



CHORNANCAP
REVISTA JURÍDICA
ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE LAMBAYEQUE



Los derechos en la era de las nuevas tecnologías

VOL. 1, NÚM. 2
JULIO - DICIEMBRE
2023

e-ISSN: 2961 - 2934

CHICLAYO / PERÚ



¡Visita nuestra revista
digital **escaneando**
este QR!



ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS
DE LAMBAYEQUE



Chornancap Revista Jurídica

Vol. 1 Núm. 2

Julio- Diciembre, 2023

Equipo Editorial

Director

Mag. José Rolando Cardenas Gonzales

Consejo Editorial

Mag. César Vargas Rodríguez (Decano)

Abg. Ervis Valdiviezo Rosado (Directo Secretario)

Abg. Segundo Lázaro Timaná Domínguez (Director de Economía)

Abg. Willian Tantajulca Burga (Director de Derechos Humano)

Abg. Danny Ramón Uceda Flores (Director de Comunicaciones e Informática)

Mag. Delsy Gasdaly Alarcón Dávila (Directora de Estudio Jurídico gratuito)

© *Ilustre Colegio de Abogados de Lambayeque*

Esq. José C. Mariátegui y Los Rosales, Urb. Arturo Falla
Chiclayo - Perú

Dibujo de carátula ©

Frank José Machuca Cabrera

Diseño de cubierta ©

Christian Emilio Herrera Matos

Diseño y diagramación

María Rosa Becerra Guzmán

ISSN: 2961-2934 (En línea)

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N.º 2023- 09275 (digital)
Disponible a texto completo en <https://www.icallambayeque.org.pe/rjchornancap>



El contenido de la responsabilidad de sus autores. No refleja necesariamente la opinión del equipo editorial de la revista. La obra ha sido sometida al proceso de arbitraje o revisión de doble pares ciegos antes de su publicación.



CHORNANCAP
REVISTA JURÍDICA
ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE LAMBAYEQUE

INDIZADA EN:



EQUIPO EDITORIAL

DIRECTOR

José Rolando Cardenas Gonzales
Universidad Complutense de Madrid

COMITÉ DE EDICIÓN

María Rosa Becerra Guzmán
Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo

Jeanella Edyt Estrella Carlos
Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo

COMITÉ CONSULTIVO

Dr. Riccardo Guastini
Università degli Studi di Genova, Italia

Dr. Juan Antonio García Amado
Universidad de León, España

Dr. Francisco Javier García Roca
Universidad Complutense de Madrid, España

Dr. Guillaume Tusseau
Sciences Po Paris, Francia

Dr. Ramsis Ghazzaoui Piña
Universidad Autónoma de Madrid, España

Dra. María Guadalupe Fernández Ruiz
Universidad Nacional Autónoma de México



Dr. Manuel Bermúdez Tapia
Pontificia Universidad Católica del Perú

Dr. Arnulfo Daniel Mateos Durán
Universidad de Heidelberg, Alemania.

COMITÉ CIENTÍFICO

Dr. Mario Amoretti Navarro
Ludwig-Maximilians- Universität München

Dra. Silva Bagni
Alma Mater Studiorum Università di Bologna

Dr. Ignacio García Vitora
Universidad Complutense de Madrid

Dra. Covadonga Ferrer Martín de Vidales
Universidad Complutense de Madrid

Dr. Ignacio Álvarez Rodríguez
Universidad Complutense de Madrid

Dr. Gilmer Alarcón Requejo
Universidad Carlos III de Madrid

Dra. María Ruiz Dorado
Universidad de Castilla - La Mancha

Mtr. Nieves Lucana Mamani
Universidad de Castilla - La Mancha

Mtr. Sergio Sánchez París
Universidad de Castilla - La Mancha



Dr. Amir Al Hasani Maturano
Universidad de las Islas Baleares

Mag. Cinthia Katherin Barboza Rojas
Université Paris Descartes

Mag. Francisco Javier Martínez Castañeda
Universidad Nacional Autónoma de México

Dr. Fernando Manuel Catro Figueroa
Universidad Autónoma de Baja California

Dr. José Antonio Pérez Ramos
Instituto de Especialistas para Ejecutivos

Dr. Cuauhtémoc Talavera Moncayo
Universidad Autónoma Benito Juárez de Oaxaca

Mag. Cesar Ojeda Quiroz
Pontificia Universidad Católica del Perú

Mag. Marco Antonio Pérez Ramírez
Universidad Nacional Federico Villarreal

Dr. Kori Paulett Silva
Universidad Andina del Cusco

Mag. José Edilberto Rodríguez Tanta
Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo

Dr. Carlos Alberto Sánchez Coronado
Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo



Mtr. Elky Alexander Villegas Paiva
Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo

Mag. Juan Alberto Castañeda Méndez
Universidad Cesar Vallejo





ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE LAMBAYEQUE

Consejo Directivo 2023-2024

TABLA DE CONTENIDO

PRESENTACIÓN	13
Oscar Guillermo Barreto Nova <i>El derecho a la privacidad versus el derecho a la información. Reflexiones a partir de un bloqueo en Twitter.</i>	17
Ingrid Ninón Sánchez Ronceros <i>La implementación de la Inteligencia Artificial en las decisiones judiciales en procesos penales.</i>	37
Julio Jesús Mormontoy Pérez <i>Sobre la privacidad en las tecnologías de la información: ¿una ventana sin cortinas?</i>	53
José Jhordy Ventura Zurita Nicole Alessandra Núñez Custodio <i>Emoji de "Pulgar hacia arriba" como confirmación de un Contrato.</i>	73
Jhabel Jordano Jara Zavaleta Jennifer Catherine Silva Narvaez <i>La Inteligencia Artificial bajo juicio: una visión de su conquista del mundo y el peligro que arraiga en el desarrollo jurídico.</i>	89
Elizabeth del Carmen Puyén Fernández <i>Las dos caras de la Inteligencia Artificial: Un análisis jurídico.</i>	97



María Fernanda Mananí Carrillo <i>Los derechos digitales de los grupos vulnerables en el Perú: Un análisis integral.</i>	111
Manuel Bermúdez Tapia <i>Buscando investigadores, limitando la investigación: Renacyt y sus contradicciones.</i>	123
Esmeralda Durand Herrera <i>La incapacidad moral permanente como causal de vacancia presidencial en la Constitución Política del Perú.</i>	145
Betty Leonor Guarnizo Miranda <i>Incompatibilidades de los delitos de Lesa humanidad en relación con los delitos de Desaparición forzada y Tortura.</i>	171
Karen Liliana Rojas Jiménez Xiomara Cabrera Cabrera <i>La actuación del abogado particular en la Etapa Intermedia del Proceso Penal.</i>	183
Josue Fernando Emanuel Bobadilla Chero Rogger Javier Brayan Vásquez Serna <i>La constitucionalidad del Proceso de Extinción de Dominio.</i>	199
Emilly Maite Castillejo Pulido Melitsen Abigail Portilla Cortez <i>La evolución del Derecho de Familia en el caso: “Hijos de Ricardo Morán”</i>	211



PRESENTACIÓN

Con gran satisfacción presentamos a la comunidad académica la segunda edición de *Chornancap Revista Jurídica*, una publicación dedicada a la investigación y el análisis de las diferentes ramas del Derecho. En esta edición, nos adentramos en un tema de profunda relevancia y complejidad: "Los derechos en la era de las nuevas tecnologías". En un contexto donde la tecnología redefine constantemente nuestras interacciones sociales, laborales y legales, es imperativo explorar cómo estos avances transforman y desafían nuestra comprensión y protección de los derechos humanos fundamentales.

Vivimos en una época de avances tecnológicos sin precedentes, donde la digitalización y la automatización han transformado la forma en que interactuamos, trabajamos y nos relacionamos. Sin embargo, esta revolución tecnológica plantea desafíos complejos para la protección de nuestros derechos fundamentales. Desde la privacidad en línea hasta la justicia algorítmica, este número especial se sumerge en las intersecciones entre el derecho y las nuevas tecnologías para arrojar luz sobre estos temas cruciales.

