de prácticas laborales degradantes, e incluso han ido rechazando colectivamente prácticas que eran tradicionales como la ablación de clítoris en las mujeres.

Por otra parte, frente a la restricción como la tortura, las deliberaciones son constantes en las prácticas culturales que han establecido para sancionar a los infractores, si bien algunas de estas formas de castigo son ancestrales y otras, como el cepo, o el fuate para el paez, son producto de la colonización, las poblaciones indígenas no las consideran tortura. Para estos casos el

tribunal constitucional ha determinado que dichas prácticas no se tipifican como tortura, sino que forman parte de las cosmovisiones de los pueblos originarios: “El fueite consiste en la flagelación con “perrero de arriar ganado”, [...] su finalidad no es causar un sufrimiento excesivo, sino representar el elemento que servirá para purificar al individuo, el rayo [...] un ritual que utiliza la comunidad” (Corte Constitucional, sentencia T-523 de 1997).

Otra de los derechos que se vuelve límite de la Jurisdicción Especial Indígena, es el del debido proceso, el cual no puede ser considerado desde la óptica jurídica estatal, sino desde los procedimientos y formas de castigo que se usan tradicionalmente en cada una de las poblaciones indígenas, en este sentido la Corte ha realizado aclaraciones:

[...], los límites a la autonomía reconocida en favor de las comunidades indígenas están dados, en primer lugar, por un núcleo duro de derechos humanos, junto con el principio de legalidad como garantía del debido proceso y, en segundo lugar, por los derechos fundamentales, mínimos de convivencia cuyo núcleo esencial debe mantenerse a salvo de actuaciones arbitrarias (Corte Constitucional, sentencia T-397 de 2016).

Los pronunciamientos de la Corte Constitucional han impulsado una transición de la prevención a la implementación de la Jurisdicción Especial Indígena por parte de dichos pueblos pasando de manera mayoritaria a su aplicación. Esto también se puede observar con el cambio que se ha dado respecto a que esta justicia se aplicara solamente dentro de los territorios constituidos como resguardos: “... las jurisdicciones especiales se deriva el derecho de los miembros de las comunidades indígenas a un fuero. Se concede el derecho a ser juzgado por sus propias autoridades, conforme a sus normas y procedimientos, dentro de su ámbito territorial” (Corte Constitucional, sentencia T-496 de 1996).

Sin embargo, la jurisprudencia reciente ha ampliado su alcance, reconociendo su aplicación a todos los miembros de un pueblo indígena, independientemente de su ubicación territorial, y extendiéndola a una mayor variedad de casos, construyendo el reconocimiento jurídico al fuero indígena. El reconocimiento del fuero indígena ha sido un proceso gradual. Inicialmente, no se aplicaba a los indígenas que cometían faltas fuera de su territorio, pues eran juzgados por la justicia ordinaria. Tampoco se aplicaba a los no indígenas que cometían delitos en territorios de resguardo, ya que eran remitidos a la administración de justicia estatal:

El fuero indígena comprende entonces dos elementos esenciales, el personal con el que se pretende señalar que el individuo debe ser juzgado

de acuerdo con las normas y las autoridades de su propia comunidad y el territorial que permite que cada comunidad pueda juzgar las conductas que tengan ocurrencia dentro de su territorio, de acuerdo con sus propias normas (Corte Constitucional, sentencia T-728 de 2002).

Es así como se puede ir observando como la autonomía de los pueblos indígenas en Colombia se ha visto fortalecida por la Jurisdicción Especial Indígena. Esta justicia propia ha permitido a los pueblos aplicar sus formas de justicia para regular y resolver sus conflictos internos, respetando sus cosmovisiones y tradiciones. Además, la Corte Constitucional ha sido clave en la ampliación progresiva de la Jurisdicción Especial Indígena.

El fuero indígena y lo cultural más allá del territorio

La orientación constitucional sobre el fuero indígena fue experimentando una transformación gradual a lo largo del tiempo. A pesar de las resistencias iniciales por parte de la Corte Constitucional y los jueces en general, los hechos socioculturales han impulsado un cambio paulatino en la percepción de los jueces.