La segunda edición de *Chornancap Revista Jurídica* está compuesta por una serie de artículos, elaborados por investigadores en diversas áreas del Derecho, brindándonos un análisis profundo y reflexivo. Los temas abordados son:

- **El derecho a la privacidad versus el derecho a la información:** Reflexiones a partir de un bloqueo en Twitter: Este artículo examina las complejas interacciones entre la privacidad individual y la libertad de expresión en el entorno digital, a través de un estudio de caso que ilustra las tensiones inherentes a este equilibrio.
- **La implementación de la Inteligencia Artificial en las decisiones judiciales en procesos penales:** Ofrece un análisis profundo sobre el uso cada vez más extendido de la inteligencia artificial en el ámbito judicial, explorando sus implicaciones en la equidad y la imparcialidad de los procesos penales.
- **Sobre la privacidad en las tecnologías de la información: ¿una ventana sin cortinas?:** Este artículo examina críticamente la noción de privacidad en la era digital, planteando preguntas fundamentales sobre cómo proteger nuestros datos personales en un mundo hiperconectado.



- **Emoji de "Pulgar hacia arriba" como confirmación de un Contrato:** Explora el fenómeno emergente del uso de emojis en la comunicación jurídica y su impacto en la formación y validez de los contratos, desafiando las convenciones tradicionales de la expresión contractual.
- **La Inteligencia Artificial bajo juicio:** una visión de su conquista del mundo y el peligro que arraiga en el desarrollo jurídico: Este artículo ofrece una evaluación crítica del avance de la inteligencia artificial y plantea importantes interrogantes sobre su impacto en la evolución del derecho y la ética jurídica.
- **Las dos caras de la Inteligencia Artificial:** un análisis jurídico: Este artículo realiza un análisis exhaustivo de los desafíos y oportunidades que presenta la inteligencia artificial desde una perspectiva legal, explorando las implicaciones éticas y normativas de su creciente influencia en diferentes aspectos de la sociedad.
- **Derechos digitales de los grupos vulnerables en Perú:** un análisis integral: Aborda de manera integral la situación de los derechos digitales de los grupos vulnerables en Perú, examinando las brechas existentes en el acceso a la tecnología y proponiendo medidas para garantizar una mayor inclusión y equidad.
- **Buscando investigadores, limitando la investigación:** Renacyt y sus contradicciones: Este artículo analiza las contradicciones del Registro Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación Tecnológica (Renacyt) en Perú, destacando cómo sus políticas pueden limitar la investigación científica y tecnológica en lugar de fomentarla.
- **La incapacidad moral permanente como causal de vacancia presidencial en la Constitución Política del Perú:** Ofrece un análisis detallado de la disposición constitucional sobre la incapacidad moral permanente como causa de destitución presidencial en Perú, explorando sus implicaciones legales y políticas.
- **Incompatibilidades de los delitos de Lesa humanidad en relación con los delitos de Desaparición forzada y Tortura:** Examina las complejas relaciones entre los delitos de lesa humanidad, desaparición forzada y tortura, y cómo estos se entrelazan en el ámbito jurídico internacional y nacional.



- **La actuación del abogado particular en la Etapa Intermedia del Proceso Penal:** Ofrece un análisis detallado del papel del abogado particular en la etapa intermedia del proceso penal, explorando sus funciones, responsabilidades y desafíos en el sistema judicial peruano.
- **La constitucionalidad del Proceso de Extinción de Dominio:** Examina la constitucionalidad del proceso de extinción de dominio en el marco legal peruano, analizando sus fundamentos legales y su aplicación práctica en la lucha contra el crimen organizado y la corrupción.
- **La evolución del Derecho de Familia en el caso: “Hijos de Ricardo Morán”:** Este artículo examina la evolución del derecho de familia a través del análisis de un caso emblemático, ofreciendo insights sobre cómo la jurisprudencia y la legislación han respondido a los cambios en la estructura y dinámica familiar en la sociedad contemporánea.

Cada artículo seleccionado es una valiosa contribución al discurso jurídico contemporáneo, explorando los desafíos de la intersección entre el Derecho y la tecnología en la sociedad moderna.

No podemos pasar por alto el invaluable esfuerzo y dedicación de nuestros colaboradores, editores y equipo editorial, cuya incansable labor ha sido esencial para concretizar esta publicación de excelencia. Cada página es el resultado de un compromiso colectivo con los más altos estándares académicos y un firme convencimiento en el poder transformador del conocimiento jurídico en la configuración de nuestro entorno social.

Invitamos a juristas y estudiantes del Derecho a unirse en este viaje intelectual, explorando los análisis presentados y contribuyendo a futuras ediciones para enriquecer el debate jurídico. En nombre del equipo de Chornancap Revista Jurídica, expresamos nuestro más profundo agradecimiento a nuestros autores, revisores y lectores por su inestimable colaboración en este emocionante periplo académico.

Chiclayo, abril de 2024.

José Rolando Cardenas Gonzales
Director



EL DERECHO A LA PRIVACIDAD VERSUS EL DERECHO A LA INFORMACIÓN REFLEXIONES A PARTIR DE UN BLOQUEO EN TWITTER

*THE RIGHT TO PRIVACY VERSUS THE RIGHT TO INFORMATION
REFLECTIONS FROM A TWITTER BLOCKADE*

Fecha de recepción: 19/09/2023
Fecha de aprobación: 10/03/2024



e-ISSN: 2961-2934

<https://doi.org/10.61542/rjch.41>

Oscar Guillermo Barreto Nova

Escuela Federal de Formación Judicial del
Poder Judicial de la Federación
ogbarreton@cjf.gob.mx

 <https://orcid.org/0009-0000-9682-5039>

RESUMEN

El objetivo principal del texto es analizar cuál ha sido la postura de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en México respecto al derecho a la privacidad de los servidores públicos en las redes sociales frente al derecho de acceso a la información que tienen las personas. Lo anterior, permitirá identificar si existe un choque entre estos derechos y en su caso determinar cuál es la regla para la solución que el máximo tribunal del país estableció para resolver el caso. Para llevar a cabo lo anterior, se emplearon dos conceptos señalados por Aharon Barak, el supuesto de hecho y la cláusula de aplicación de los derechos fundamentales, lo que permitirá saber si existen límites a alguno de los derechos en cuestión a partir del análisis de la sentencia con motivo del Amparo en Revisión 1005/2018, para cumplir con el objetivo señalado. Por último, se presentan algunas ideas a modo de conclusión.

Palabras clave

Derecho a la privacidad, Twitter, libertad de expresión, servidores públicos, derechos fundamentales.



ABSTRACT

The main objective of the text is to analyze what has been the position of the Supreme Court of Justice of the Nation in Mexico regarding the right to privacy of public servants in social networks versus the right of access to public information that individuals have. This will allow to identify whether there is a clash between these rights and, if so, to determine which is the rule for the solution that the highest court of the country established to resolve the case. To carry out the above, two concepts pointed out by Aharon Barak were used, the factual assumption and the clause of application of fundamental rights, which will allow knowing if there are limits to any of the rights in question from the analysis of Amparo a Revision 1005/2018, in order to comply with the objective of this work. Finally, some ideas are presented by way of conclusion.

Keywords

Right to privacy, Twitter, freedom of expression, public servants, fundamental rights.

RÉSUMÉ

Le principal objectif du texte est d'analyser quelle a été la position de la Cour suprême de justice de la Nation au Mexique concernant le droit à la vie privée des fonctionnaires dans les réseaux sociaux par rapport au droit d'accès à l'information publique dont disposent les individus. Cela permettra d'identifier s'il y a un conflit entre ces droits et, le cas échéant, de déterminer quelle est la règle pour la solution que la plus haute cour du pays a établie pour résoudre l'affaire. Pour ce faire, deux concepts énoncés par Aharon Barak ont été utilisés, l'hypothèse factuelle et la clause d'application des droits fondamentaux, ce qui permettra de savoir s'il existe des limites à l'un ou l'autre des droits en question à partir de l'analyse de l'Amparo à Révision 1005/2018, afin de remplir l'objectif de ce travail. Enfin, quelques idées sont présentées à titre de conclusion.

Mots-clés

Droit à la vie privée, Twitter, liberté d'expression, fonctionnaires, droits fondamentaux.

INTRODUCCIÓN

El presente texto tiene como punto de partida, el hecho consistente en que un funcionario público bloqueó a un periodista en la red social denominada *Twitter* hoy “X” dicha situación fue conocida por los órganos jurisdiccionales a nivel federal en el Estado mexicano. Lo cual llamó la atención a la comunidad jurídica puesto que no se trataba típicamente de un acto de autoridad.

En este sentido, trataremos el asunto desde una postura teórica que permite interpretar los derechos fundamentales en cuestión: el derecho a la privacidad versus el derecho a la información. Para lo anterior, se utilizará la idea del supuesto de hecho de los derechos fundamentales que ha señalado y analizado Aharon Barak en sus diversas publicaciones, así mismo, se analizará si dicha postura es adecuada para utilizarse en el caso mexicano a partir de un análisis entre dos sistemas jurídicos.

Hecho lo anterior, se determinará el supuesto de hecho de los derechos señalados- dentro del Estado mexicano-, para después presentar y analizar los argumentos de los tribunales al momento de la decisión del asunto.

Es oportuno señalar que, tras el tema de los derechos y una posible colisión, subyace otro de enorme trascendencia: las redes sociales. Estas como es de un amplio conocimiento general permean en la vida cotidiana de la sociedad contemporánea y al mismo tiempo su uso ha comenzado a detonar problemas jurídicos que de apoco han conocido los tribunales, entre ellos: las notificaciones por Whatsapp, las tomas de pantalla en Facebook como medios de prueba, y en el presente caso: Los bloqueos de servidores públicos a ciudadanos en *Twitter*.

1. Postura teórica y su justificación

Aharon Barak es originario de Lituania y fue presidente del Tribunal Constitucional, su trabajo ha llamado la atención de un gran sector en la teoría del derecho contemporánea debido a que su obra aborda temas de enorme trascendencia para la teoría moderna de los derechos fundamentales.

En su obra se encuentran conceptos como: la dignidad humana; el papel de un juez en una democracia constitucional; el propósito interpretativo y la teoría de la proporcionalidad, estos temas han sido abordados con un gran atino, además de ser introducidos en Estados tanto del *Common law* y del *Civil law*. En México la Suprema Corte de Justicia de la Nación, tradujo el libro: “*The judge in a democracy*”¹, sin embargo, la importancia de este autor no radica en la expansión de sus libros solamente.

En una de las múltiples sentencias en las que Aharon Barak fue el autor principal, la CA 6821/93 *United Mizrahi Bank v. Migdal Cooperative Village*, argumenta con un alto grado de teoría constitucional, además de la adopción del método histórico que utilizó para mostrar la

¹ La traducción de la Suprema Corte del libro de Barak fue titulado: Un juez reflexiona sobre su labor. El papel de un tribunal constitucional en una democracia, trad. Estefanía Vela Barba, México, SCJN, 2008.

construcción y protección de los derechos fundamentales a los que el autor llamó “supra legislativos” a partir de la emisión por parte de la asamblea constituyente (*Knéset*) de dos leyes básicas: la Ley Básica: Libertad de Ocupación (1994) y Ley Básica: Dignidad y Libertad Humanas (1992), las cuales constitucionalizaron derechos fundamentales.

Barak, es consciente de la globalización de los derechos humanos, a partir de la celebración de tratados internacionales por parte de los Estados; la creación de tribunales constitucionales e internacionales que tutelan los derechos de las personas y la revisión judicial de las leyes infra constitucionales, además de la teoría de la proporcionalidad, “la cual, se ha ido consolidando como la metodología más aceptada para resolver controversias para validar la limitación o restricción de derechos humanos”. (Urbina, 2017.)

Barak hace referencia a una revolución constitucional², la cual se basa en lo siguiente:

[L]a revolución constitucional se ve en el estado constitucional modificado de los derechos humanos; la revolución constitucional se ve en el establecimiento del estatus constitucional de los "principios básicos" según los cuales los "derechos humanos fundamentales en Israel se basan en el reconocimiento del valor del ser humano, la santidad de la vida humana y el principio de que todas las personas son libres. (CA 6821/93 *United Mizrahi Bank v. Migdal Cooperative Village*, 1995)

También hace alusión a la “*Clausula de aplicación*” que se encuentra en la Ley Básica: Dignidad y libertad la cual dispone lo siguiente: “Todas las autoridades gubernamentales están obligadas a respetar los derechos bajo esta Ley Básica (s. 11).” (CA 6821/93 *United Mizrahi Bank v. Migdal Cooperative Village*).

Sobre esa cláusula en el voto de la sentencia referida el autor señaló:

La cláusula de aplicación se aplica a todas las autoridades gubernamentales. Se aplica a la autoridad legislativa, la ejecutiva y la judicial. Se aplica a las autoridades centrales y locales. Se aplica a todas las autoridades a las que la ley otorga poder. Sobre todo, obliga a la legislatura, una de las autoridades gubernamentales, a respetar los derechos humanos. Por lo tanto, las leyes "regulares" están sujetas a los derechos humanos. (...). La cláusula de aplicación no es meramente declarativa. Es una disposición sustantiva que constituye un eje importante del que depende la estructura constitucional. (CA 6821/93 *United Mizrahi Bank v. Migdal Cooperative Village*)

Dicho lo anterior, el eje teórico para desarrollar el presente texto será la idea del supuesto de hecho de los derechos fundamentales. En este sentido, Barak lo define de la siguiente manera: “El supuesto de hecho de la protección del derecho fundamental define las

² Para profundizar en este concepto véase: Hirschl (2007). *Towards juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*. Harvard University Press, pp 17-30.

justificaciones de la restricción del derecho que tienen lugar a través de las medidas infra constitucionales, es decir, leyes y decisiones judiciales.” (Barak, 2017, p.43)

Como se puede apreciar, el autor de referencia señala que el supuesto de hecho de un derecho fundamental está a cargo del legislador, al llevar a cabo su labor encomendada constitucionalmente o bien, por un juez al emitir una sentencia. Consecuentemente, se puede afirmar que el Poder legislativo y el Poder Judicial tienen la obligación en el ámbito de sus competencias de justificar la restricción de un derecho.

La idea anterior responde a la pregunta: ¿Quién determina el supuesto de hecho de un derecho? Por lo que ahora se dará respuesta a la pregunta: ¿Cómo se determina el supuesto de hecho? Lo anterior es sencillo en apariencia. “El supuesto de hecho de un derecho fundamental se determina a través de la interpretación del texto jurídico en el cual el derecho reside. Si el derecho se encuentra dentro de un texto constitucional, el proceso corresponde a la interpretación constitucional” (Barak, 2017, p.69). Si se parte de la idea de que los derechos fundamentales por regla general se encuentran en la Constitución por ser esta la ley suprema de un Estado, entonces, es posible afirmar la idea de Barak sobre quién y cómo se encuentra el supuesto de hecho de los derechos fundamentales. Es decir, es una cuestión de interpretación constitucional.³ Teniendo como sustento lo anterior, ahora se identificará si la postura de Barak es compatible en el Estado mexicano.

2. Simetría entre el artículo 11 la Ley Básica: Dignidad y libertades humanas y el artículo 1 párrafo tercero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

El objetivo de este apartado es identificar si existe una simetría entre el artículo 11 de la Ley Básica. Dignidad y libertades humanas del Estado de Israel y el párrafo tercero de la Constitución mexicana. Por simetría, se va a tomar la voz que proporciona el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, la cual señala que “simetría es la Correspondencia exacta en forma, tamaño y posición de las partes de un todo” (Real Academia Española y s. f.). Con base en lo anterior, se identificará si el texto que contiene la cláusula de aplicación en aquel sistema jurídico tiene su correspondencia en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM). Para justificar si la idea de Barak es aplicable en el Estado mexicano.