Dichas transformaciones constitucionales han hecho que la ampliación de la Jurisdicción Especial Indígena abarque a personas que no son integrantes de la comunidad indígena, siempre y cuando, cometan transgresiones culturales dentro de los territorios de resguardos. Un caso emblemático que refleja esta situación fue el de un militar detenido durante una movilización indígena en el Cauca, por considerar que afectaba el buen desarrollo de la minga indígena al punto de terminar estigmatizándola.

En este caso, fue involucrado el líder indígena Feliciano Valencia, acusado penalmente de secuestro por los jueces de primera y segunda instancia. Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia finalmente decidió fallar a favor del pueblo indígena nasa y desligar de cualquier responsabilidad penal al líder indígena, exponiendo que:

[...] aquí la retención del cabo Chaparral Santiago obedeció al acto de jurisdicción que desplegaron las autoridades indígenas al investigar y sancionar a quien consideraron invadió sus territorios sagrados, lo cual elimina el ánimo del autor necesario para la configuración típica de un secuestro (Corte Suprema de Justicia, Sentencia SP9243-2017, p. 19).

Este cambio transformó la concepción de la justicia indígena, ampliando su alcance más allá de las fronteras físicas y territoriales hacia

una mirada cultural que reconoce la identidad indígena como un factor determinante: “..., el espacio vital de las comunidades no coincide necesariamente con los límites geográficos de su territorio, de modo que un hecho ocurrido por fuera de esos límites puede ser remitido a las autoridades indígenas por razones culturales” (Corte Constitucional, sentencia T-397 de 2016).

Las orientaciones de la Corte frente al reconocimiento que la cosmovisión indígena no se limita solamente al territorio ha impulsado la protección de su identidad cultural en situaciones complejas. Un ejemplo de ello es el caso de los comuneros que cometen delitos fuera de los territorios indígenas. La Corte Constitucional ha establecido que, a pesar de estar siendo procesados por la jurisdicción ordinaria, se les debe dar las garantías necesarias para preservar identidad cultural y poder seguir reproduciéndola en la medida de lo posible:

[...], un enfoque diferencial indígena materializado en el cumplimiento de la pena en un lugar de reclusión propio que establezca el resguardo indígena al cual pertenece el miembro indígena -imputado o condenado-; o la creación de establecimientos de reclusión especiales, proporcionados por el Estado; o, en su defecto, pabellones diferenciados dentro de las mismas cárceles ordinarias, son medidas constitucionales que protegen la identidad cultural y la diversidad étnica (Corte Constitucional, sentencia T-642 de 2014).

Sin embargo, posteriormente la Corte Constitucional intentaría buscar que los indígenas que cometen delitos bajo la jurisdicción ordinaria cumplan sus sentencias en lugares que respeten su diversidad en este sentido plantea que: “..., independientemente de la jurisdicción aplicable, los miembros de comunidades indígenas no deben cumplir penas en establecimientos ordinarios de reclusión, ya que la mayoría de costumbres indígenas no conciben la pena de encarcelamiento como una forma de sanción” (Corte Constitucional, sentencia T-642 de 2014).

Desde esta perspectiva, la misma Corte posibilita incluso que las condenas realizadas por el juez ordinario se cumplan en el territorio indígena. Por ejemplo, si las autoridades indígenas deciden solicitar a un indígena ante el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC), este debería ser trasladado del sistema carcelario al territorio indígena (López & Becerra, 2018). Este es el caso del pueblo nasa con la creación de los Centros de Armonización, los cuales se convierten en escenarios que logran coordinar la justicia ordinaria con la justicia indígena, en clave de protección de la identidad cultural individual y colectiva: “Los

CAI [Centros de Armonización Indígena] se han convertido en una expresión de la justicia indígena [...] Por lo general se encuentran ubicados en sitios que para los Nasa son espirituales para que los procesos de armonización sean más efectivos” (Velasco, 2018, p. 122).

Estos avances constitucionales no solo son el resultado de las reivindicaciones indígenas, la acción de la Corte Constitucional, y el desarrollo del derecho internacional, que en cada nueva declaración aprobada reconoce una mayor autonomía a los pueblos indígenas (Diestikova, 2020). Un ejemplo reciente es la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, que expande la autonomía de los pueblos indígenas de la región que incluso terminaría limitando las acciones del Estado: “artículo 5. No se desarrollarán actividades militares en las tierras o territorios de los pueblos indígenas, a menos que lo justifique una razón de interés público pertinente o que se haya acordado libremente con los pueblos indígenas interesados” (Organización de Estados Americanos [OEA], 2016, p. 15).

MOVILIZACIÓN INDÍGENA E INNOVACIONES CONSTITUCIONALES

Las comunidades indígenas han incorporado elementos del derecho internacional en su búsqueda por la innovación constitucional. En este sentido, las comunidades indígenas para las recientes movilizaciones de la minga en el suroccidente colombiano, que se extendieron al ámbito nacional: “..., las comunidades étnicas participan de forma solidaria y colaborativa con la Minga realizada el primer semestre del 2019, donde la principal vía que conecta el centro del país con el Sur [...] fuera cerrada por varios días” (Zapata y Llano, 2019, p. 62), han determinado que la Jurisdicción Especial Indígena se aplica en los territorios por donde transita la Minga, lo que representa una ampliación.

Al interior de las movilizaciones indígenas, campesinas y afros se implementaron acciones en el marco de la Jurisdicción Especial Indígena. En procesos de movilización se han visto algunos policías o militares que realizan actividades de inteligencia y que incluso puede terminan afectando o estigmatizando el ejercicio de la movilización, cuando ocurren este tipo de situaciones, las personas que son encontradas trasgrediendo a la comunidad, terminan siendo llevadas por la guardia indígena ante las autoridades del Cabildo, quienes determinan los procedimientos a

realizar. Por lo general, terminan siendo llevados a una asamblea comunitaria y aplicándoseles un castigo desde el proceso de armonización.

En algunos territorios del país se ha implementado la Jurisdicción Especial Indígena en contexto de movilización, particularmente, la ciudad de Cali es una muestra de esto. La capital del suroccidente colombiano y una de las principales ciudades del país, ha sido escenario de un caso de interés nacional e internacional de las movilizaciones de la minga. En estas ocasiones, la minga ha llegado a Cali para expresar sus inconformidades y presentar sus reivindicaciones al gobierno central. La última movilización se llevó a cabo en mayo de 2021, en apoyo al paro nacional, en este caso, en un ejercicio de movilización, terminan 9 mingueras y mingueros heridos a bala: “El primero de mayo 5.000 indígenas, con sus 127 autoridades, llegaron desde el Cauca a la ciudad de Cali en minga. Hubo 25 puntos de concentración de manifestantes que bloquearon las principales carreteras en señal de apoyo al Paro” (Consejo Regional Indígena del Cauca- CRIC, 2021).

En este proceso de movilización, hubo varios incidentes de conflicto entre algunos ciudadanos no indígenas y la minga indígena, como por ejemplo el que sucedió en las afueras de la ciudad con la pretensión de limitar el paso de los indígenas:

[...], algunos ciudadanos del sur de Cali que se manifestaban en contra del paro Nacional y la minga indígena, que pretendían quitar uno de los puntos de resisten, retienen un vehículo donde se movilizaban autoridades y mingueros; los agreden y ante la llegada de más comunidad a protegerlos, estos disparan con armas de fuego (Consejo Regional Indígena del Cauca- CRIC, 2021b).

Las personas que terminaron afectado el desarrollo de la movilización indígena, no fue el único de los casos, por el contrario, otra situación similar terminó incidiendo en la aplicación de la justicia indígena, con la pretensión de salvaguardar el ejercicio de movilización (Viana y Ariza, 2024). Las diferentes formas de interpretar la Jurisdicción Especial Indígena, tanto desde la perspectiva constitucional como desde la comunitaria, terminan mostrando una diferencia entre un reconocimiento limitado de la autonomía indígena y una garantía amplia de la misma. Esta situación se encuentra en dos aspectos clave: Los desarrollos teóricos que fundamentan las decisiones de la Corte Constitucional y la

interpretación que se le otorga desde lo cultural y antropológico a las prácticas que los pueblos indígenas implementan al momento de aplicar la Jurisdicción Especial (Rodríguez, 2023).