2.1. Revolución constitucional en México

En junio del 2011, la CPEUM fue reformada en diversos artículos, pero el cambio más importante y que reestructuró el sistema jurídico mexicano fue la que se realizó al artículo primero constitucional. Con esa reforma se reemplazó la idea de que el Estado mexicano otorga garantías individuales a las personas, por la noción de que el Estado reconoce derechos humanos; con lo cual, también se incorporaron principios de interpretación para la protección

³ Para ver la noción de interpretación constitucional de Barak véase: Barak, A.(2007). *Purposive interpretation in law*, Princeton University Press, pp. 370-393.

de los derechos humanos como el principio *pro persona* y el principio de interpretación conforme, además de otros principios inherentes a los derechos humanos como el de interdependencia, universalidad y progresividad. (CPEUM, 2011, Artículo 1, párr.3).

En este sentido, tal como lo señala Barak, “una característica inherente a una revolución constitucional es la incorporación al texto constitucional de principios básicos” -entendidos como derechos humanos-, (Barak, 2008) lo anterior, se realizó con la reforma de junio del 2011 a la CPEUM.

En consecuencia, el Estado mexicano se comprometió a reconocer los derechos humanos de las personas y por ende quedó obligado al respeto y protección de estos, pues con motivo de la reforma en cuestión también se potencializó el juicio de amparo. En el año 2013 se promulgó una nueva Ley de Amparo que abrogaba la diversa de 1936, hecho que no se abordará en el presente texto por estar fuera del objetivo planteado⁴. Con una Constitución mexicana “*derecho humanizado*” debido a la reforma referida, se identificará si existe una simetría entre la Ley Básica: Dignidad y libertades humanas y la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

La Ley Básica: Dignidad y libertades humanas es breve pero concisa. En su numeral 11, establece una obligación para las autoridades estatales, que si bien, ya se hizo referencia en párrafos anteriores, es necesario volver a transcribir este precepto legal: “11. Todas las autoridades gubernamentales están obligadas a respetar los derechos en virtud de esta Ley Fundamental.” (Knéset, 1992)

Por su parte el artículo 1 de la CPEUM establece lo siguiente:

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley. (tercer párrafo).

De un análisis de los dos preceptos transcritos, se puede advertir lo siguiente, tanto la ley Básica: Dignidad y libertades humanas como el artículo tercero de la CPEUM, disponen que todas las autoridades deben de respetar los derechos. Ahora bien, no debe de pasar por alto, que la Constitución mexicana en el artículo referido, incorpora diversos principios inherentes a los derechos humanos, cosa que no sucede expresamente en ley Básica: Dignidad y libertades humanas, no obstante, si es posible encontrar como punto de encuentro entre ambas disposiciones: la obligación del Estado a través de sus autoridades de respetar los derechos humanos.

⁴ Para una excelente explicación sobre el nuevo juicio de amparo en México véase Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Rubén Sánchez Gil, El nuevo juicio de amparo. Guía de la Reforma constitucional y la nueva ley de amparo. México, Porrúa, 2014.

Con base en lo anterior, se puede afirmar que el artículo primero párrafo tercero de la CPEUM, desde la perspectiva de Aharon Barak, se configura como la “cláusula de aplicación” en el sistema jurídico mexicano, lo anterior, se puede complementar con las ideas señaladas en el voto de la sentencia que se ha hecho referencia, esto es, la obligación contenida en la cláusula de aplicación, va dirigida a todas las autoridades tal como lo sostiene el precepto constitucional mexicano, al disponer que todas las autoridades en el ámbito de competencia tienen la obligación de respetar los derechos humanos/fundamentales.

2.2. *El supuesto de hecho de la libertad de expresión*

Ningún derecho fundamental es absoluto. –algunos teóricos como Webber (2017) señalan que, si hay “un grupo de derechos que tienen la etiqueta de absolutos”, sobre todo los que atentan contra la dignidad de las personas (p.75). Sin embargo, los derechos humanos pueden limitarse válidamente.

James Griffin (2008) señala que “para determinar si existe conflicto entre dos derechos, es necesario saber su contenido y no solamente su nombre” (p. 239). En el caso de los derechos humanos, nos hemos contentado con conocer su nombre. Pero también tenemos que conocer su contenido. Y para conocer su contenido tenemos que conocer sus condiciones de existencia (p. 241).

En la mayoría de las ocasiones, los derechos están escritos de manera que se pueda definir el alcance y contenido del derecho (Webber, 2009, p.1). Para lograr lo anterior, se puede recurrir al análisis de las consecuencias legales de las normas generales. (Navarro y Rodríguez, 2014, p. 127). No obstante, para abordar la problemática que señalan Griffin y Webber se volverá sobre la idea del supuesto de hecho.

Para tener un ejemplo del supuesto de hecho de un derecho fundamental, volvemos con Aharon Barak quien señala de forma precisa el supuesto de hecho del derecho fundamental de la libertad de expresión contenido en el artículo 10 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (1950):

Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa. (numeral 1)

En este sentido el exjuez y presidente de una Corte constitucional señala:

El artículo 10 numeral primero determina el supuesto de hecho del derecho a la libertad de expresión. De acuerdo con su interpretación, el supuesto de hecho es extremadamente amplio y cubre todas las formas de expresión (tales como libros, pinturas y películas) y

todas las formas de contenido de la expresión (incluido el discurso de odio racista, la difamación o la obscenidad). (Barak, 2017, p.45)

El supuesto de hecho de la libertad de expresión contenido en el artículo 10 del CEDH interpretado por Barak es extenso, esto implica que el derecho cubre un amplio número de actividades para ejercerlo. La idea anterior, tiene el propósito de ilustrar como se identifica el supuesto de hecho, para posteriormente estar en condiciones de determinar cuál es el correspondiente a la libertad de expresión y la vida privada en el sistema jurídico mexicano, ya que es el tema que nos ocupa.

3. El caso mexicano analizado a partir de dos conceptos de Aharon Barak

Por precisión metodológica, es necesario señalar que el análisis que se hará en los dos apartados siguientes se realizara a partir del texto constitucional y de la jurisprudencia que interpreta las normas constitucionales que serán precisadas. Sin embargo, no pasa por alto el hecho de que en 2013 la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) resolvió la Contradicción de Tesis 293/2011 en la que se resolvió que “los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales no se relacionan jerárquicamente, por lo que, los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales suscritos por el Estado mexicano y ratificados por el Senado son materialmente constitución” (Tesis: P./J. 20/2014).

En este sentido, ha sido criterio de la SCJN (2015) “que se debe de acudir tanto a la norma constitucional, como a la norma internacional para determinar el alcance y sentido (supuesto de hecho) del derecho fundamental en cuestión.” (Tesis: 1a./J. 29/2015)

Como ya se hizo mención la CPEUM se reformo en junio del 2011, lo cual, permitió una reinterpretación del sistema jurídico mexicano a partir del reconocimiento, respeto y protección de los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales, esto último con base en una interpretación sistemática del artículo primero con el 133 de la Constitución⁵. Dada la naturaleza de ley fundamental, la Constitución mexicana cuenta con mecanismos que tutelan su supremacía dentro del ordenamiento jurídico, como las acciones de inconstitucionalidad, las controversias constitucionales y el juicio de amparo.

Derivado del conocimiento de dichos mecanismos por los tribunales federales, - entre ellos la SCJN – los órganos jurisdiccionales legitimados para esa tarea emiten jurisprudencia que en ciertos casos tienen el carácter de obligatoria. En México la jurisprudencia es la interpretación que realizan los tribunales facultados legalmente, en el ámbito de sus competencias al momento de resolver las controversias que las partes plantean para su solución

⁵ Artículo 133. Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada entidad federativa se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de las entidades federativas.

y la cual puede ser orientador u obligatorio⁶. La idea anterior, cobra relevancia dado que el objeto de estudio en este apartado es la jurisprudencia que han emitido los tribunales federales respecto al derecho a la libertad de expresión y el derecho a la vida privada.