CORTE CONSTITUCIONAL Y MULTICULTURALISMO LIBERAL

Un análisis teórico de las primeras decisiones de la Corte Constitucional sobre el reconocimiento de los pueblos indígenas muestra una tendencia basada en una visión de la teoría del multiculturalismo liberal: “El modelo de filosofía política que subyace a la doctrina de la Corte sobre consulta previa es el que denomino monismo liberal multicultural. Este modelo explica la mayor parte de la jurisprudencia desarrollada por la Corte” (Bonilla, 2015, p. 312).

Esta teoría del multiculturalismo liberal ha sido desarrollada principalmente por países del norte global, como Canadá y Estados Unidos, logrando expandirse globalmente con las ideas de los profesores Charles Taylor y Will Kymlicka. Estos académicos han considerado que las sociedades liberales y las democracias de dichos Estados deberían reconocer sus contextos de diversidad cultural: “..., multiculturalismo liberal es considerado una de las respuestas más influyente de cómo estudiar la diversidad cultural. Surge a partir de la segunda mitad del siglo XX [...] para hacer referencia a una serie de demandas por parte de grupos minoritarios” (García y Villavicencio, 2016, p.14).

El multiculturalismo liberal, como teoría, surge a partir de reflexionar la realidad actual, la cual pretende mostrar la existencia de la diversidad dentro de una sociedad y cultura (Maldonado, 2021). Cada vez es más común que diferentes culturas se encuentren y coexistan en espacios reducidos, lo que convierte en una necesidad la convivencia pacífica y armoniosa de esta diversidad. Precisamente, la pretensión de espacios de tolerancia y convivencia se terminan haciendo necesarios reconocerlos desde el marco constitucional y el Estado que es responsable de dicha acción, convirtiéndose en una opción para lograr este objetivo: “Existen otras culturas, y tenemos que convivir, (...) en la escala mundial como en la sociedad individual [...] culturas que han aportado un horizonte de significado para gran cantidad de seres humanos [...] merece nuestra admiración y respeto” (Taylor, 2001, p. 106).

Para los Estados, este reconocimiento de la diferencia cultural permitiría fortalecer la democracia y posibilitar que las distintas

culturas reconocieran a las instituciones estatales como un regulador. En este sentido, el Estado actuaría como un intermediario cultural, facilitando el diálogo y la comprensión entre las diferentes culturas que coexisten dentro de un marco estatal. Por lo tanto, las relaciones interculturales deben basarse en la comprensión y el entendimiento mutuo, sin abusos o excesos en el reconocimiento de su diferencia para obtener beneficios indebidos.

En este contexto, la autonomía cultural se encuentra regulada por el Estado, y los grupos culturales deben adecuar sus acciones al derecho existente. Esto se observa en las decisiones iniciales de la Corte Constitucional sobre el reconocimiento de la Jurisdicción Especial Indígena.

Esta propuesta multicultural de corte liberal, principalmente se desarrolla en las sociedades anglosajonas que, si bien es cierto, pretenden un respeto por la diversidad cultural, también promueven el desarrollo de una economía capitalista y de mercado que termina caracterizando a este tipo de sociedades: "..., el capitalismo representa no solo un diseño técnico-económico, sino también un sistema cultural complejo [...] en el Occidente moderno. Esta concepción, que siempre ha tenido partidarios [...] ha recibido apoyo adicional de antropólogos y sociólogos de la cultura euro-estadounidense" (Appadurai, 2015, p. 78).

El multiculturalismo liberal, que se ha traído para los contextos latinoamericanos, termina teniendo amplias diferencias con las realidades propias de la región, que se caracteriza por la diversidad cultural, pero de carácter principalmente étnico, en este sentido, reconocer la diversidad desde esta propuesta teórica ha sido objeto de críticas (Fernández Ruiz, 2021).

Particularmente, para Colombia la implementación del multiculturalismo liberal presenta una complejidad considerable. En un primer plano, se observa un reconocimiento de la diversidad cultural, con la pretensión de integrarla al mercado. Esto se ha visto con diversos pueblos indígenas, cuyos productos ancestrales se convierten en piezas exóticas para las élites y la clase media global, adquiriendo un valor de consumo y prestigio. Sin embargo, esta coexistencia con el mercado no siempre es justa. A pesar del reconocimiento constitucional de los pueblos étnicos, sus derechos son vulnerados por diferentes intereses tanto del sector empresarial local, nacional y transnacional, que buscan explotar sus recursos

naturales de forma legal e ilegal, poniendo en riesgo la supervivencia de las comunidades étnicas (Wilmmer y Hellmund, 2020).

CONCLUSIÓN

El reconocimiento y avances de la Jurisdicción Especial Indígena por parte de la Corte Constitucional son indiscutibles, claro, dentro de la lógica del multiculturalismo liberal de procedencia anglosajona y la influencia de las declaraciones y tratados internacionales de derechos sobre pueblos indígenas, decisiones que han beneficiado a las comunidades en su proceso de ampliar su autonomía, sin embargo, es suficiente y los desafíos se encuentran también en el horizonte. Son varias las deliberaciones internas e incluso decisiones de la Corte de forma reciente, que se han realizado con una perspectiva conservadora, que ha pretendido disminuir los alcances que tiene la jurisdicción en estos momentos (Gutiérrez, 2021).

Ante el riesgo de desmonte de derechos de la diversidad étnica como la intromisión en la autonomía indígena para reducirla o algunos planteamientos del ejecutivo o el legislativo de limitar por ejemplo el derecho a la consulta previa se hace necesario acudir a concepciones de mayor avances en materia constitucional en lo correspondiente a pueblos indígenas, como los referentes de Ecuador y Bolivia como Estados plurinacionales pero también con un eje que permite garantía de derechos a la diferencia como el buen vivir, hacia esos faros debe dirigirse la Corte Constitucional y de esa forma se protegerá uno de los baluartes del constitucionalismo colombiano en la región, la Jurisdicción Especial Indígena (Figuera y Ortiz, 2019).

En este sentido, la dimensión del constitucionalismo que se observa desde el caso colombiano tiene unos lineamientos que permite ver como el activismo judicial ha establecido dimensiones que tienen una incidencia política más fuerte que determina los puntos de articulación entre lo que se evidencia como parte del sistema jurídico pero que el mismo debe tener una interlocución directa con los lineamientos positivos y con ello políticos que se demandan de una esfera de las categorías jurídicas a las que se dimensiona la construcción de ser sujetos especiales de protección y los márgenes de diferenciación positiva (Bedoya, Restrepo y Villa, 2020).

Por esta razón, la articulación implica determinar diferentes variables que están establecidas por un marco de relación que se establece desde

lo multicultural, que si bien en su concepción liberal trae consigo el arraigo a disposición de índole positiva, desde un marco más amplia debe también impactar la visión política de autogobierno y autogestión del cuerpo territorial, en donde se establece que la misma tiene una identidad que se reconoce en clave estructural del proceso de autogobierno, y por tanto de los fueros de identificación que deben resultar de una relación verdaderamente concebida más allá del fuero liberal, en donde estos sujetos pueden convertirse en entender lo indígena para ser un activo político y constitucional de los ámbitos tradicionalmente concebidos, máxime cuando cada vez el constitucionalismo colombiano y el activismo de la corte constitucional avanza en establecer los espacios dialógicos que deben propugnar por concepciones abiertas al campo dialógico, allí se establece un marco de interpretación y que se tienen desde el rango constitucionalización que cada vez más establece una diferenciación no solo jurídica sino política en términos del territorio.

Todo lo anterior, pasa también por ver que viejas categorías conceptuales especialmente las antropocéntricas hoy están siendo transformadas, dando cuenta que la relación de los actores, transversalizados por una visión ecocéntrica de los derechos, establece que los espacios colectivos considerados, así como los rangos políticos están en un constante proceso de transformación, para lo que establece el margo de una pluralismo en clave liberal que pasa a transformarse en un marco estructurado de análisis, que lleva en su conceptualización un marco de autorreconocimiento más allá de la mera diferenciación, en donde el dialogo entre lo constitucional y las claves jurídicas toman cada vez más relevancia en el proceso de transformación de lo que se entiende como multicultural. Siendo importante resaltar que este proceso se da aun en desarrollo y tendrá muchos impactos en la transformación política y jurídica del Estado y sus instituciones (Zambrano,2021).

FUENTES DE INFORMACIÓN

Appadurai, A. (2015). El futuro como hecho cultural. Ensayos sobre la condición global. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.