3.1. Libertad de Expresión

En el sistema jurídico mexicano, el artículo sexto de la Constitución contiene el derecho fundamental de libertad de expresión, el cual señala:

La manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que ataque a la moral, los derechos de tercero, provoque algún delito, o perturbe el orden público; el derecho de réplica será ejercido en los términos dispuestos por la ley. El derecho a la información será garantizado por el Estado. (primer párrafo).

Según lo dicho por Barak, el supuesto de hecho de un derecho fundamental puede ser determinado por el Poder Judicial mediante la interpretación constitucional. En el caso mexicano esto es así por lo siguiente. La Primera Sala de la SCJN (2013)⁷, al resolver el Amparo Directo 16/2012 interpreto el supuesto de hecho de la libertad de expresión al emitir la jurisprudencia⁸ 1a./J. 32/2013 que lleva por rubro: Libertad de expresión y derecho al honor. Expresiones que se encuentran protegidas constitucionalmente, y cuyo punto medular es el siguiente:

Existe una presunción general de cobertura constitucional de todo discurso expresivo. Cuando las ideas expresadas tienen por objeto exteriorizar un sentir positivo o favorable hacia una persona, resulta inconcuso que no habría una intromisión al derecho al honor de la persona sobre la cual se vierten las ideas u opiniones. Lo mismo puede decirse de aquellas ideas que, si bien críticas, juzguen a las personas mediante la utilización de términos cordiales, decorosos o simplemente bien recibidos por el destinatario. Lo anterior evidencia que no existe un conflicto interno o en abstracto entre los derechos a

⁶ El artículo 94 párrafo 10 de la Constitución mexicana señala:

La ley fijará los términos en que sea obligatoria la jurisprudencia que establezcan los Tribunales del Poder Judicial de la Federación y los Plenos de Circuito sobre la interpretación de la Constitución y normas generales, así como los requisitos para su interrupción y sustitución.

Por su parte del artículo 217 de la Ley de Amparo en su párrafo primero dispone lo siguiente:

Artículo 217. La jurisprudencia que establezca la Suprema Corte de Justicia de la Nación, funcionando en pleno o en salas, es obligatoria para éstas tratándose de la que decreta el pleno, y además para los Plenos de Circuito, los tribunales colegiados y unitarios de circuito, los juzgados de distrito, tribunales militares y judiciales del orden común de los Estados y del Distrito Federal, y tribunales administrativos y del trabajo, locales o federales.

⁷ Además de sesionar en Pleno, la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, se compone de dos Salas, la Primera conoce de asuntos civiles y penales. La Segunda Sala conoce de asuntos laborales y administrativos, cada una se compone de cinco Ministros.

⁸ Para que exista jurisprudencia obligatoria deben de resolver cinco sentencias en el mismo sentido, sin ninguna en contrario. Los demás amparos que integran jurisprudencia son: Amparo directo 28/2010; Amparo directo 25/2010; Amparo directo 26/2010; Amparo directo 8/2012 y Amparo directo 16/2012.

la libertad de expresión y al honor. Así, el estándar de constitucionalidad de las opiniones emitidas en ejercicio de la libertad de expresión es el de relevancia pública, el cual depende del interés general por la materia y por las personas que en ella intervienen, cuando las noticias comunicadas o las expresiones proferidas redunden en descrédito del afectado, pues en caso contrario ni siquiera existiría un conflicto entre derechos fundamentales, al no observarse una intromisión al derecho al honor. (p.540)

Con base en lo anterior, el discurso expresivo que tienen las personas constitucionalmente es amplio. Cuando la expresión es positiva o se realiza una crítica de forma cordial, se entiende que no afecta el derecho del honor de las personas destinatarias del discurso. No obstante, lo anterior, el ejercicio de la libertad de expresión se complica cuando el discurso agravia a la persona. En este sentido, en una sociedad plural y democrática y en temas de interés público, la libertad de expresión se torna más abierta la cual puede incluir mensajes desagradables e ideas que no puedan ser bien recibidas por los destinatarios o el público en general, por ende, no solamente los discursos que son recibidos favorablemente gozan de protección constitucional.

Ahora bien, “el supuesto de hecho no está completo sino se determina cuáles son las limitaciones a la libertad de expresión” (Barak, 2017). Para saber cuáles son los límites de este derecho, se recurrirá a la jurisprudencia 1a./J. 38/2013 (10a.), que deriva de la misma sentencia que la tesis anterior y que lleva por rubro: Libertad de expresión. Sus límites a la luz del sistema de protección dual y del estándar de malicia efectiva, donde la SCJN (2013), indicaría:

Para el análisis de los límites a la libertad de expresión, esta Suprema Corte de Justicia de la Nación ha adoptado el denominado "sistema dual de protección", según el cual los límites de crítica son más amplios cuando ésta se refiere a personas que, por dedicarse a actividades públicas o por el rol que desempeñan en una sociedad democrática, están expuestas a un control más riguroso de sus actividades y manifestaciones que aquellos particulares sin proyección pública alguna, pues en un sistema inspirado en los valores democráticos, la sujeción a esa crítica es inseparable de todo cargo de relevancia pública. Sobre este tema, la Corte Interamericana de Derechos Humanos precisó, en los casos *Herrera Ulloa vs. Costa Rica* y *Kimel vs. Argentina*, que el acento de este umbral diferente de protección no se asienta en la calidad del sujeto, sino en el carácter de interés público que conllevan las actividades o actuaciones de una persona determinada. Esta aclaración es fundamental en tanto que las personas no estarán sometidas a un mayor escrutinio de la sociedad en su honor o privacidad durante todas sus vidas, sino que dicho umbral de tolerancia deberá ser mayor solamente mientras realicen funciones públicas o estén involucradas en temas de relevancia pública. Esto no significa que la proyección pública de las personas las prive de su derecho al honor, sino simplemente que el nivel de intromisión admisible será mayor, aunque dichas intromisiones deben estar relacionadas con aquellos asuntos que sean de relevancia pública. La principal consecuencia del sistema de protección dual es la doctrina conocida como "real malicia"

o "malicia efectiva", misma que ha sido incorporada al ordenamiento jurídico mexicano. Esta doctrina se traduce en la imposición de sanciones civiles, exclusivamente en aquellos casos en que exista información falsa (en caso del derecho a la información) o que haya sido producida con "real malicia" (aplicable tanto al derecho a la información como a la libertad de expresión). El estándar de "real malicia" requiere, para la existencia de una condena por daño moral por la emisión de opiniones, ideas o juicios, que hayan sido expresados con la intención de dañar, para lo cual, la nota publicada y su contexto constituyen las pruebas idóneas para acreditar dicha intención. En este sentido, esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación observa que, dependiendo de su gravedad y de la calidad del sujeto pasivo, las intromisiones al derecho al honor pueden ser sancionadas con: (i) sanciones penales, en supuestos muy limitados referentes principalmente a intromisiones graves contra particulares; (ii) con sanciones civiles, para intromisiones graves en casos de personajes públicos e intromisiones medias contra particulares; y (iii) mediante el uso del derecho de réplica o respuesta, cuyo reconocimiento se encuentra tanto en el texto constitucional como en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, para intromisiones no graves contra personajes públicos e intromisiones leves contra personas privadas. (p. 538)

De lo anterior se tiene que la crítica será más aceptada cuando se dirija a personajes que realicen actividades públicas. Lo anterior, no significa que el discurso se dirija a entrometerse a tal grado que lo prive de su derecho al honor. De tal modo que la crítica sea de relevancia para la vida pública el nivel de intromisión será más admisible. Establecido el supuesto de hecho de la libertad de expresión se proseguirá con el derecho a la privacidad.

a. Derecho a la privacidad. Supuesto de hecho.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece el derecho a la privacidad mismos que a la letra señala lo siguiente:

Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento. (artículo 16)

Siguiendo las ideas anteriores respecto al supuesto de hecho, este derecho ha sido interpretado por la Primera Sala de la SCJN (2014) de la siguiente manera:

Al igual que otros derechos fundamentales, el derecho a la vida privada no es absoluto, sino que puede restringirse en la medida en que las injerencias en éste no sean abusivas o arbitrarias. Así, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que el ámbito de la privacidad se caracteriza por quedar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias de terceros o de la autoridad pública, y prohíbe ese tipo de injerencias en la vida privada de las personas, enunciando diversos ámbitos de ésta,

como la vida privada de sus familias. Ahora bien, el Estado debe adoptar medidas positivas para impedir que la intimidad personal y familiar se vulnere por personas ajenas, pero no puede impedir a quien decide difundir aspectos de su vida privada que lo haga, so pretexto de proteger a la familia, pues en ese caso, ya no se está frente a la difusión de la información por parte de un tercero, que es ajeno a ésta, sino que se estaría limitando el derecho de una persona de divulgar la información que le es propia. En resumen, lo que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y las convenciones internacionales buscan impedir es que terceros difundan información de la vida privada ajena, sin consentimiento del titular; de ahí que si la injerencia en la vida privada de que se duele el tercero perjudicado, consiste en la difusión que hicieron otros miembros de su familia, sobre hechos que conciernen a la vida privada de ellas, y que involucran a éste, como causante de la afectación sufrida por ellas, entonces no puede considerarse que dicha difusión resulte arbitraria o abusiva, puesto que se realizó en ejercicio del legítimo derecho que les asiste de difundir información que les es propia, en la medida en que sea veraz, y que las expresiones utilizadas estén protegidas constitucionalmente, por no ser absolutamente vejatorias, esto es, ofensivas, oprobiosas o impertinentes, según el contexto. (Tesis: 1a. XLIX/2014, 10a., p. 641)

El derecho a la vida privada no es absoluto. Si las injerencias en este derecho no son abusivas o arbitrarias este derecho puede limitarse válidamente. Entonces, la privacidad se afecta cuando existen agresiones por parte de dos sujetos, esto es, terceros extraños y la autoridad. Los sujetos anteriores tienen prohibido difundir cuestiones privadas de la vida de una persona sin el consentimiento de la persona titular.

3.2. ¿Un servidor público puede bloquear a un ciudadano en Twitter?

En el estudio que realizó Mariana Sánchez (2018), destaca la importancia entre los ciudadanos y las redes sociales. De hecho, insiste indicando que “los medios, al igual que las redes sociales, están produciendo una gran cantidad de información, cada usuario es un productor y un consumidor potenciales al mismo tiempo” (p. 37). Bajo la premisa anterior, en los párrafos subsecuentes se abordará un caso de estudio, resuelto por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación respecto al bloqueo en la red social *Twitter* de un servidor público a un ciudadano. Lo anterior, genera las siguientes preguntas: ¿Con el bloqueo a un ciudadano en una red social se protege el derecho a la privacidad de un servidor público? ¿Existe colisión entre el derecho a la privacidad y la libertad de expresión en su modalidad de acceso a la información?

a. Cuestiones fácticas del caso

Una persona promovió una demanda de amparo y señaló como acto de autoridad el bloqueo en la red social denominada *Twitter* por parte de un servidor público. El Juez de Distrito admitió la demanda y previos trámites procesales emitió su sentencia en la cual amparaba al quejoso. Inconforme con la sentencia, el servidor público interpuso recurso de revisión el cual

conoció un Tribunal Colegiado quien lo admitió, no obstante, el Juez de Distrito, solicitó a la Suprema Corte de Justicia de la Nación que ejerciera su facultad de atracción, para conocer y resolver el recurso de revisión. La SCJN resolvió atraer el recurso.

b. Conceptos de violación en el Amparo Indirecto

La persona que solicitó el amparo y quien ejerce la profesión de periodista, señaló como conceptos de violación entre otros, los siguientes.

- Argumentó que el bloqueo en *Twitter* por parte del servidor público violaba diversos derechos humanos, tales como el derecho de acceso a la información; pues le impidió conocer información de carácter general relacionada con las actividades del servidor público.
- El derecho a la no discriminación, en virtud de que el acto reclamado le impide acceder a información de interés público. Además, señaló que, en una sociedad democrática, el ejercicio del periodismo es indispensable en por ende el bloqueo sufrido es violatorio de derechos fundamentales.

c. Sentencia del Juez de Distrito

El Juez de Distrito consideró que el bloqueo en *Twitter* viola el derecho a la libertad de expresión, puesto que existe una violación al derecho a la información, ya que, en dicha red social, se ven reflejadas las actividades que el servidor público realiza en virtud de su cargo en la administración pública. Lo anterior es el argumento principal para que el servidor público lo “desbloqueara” de *Twitter*.

d. Recurso de revisión

Derivado de lo anterior, el servidor público interpuso un recurso de revisión. En el cual manifestó que el Juez de Distrito ordenó el desbloqueo total de la red social, sin embargo, paso por alto que en ella había diversos tipos de información que no tenían nada que ver con la labor de periodismo que ejercía la persona bloqueada, es decir, información de carácter privado. El análisis que realizó la Suprema Corte respecto del bloqueo en *Twitter* por parte de un servidor público era un acto de autoridad o no; en este sentido llegó a la conclusión de que dicho acto si reunía las características de un acto de autoridad (SCJN, 2 Sala, Sentencia AR 1005/2018, 2019, párr. 66-92); además, abordó si el bloqueo implicaba un agravio personal y directo a la persona bloqueada (SCJN, 2 Sala, Sentencia AR 1005/2018, 2019, párr. 93-99).

Sobre el derecho a la libertad de expresión, la Suprema Corte trajo a colación la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del caso *Fontevicchia y D'Amico vs. Argentina*, en la cual, señaló que la profesión de periodista implica el buscar, recibir y difundir información. (párr.109). Sin embargo, el derecho a la información no es absoluto, encuentra sus limitaciones (supuesto de hecho) en el respeto al honor y a la vida

privada de las personas⁹. Respecto al derecho a la privacidad, la Suprema Corte señaló en la sentencia que el derecho a la privacidad pretende que todo individuo tiene derecho de separar aspectos de su vida privada del escrutinio público. (párr. 41)

A partir de lo anterior, la Suprema Corte, realizó una interpretación sistemática del marco jurídico aplicable a ese derecho (SCJN, 2 Sala, Sentencia AR 1005/2018, 2019, párr.145) para llegar a la conclusión de que el derecho a la privacidad está estrechamente relacionado con la dignidad humana. El derecho a la privacidad a criterio de la Suprema Corte, comprende no solo la esfera de la vida privada, sino la inviolabilidad de la correspondencia y de las comunicaciones en general, la inviolabilidad del domicilio, las garantías respecto de los registros personales y corporales, las relacionadas con la recopilación y registro de información personal en bancos de datos y otros dispositivos. (SCJN, 2 Sala, Sentencia AR 1005/2018, 2019, párr. 109). Además, entablo un dialogo con la Corte Constitucional Colombiana respecto al derecho a la privacidad. (SCJN, 2 Sala, Sentencia AR 1005/2018, 2019, párr.149)¹⁰. En este sentido, la Suprema Corte señalo dos elementos del derecho a la privacidad basándose en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

- El derecho de la persona a mantener su privacidad ajena a la intromisión de terceros.
- Mantener aspectos de la vida privada fuera del alcance de la publicación por parte de terceros hacia el público.

Sin embargo, estos dos elementos se ven disminuidos cuando se trata de servidores públicos no solo por el privilegio que tienen de estar en la administración pública; sino por el deber que le señala para su buen desempeño. Al respecto, la Suprema Corte (2019), señaló lo siguiente:

Al respecto, se ha mencionado que la condición de servidor público no sólo es un privilegio, sino un deber. Esto es así por la importancia de las labores que realizan los servidores públicos en beneficio de la comunidad. Así como por el uso de los recursos públicos que manejan, motivo por el cual la sociedad está interesada en las gestiones

⁹ Al respecto la sentencia hace referencia al Caso Ricardo Canese vs. Paraguay, la Corte IDH, párrafo 95 y Claude Reyes y otros vs. Chile, la Corte IDH párrafos 89 y 90.