Bedoya, A. F. R., Villa, S. C., & Tamayo, J. F. R. (2020). Supremacía constitucional y Estado social de Derecho en Colombia. *Revista Ratio Juris*, 15(31), 545-568. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8062205>

Bonilla Maldonado, D. (2015). Autogobierno e identidad cultural. La Corte Constitucional colombiana y el derecho a la consulta previa. En: Daniel Bonilla Maldonado (Editor). *Constitucionalismo del Sur Global*. Bogotá: Siglo del Hombre.

Constitución Política de Colombia. (1991). Secretaria del Senado (Diario Oficial No. 52.625 - 31 de diciembre de 2023). http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html

Organización Internacional del Trabajo. (1989). Convenio 169 sobre los pueblos indígenas y tribales. https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NOR_MLEX PUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C169

Cantillo Pushaina, J. J. (2021). Pluralismo jurídico: avances constitucionales actuales. *Foro: Revista de Derecho*, (36), 193-211. http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S0122-98932024000100061&script=sci_arttext

Cárdenas Londoño, J. S. (2022). Una jurisdicción indígena autónoma y eficaz como mecanismo de protección real a los Pueblos Indígenas. *Derecho global. Estudios sobre derecho y justicia*, 8(22), 261-279. https://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S2448-51362022000300261&script=sci_arttext

Consejo Regional Indígena del Cauca –CRIC- (2021). Paro Nacional en Colombia: la eterna lucha de la minga indígena por una vida digna. <https://www.cric-colombia.org/portal/paro-nacional-en-colombia-la-eterna-lucha-de-la-minga-indigena-por-una-vida-digna/>

Consejo Regional Indígena del Cauca –CRIC- (2021b). Alerta: Minga indígena atacada en la ciudad de Cali, 9 mingueros heridos. <https://www.cric-colombia.org/portal/alerta-minga-indigena-atacada-en-la-ciudad-de-cali-9-mingueros-heridos/>

Corte Constitucional de Colombia. (1996). Sentencia C-139 del 9 de abril. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/C-139-96.htm>

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia. (1996). T-496 del 26 de septiembre. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1996/T-496-96.htm>

Corte Constitucional de Colombia. (1994) Sentencia T-254 del 30 de mayo. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/T-254-94.htm>

- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia. (1997). Sentencia T-523 del 15 de octubre. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/T-523-97.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia. (2002). Sentencia T-728 del 5 de septiembre. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/t-728-02.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia. (2014). Sentencia T-642 del 4 de septiembre. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/t-642-14.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia. (2016). Sentencia T-397 del 29 de junio. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-397-16.htm>
- Corte Suprema de Justicia de Colombia. (2017). Sentencia SP9243-2017, del 28 de junio. <https://www.cortesuprema.gov.co/corte/wp-content/uploads/2017/06/Fallo.pdf>
- Congreso de la República de Colombia. (1991). Ley No. 21-Por medio de la cual se aprueba el Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado por la 76a. reunión de la Conferencia General de la O.I.T., Ginebra 1989.
- Congreso de la República de Colombia. (1996). Ley No. 270- Ley Estatutaria de la Administración de Justicia.
- Congreso de la República de Colombia. (2009). Ley No. 1285- Ley Por medio de la cual se reforma la Ley 270 de 1996 Estatutaria de la Administración de Justicia.
- Dlestikova, T. (2020). Encuentros entre las justicias indígena y restaurativa en Colombia. *Novum Jus*, 14(1), 15-40. http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S2500-86922020000100015&script=sci_arttext
- Dosa Acevedo, J. D. (2021). La participación política de pueblos indígenas colombianos en la Constitución de 1991. <https://repository.unimilitar.edu.co/handle/10654/40366>
- Fernández Ruiz, J. M. (2021). Crítica al multiculturalismo liberal, hacia un multiculturalismo crítico. *Alpha (Osorno)*, (52), 243-260.x https://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-22012021000100243&script=sci_arttext&tlng=pt
- Figuera Vargas, S. C., & Ortiz Torres, M. H. (2019). El derecho a la Consulta previa a los pueblos indígenas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Casos de estudio: Ecuador y Colombia. *Civilizar Ciencias Sociales y Humanas*, 19(36), 59-76. http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S1657-89532019000100059&script=sci_arttext
- García, S. P. y Villavicencio Miranda, L. (2016). Alcances y límites del multiculturalismo liberal desde un enfoque de género interseccional, *Revista Convergencia*, 72 (1), 13-38.
- Gutiérrez, M. (2011). Pluralismo jurídico y cultural en Colombia. *Revista Derecho del Estado*, (26), 85-105. http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S0122-98932011000100004&script=sci_arttext
- Ismare Guatico, H. (2022). El enfoque diferencial étnico como criterio articulador de la justicia ordinaria y la jurisdicción especial indígena en Colombia. <https://repository.ugc.edu.co/items/c42fda45-3989-4806-b316-b22bc69c8321>
- Jiménez, I. S. (2022). *La regulación internacional e interna de los derechos de los pueblos indígenas en Colombia, Ecuador y México* (Doctoral dissertation, Universidad de Salamanca). <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=315653>
- Maldonado, D. B. (2021). Los Derechos Culturales, La Diversidad Cultural y el Estado: el liberalismo monocultural, el multiculturalismo liberal y el interculturalismo radical. *Abya-yala: Revista sobre Acesso à Justiça e Direitos nas Américas*, 5(2), 246-a. <https://periodicos.unb.br/index.php/abya/article/view/41163>
- Laurent, V. (2021). CONSTITUCIÓN DE 1991 Y MULTICULTURALISMO A PRUEBA DE LA EXPERIENCIA Entre la institucionalización y la resistencia, los pueblos indígenas “llegaron para quedarse”. *Análisis Político*, 34(101), 23-46. http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S0121-47052021000100023&script=sci_arttext
- Llano Franco, J. V. (2020). Relaciones interculturales entre comunidades indígenas, negras y campesinas del norte del Cauca, *Revista de Derecho*, 53(1), 10-29.
- López Gálvez, M. C., & Becerra Possú, D. (2018). *Tensiones entre la jurisdicción penal especial indígena y su reconocimiento constitucional frente a la justicia penal en Colombia te a la justicia* (Bachelor's thesis, Derecho). <https://repositorio.uceva.edu.co/handle/20.500.12993/3160>

- Organización de Estados Americanos –OEA– (2016). Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. <https://www.oas.org/es/sadye/documentos/res-2888-16-es.pdf>
- Pares Fundación Paz y Reconciliación. (2016). El Quintín Lame, proceso de paz exitoso para los indígenas. 10 de enero de 2024. <https://www.pares.com.co/post/el-quint%C3%ADn-lame-proceso-de-paz-exitoso-para-los-ind%C3%ADgenas#:~:text=En%20mayo%20de%201991%20el,los%20beneficios%20pol%C3%ADticos%20que%20se>
- Pérez Portillo, S. (2020). La otredad indígena en los procesos constituyentes en Colombia 1991, Venezuela 1999, Ecuador 2008 y Bolivia 2009. Bogotá: Universidad Externado de Colombia
- Rodríguez, G. A. (2017). Los conflictos ambientales en Colombia, en el ejercicio del Derecho Mayor y la Ley de Origen de los pueblos indígenas, Bogotá: Universidad del Rosario.
- Rodríguez, G. M. R. (2023). Coordinadas y trayectorias de un proceso de judicialización. Lectura etnográfica de la experiencia de búsqueda de justicia del pueblo indígena Arhuaco en Colombia. *Revista Direito e Práxis*, 14, 1160-1185. <https://www.scielo.br/j/rdp/a/yPXMVNysFQjmdHym6xmXVtj/?format=html&lang=es>
- Sánchez Botero, E. (2006). Entre el Juez Salomón y el Dios Sira: Decisiones interculturales e interés superior del niño. Bogotá: Unicef.
- Semper, F. (2006). Los derechos de los pueblos indígenas de Colombia en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, 2, 761-778. Disponible en <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/anuario-derecho-constitucional/article/view/30326>
- Taylor, C. (2001). El multiculturalismo y la política del reconocimiento. México: Fondo de Cultura Económica.
- Wimer, F. R., & Hellmund, P. D. F. (2020). Las comunidades campesinas e indígenas del Paraguay frente a la concentración y extranjerización de la tierra. *Espacio abierto: cuaderno venezolano de sociología*, 29(1), 168-192. <https://www.redalyc.org/journal/122/12264378009/12264378009.pdf>
- Wolkmer, A. C. (2018). Pluralismo jurídico. Fundamentos de una cultura del derecho. Madrid: Dykinson.
- Velasco Cano, N. (2018). Justicia indígena Nasa y Centros de Armonización como alternativas en tiempos de transición, en Jairo Vladimir Llano Franco y Nicole Velasco Cano (Coordinadores). Globalización hegemónica y alternativas locales de justicia para las comunidades étnicas. Bogotá: Ibáñez y Universidad Libre de Colombia, pp. 115-135.
- Viana, A., & Ariza Higuera, L. J. (2024). Entre dos mundos: pueblos indígenas y espacios de castigo en Colombia. *Revista de Estudios Sociales*, (87), 25-39. <https://journals.openedition.org/revestudsoc/55856>
- Zambrano, D. M. (2021). Antropocentrismo y ecocentrismo en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Araucaria*, 23(46). <https://revistascientificas.us.es/index.php/araucaria/article/view/14326>
- Zapata Galvis, J. y Llano Franco, J. V. (2019). Acuerdo de paz, territorio y diversidad en el Norte del Cauca. En: Jairo Vladimir Llano Franco, Nicole Velasco Cano, Hermán Gómez Gutiérrez y Jenny Marcela Trejos. Pos-acuerdo y territorio en las comunidades indígenas, afro y campesinas en el Norte del Cauca. Bogotá: Ibáñez y Universidad Libre de Colombia, pp. 43-68.