¹⁰ Hace referencia a la sentencia de la Corte Constitucional Colombiana en, la sentencia T-696/96:

La intimidad, el espacio exclusivo de cada uno, es aquella órbita reservada para cada persona y de que toda persona debe gozar, que busca el aislamiento o inmunidad del individuo frente a la necesaria injerencia de los demás, dada la sociabilidad natural del ser humano. Es el área restringida inherente a toda persona o familia, que solamente puede ser penetrada por extraños con el consentimiento de su titular o mediando orden dictada por autoridad competente, en ejercicio de sus funciones y de conformidad con la Constitución y la ley (Consideración 2da, numeral 1)

que realizan o las actividades de su vida privada que pudieran estar vinculadas con el desempeño de su función¹¹. (2 Sala, Sentencia AR 1005/2018, párr.162)

En vista de lo anterior, y bajo la premisa de que ningún derecho es absoluto, el derecho a la privacidad de los servidores públicos no cubre un ámbito de protección amplio como el de los ciudadanos.

Dado el interés que las actividades y funciones de los servidores públicos tienen para la comunidad, su derecho a la intimidad está más atenuado que el resto de la sociedad, toda vez que están sujetos a un mayor escrutinio social, no sólo por sus actividades oficiales o el ejercicio de sus funciones, sino también respecto de aquellos aspectos de su vida privada que pudieran estar vinculados con el desempeño de su función y en consecuencia, con el interés público. (SCJN, 2 Sala, Sentencia AR 1005/2018, 2019, párr. 172.)

La Suprema Corte estableció la importancia de las redes sociales en una sociedad democrática y la importancia que tiene estas para el intercambio y consumo de información, así como la interacción que las redes sociales ofrecen tanto a los servidores públicos como a los ciudadanos para estar en comunicación y hacer valer la democracia, previa información obtenida a través de redes sociales.

En el caso de *Twitter*, al ser un *microblog*, se configura como una red social que permite el debate de ideas en torno a asuntos que sean de interés público, como la información gubernamental o las actividades de los servidores públicos. Sobre la base de lo que se ha venido señalando la Suprema Corte resolvió en el sentido de confirmar la sentencia recurrida en el recurso de revisión.

Por otro lado, el servidor público señaló que no solo había información que pudiera interesar al público en general, sino que también había información privada, por lo que el desbloqueo total de la cuenta de *Twitter* a la persona que solicitó el amparo era contrario a su derecho a la privacidad. Además de que dicha cuenta no proporcionaba información respecto de la actividad periodística del profesionalista bloqueado. Lo anterior fue declarado infundado, debido a lo siguiente.

En un principio, se pudo apreciar que la cuenta de *Twitter* del servidor público mostraba información de índole personal, sin embargo, dicha cuenta fue usada para promover sus actividades en la administración; de ahí que la cuenta de *Twitter* salió del ámbito privado. Lo anterior es así, toda vez que las actividades señaladas en la cuenta del servidor público se advierte información relacionada con su labor dentro de la administración. Lo cual, excluye el

¹¹ Respecto de esta cita, la sentencia hace referencia a la Aparicio, R. (2015). El derecho a la intimidad y derecho a transmitir información de los funcionarios y servidores públicos en el ordenamiento jurídico español. *Revista Jurídica Thomson Reuters*, 118.

argumento en el sentido de que su cuenta no contenía información que pudiera ser relevante para la persona bloqueada.

En este sentido, el servidor público al usar su cuenta de *Twitter* para difundir las actividades inherentes a su cargo se colocó en un ámbito estrecho de protección a su derecho a la privacidad, en consecuencia; si de la lectura de las actividades señaladas en su cuenta, son de naturaleza pública e inherentes a su labor, coloca al titular de la cuenta en un plano de autoridad para efectos del juicio de amparo y el bloqueo a la persona como un acto reclamado ante la instancia constitucional.

Por ende, si un funcionario público bloquea a una persona de las redes sociales viola el derecho a la libertad de expresión en su modalidad de acceso a la información, siempre que en las redes sociales se desprenda información inherente al cargo que desempeña el servidor público y esta sea de interés general.

El debate acerca de los derechos fundamentales y las redes sociales no está cerrado. En el Amparo en Revisión 20/2021, Sentencia de AR 20/2021, del Decimosexto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, cuya ponente fue María Guadalupe Molina Covarrubias, de fecha 02 de junio de 2021, se amparó a una persona que solicitó información por medio de *Twitter*.¹² Lo que interesa aquí, es el ejercicio interpretativo que realizó el Tribunal Colegiado (supuesto de hecho) del derecho de petición (pp. 38-40). El Tribunal Colegiado (2021) señaló la importancia de las redes sociales en la sociedad contemporánea:

Las redes sociales se han constituido como un medio que permite a las personas expresarse de manera más amplia y desinhibida, compartir información o acceder a ella de forma casi inmediata, así como establecer espacios de colaboración. Todo esto en constante interacción con los demás usuarios. En ese sentido, sin duda alguna, el auge de estas plataformas ha modificado radicalmente la forma en que las personas se relacionan interactúa en la sociedad y acceden a la información. (...) los niveles de interconexión que generan las redes sociales en la actualidad han representado una vía de expansión del derecho a la libertad de expresión y el acceso a la información. Tan es así, que incluso ha llevado a muchos a calificarla como “la nueva plaza pública” donde se plantean y discuten los temas de interés general. (Sentencia de Amparo en Revisión 20/2021, 2021, p.41)

Lo anterior, permite observar la incidencia de las redes sociales en la vida de las personas y por ende de la colectividad como un medio de fácil acceso a la información para generar el debate de los temas que interesan a la sociedad. “En el mismo sentido, los ciudadanos

¹² Para una mayor explicación de este caso véase Barreto Nova Oscar Guillermo, Un caso de progresividad del derecho de petición. amparo en revisión 20/2021, disponible en: <https://investigacionacademicamexicana.weebly.com/blog/un-caso-de-progresividad-del-derecho-de-peticion-amparo-en-revision-202021>

invaluablemente necesitan la libertad de expresión para que la sociedad misma avance en los aspectos más importantes para su existencia” (Griffin, 2008, p.49). Por lo anterior, los jueces tienen un papel principal al decidir las controversias sometidas a su consideración, pues tomando en cuenta lo que Barak (2008) dice: “el juez tiene que generar cambio con estabilidad” (p. 11).

CONCLUSIONES

Los temas inherentes a las redes sociales se han judicializado y llegado a los tribunales constitucionales. En el caso que nos ocupa, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se pronunció sobre los límites de la privacidad de los servidores públicos en la red social *Twitter* lo anterior, se analizó bajo el supuesto de hecho de los derechos en cuestión, esto cobra relevancia dada la importancia de las redes sociales para las personas actualmente.

En virtud de lo anterior, la Corte señaló que existe un margen estrecho en la privacidad de los servidores públicos en redes sociales si a través de estos medios de comunicación, se divulgan las actividades inherentes a su cargo. Lo anterior deja de manifiesto que las demandas de la sociedad contemporánea van aumentando en la medida en que las personas consideran que las autoridades violan sus derechos, lo anterior se afirma con la calificativa de acto de autoridad del bloqueo por parte de un servidor público a un ciudadano que busca recibir información a través de redes sociales lo que deja de manifiesto el alcance protector del amparo como medio de protección de los derechos fundamentales de las personas.

Por otro lado, el texto contiene una contribución novedosa acerca del análisis del artículo primero de la Constitución mexicana, puesto que este numeral no había sido abordado a la luz de los preceptos utilizados en este trabajo, lo anterior permite tener nuevas reflexiones en torno a las cláusulas contenidas en el artículo referido a partir de un análisis simétrico con el ordenamiento legal utilizado para la comparación. Lo anterior, anima al debate sobre nuevas interpretaciones jurídicas en materia de derechos humanos.