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 índole histórica en Derecho y las otras áreas científicas de la revista; y semblanzas de juristas o científicos sociales.

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 al 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, número de ORCID, 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; y el sumario.

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, inédita y teórica.

El artículo de opinión: Expone y argumenta sobre el pensamiento de un académico o científico social acerca de un tema. 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 o científico social, nacional o extranjero, cuya labor científica o profesional haya tenido particular influencia en el Derecho o ciencia social respectiva, 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, para determinar 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 aporte científico de la contribución bajo el sistema doble ciego (los árbitros no conocen la identidad de los articulistas y viceversa), para lo cual es remitida a dos pares revisores externos. El dictamen será comunicado al autor en un plazo no mayor a 60 días. El proceso de dictamen exige anonimato en todo

momento. Si hay pareceres distintos entre los dos revisores, se buscará a un tercer evaluador.

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.

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.

The contributions submitted can be original articles; review articles; opinion articles; case analysis articles; articles of a historical nature in Law and the other scientific areas of the journal; and profiles of jurists or social scientists.

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 must include the title of the work in Spanish and translated into English; full name of the author (s), their institutional affiliation, ORCID number, email and country; abstract and abstract, not exceeding 250 words (they must reflect the objective of the study, the method and the main results or conclusions); Keywords, with a minimum of three and a

maximum of six, arranged alphabetically and their translation into English; and the summary.

The original article: Contains an unpublished investigation, as the final product of a scientific field investigation, which shows and discusses the results.

The review article: Synthesize, analyze and update a topic. It is an original, unpublished and theoretical investigation.

The opinion article: Exposes and argues about the thinking of an academic or social scientist about a topic. Its length should not be more than six pages.

The historical article: It narrates and exposes momentous events in the scientific areas of the magazine.

Profile: Biographical article of a jurist or social scientist, national or foreign, whose scientific or professional work has had a particular influence on the respective Law or social science, in their 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 for consideration by the Editorial Board, to determine if it corresponds to the editorial line of the journal and if it requires going through a peer evaluation process, 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 scientific contribution of the contribution is evaluated under the double-blind system (the referees do not know the identity of the contributors and vice versa), for which it is sent to two external peer reviewers. The opinion will be communicated to the author within a period of no more than 60 days. The opinion process requires anonymity at all times. If there are different opinions between the two reviewers, a third evaluator will be sought.

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.

The accepted and edited works are sent to the columnists for their review, these will be returned accompanied by a letter of agreement for publication in the respective issue of the magazine, within 30 days.

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 43 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

Mayo 2024 Lima - Perú