REFERENCIAS

- Barak, A. (2008). *Un juez reflexiona sobre su labor: el papel de un tribunal constitucional en una democracia*.
- Barak, A. (2009). *The judge in a democracy*. Princeton University Press.
- Barak, A. (2011). *Purposive interpretation in law*. Princeton University Press.
- Barak, A. (2017). *Proporcionalidad: Los derechos fundamentales y sus restricciones*. Palestra Editores.
- Griffin, J. (2009). *On human rights*. OUP Oxford.
- Hirschl, R. (2009). *Towards juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*. Harvard University Press.
- Jackson, V. C., & Tushnet, M. (2017). *Proportionality: New Frontiers, New Challenges*. Cambridge University Press.
- Navarro, P. E., y Rodríguez, J. L. (2014). *Deontic logic and legal systems*. Cambridge University Press.
- Poder Judicial de la Federación, Decimosexto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito (2021), *Sentencia de Amparo en Revisión 20/2021* [M.P. María Guadalupe Molina Covarrubias]. 02 de junio de 2021.
- Sánchez, M. (2018). *Confianza en las noticias en redes sociales. El caso de la ciudad de Leeds en la elección general de Reino Unido 2017*. Instituto Nacional Electoral
- Suprema Corte de Israel (1995). Case “United Mizrahi Bank v. Migdal Cooperative Village”. <https://versa.cardozo.yu.edu/opinions/united-mizrahi-bank-v-migdal-cooperative-village>
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, Pleno (2014). *Derechos humanos contenidos en la constitución y en los tratados internacionales. constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, pero cuando en la constitución haya una restricción expresa al ejercicio de aquéllos, se debe estar a lo que establece el texto constitucional* [Tesis (J) P./J. 20/2014 (10a.)]. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 5, 25 de abril de 2014. <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2006224>
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, Primera Sala (2013). *Libertad de expresión y derecho al honor. Expresiones que se encuentran protegidas constitucionalmente* [Tesis: 1a./J. 32/2013 (10a.)]. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro XIX. 27 de febrero de 2013. https://bj.scjn.gob.mx/doc/tesis/4PdvMHYBN_4klb4HJqD5/32/2013%20
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, Primera Sala (2013). *Libertad de expresión. Sus límites a la luz del sistema de protección dual y del estándar de malicia efectiva* [Tesis: 1a./J.

- 38/2013 (10a.]). Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro XIX. 13 marzo de 2013. https://bj.scjn.gob.mx/doc/tesis/FPZsMHYBN_4klb4HPr12/*
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, Primera Sala (2014). *Derecho a la vida privada. Alcance de su protección por el estado* [Tesis: 1a. XLIX/2014 (10a.)]. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 3. 14 de febrero de 2014. https://bj.scjn.gob.mx/doc/tesis/yfZsMHYBN_4klb4HS7zl/2005525%20
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, Primera Sala (2015). *Derechos humanos reconocidos tanto por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, como en los tratados internacionales. Para determinar su contenido y alcance debe acudir a ambas fuentes, favoreciendo a las personas la protección más amplia* [Tesis: 1a./J. 29/2015 (10a.)]. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 17. 24 de abril de 2015. <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2008935>
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, Segunda Sala (2019). *Sentencia de Amparo en Revisión 1055/2018* [M.P. Eduardo Medina Mora Icaza]. 20 de marzo de 2019.
- Urbina, F. (2017). *A critique of proportionality and balancing*. <https://doi.org/10.1017/9781316796276>
- Webber, G. C. N. (2009). *The negotiable Constitution: On the Limitation of Rights*. Cambridge University Press.

LA IMPLEMENTACIÓN DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN LAS DECISIONES JUDICIALES EN PROCESOS PENALES

THE IMPLEMENTATION OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE IN JUDICIAL DECISIONS IN CRIMINAL PROCEEDINGS.

Fecha de recepción: 16/10/2023
Fecha de aprobación: 11/03/2024



e-ISSN: 2961-2934

<https://doi.org/10.61542/rjch.43>

Ingrid Ninón Sánchez Ronceros

Universidad Tecnológica del Perú

ingridninon@hotmail.com

 <https://orcid.org/0000-0003-1922-9449>

RESUMEN

La Inteligencia Artificial (IA) se utiliza en el proceso penal de diversas maneras. En primer lugar, se emplea para analizar grandes cantidades de datos y evidencia, acelerando la revisión de casos y la identificación de patrones relevantes. Esto puede ser especialmente útil en la detección de delitos financieros, fraudes y otros crímenes complejos. Además, la IA puede ayudar a predecir el riesgo de reincidencia de un delincuente, lo que puede influir en la toma de decisiones sobre la libertad condicional. Sin embargo, la implementación de la IA en las decisiones judiciales plantea desafíos éticos y legales. La falta de transparencia en los algoritmos utilizados y el riesgo de sesgos son preocupaciones importantes. Además, existe un debate sobre el papel que debe desempeñar la IA en las decisiones finales de un juez, ya que la toma de decisiones judiciales involucra a menudo aspectos subjetivos y contextuales que la IA puede no comprender completamente. En síntesis, el equilibrio entre la automatización y el juicio humano sigue siendo un tema de debate en la comunidad legal, algo que, a través del presente artículo se pretende ir dilucidando en intención al interés cada vez mayor sobre esta materia.

Palabras clave

Inteligencia artificial, proceso penal, decisiones judiciales, automatización, transparencia.



ABSTRACT

The Artificial Intelligence (IA) is used in the criminal justice process in various ways. Firstly, it is employed to analyze large amounts of data and evidence, speeding up case reviews and the identification of relevant patterns. This can be particularly useful in detecting financial crimes, frauds, and other complex offenses. Additionally, IA can help predict the risk of a criminal's reoffending, which can influence decisions regarding parole. However, the implementation of IA in judicial decisions raises ethical and legal challenges. The lack of transparency in the algorithms used and the risk of biases are significant concerns. Furthermore, there is a debate about the role that IA should play in a judge's final decisions, as judicial decision-making often involves subjective and contextual aspects that IA may not fully comprehend. In summary, the balance between automation and human judgment remains a topic of debate in the legal community, something that I aim to elucidate in this article, given the increasing interest in this subject.

Keywords

Artificial intelligence, criminal process, judicial decisions, automation, transparency.

RÉSUMÉ

L'intelligence artificielle (IA) est utilisée dans le processus de justice pénale de différentes manières. Tout d'abord, elle est employée pour analyser de grandes quantités de données et de preuves, accélérant ainsi les examens de cas et l'identification de schémas pertinents. Cela peut être particulièrement utile pour détecter les crimes financiers, les fraudes et d'autres délits complexes. De plus, l'IA peut aider à prédire le risque de récidive d'un criminel, ce qui peut influencer les décisions concernant la libération conditionnelle. Cependant, la mise en œuvre de l'IA dans les décisions judiciaires soulève des défis éthiques et juridiques. Le manque de transparence dans les algorithmes utilisés et le risque de biais sont des préoccupations importantes. De plus, il y a un débat sur le rôle que l'IA devrait jouer dans les décisions finales d'un juge, car la prise de décision judiciaire implique souvent des aspects subjectifs et contextuels que l'IA peut ne pas comprendre entièrement. En résumé, l'équilibre entre l'automatisation et le jugement humain reste un sujet de débat dans la communauté juridique, quelque chose que je vise à élucider dans cet article, compte tenu de l'intérêt croissant pour ce sujet.

Mots-clés

Intelligence artificielle, processus pénal, décisions judiciaires, automatisation, transparence.

INTRODUCCIÓN

La dinámica de los cambios tecnológicos determinados por una ciencia cada vez más audaz y desarrollada está generando un profundo impacto en la sociedad humana al remodelar, en su totalidad, sus estilos de vida, sus relaciones inter subjetivas y los propios criterios y valores que dan forma a la civilización en estos últimos 5000 años. Dentro de ese marco, la Inteligencia Artificial (IA) se presenta como el salto tecnológico que está redefiniendo todo el panorama cultural humano, replanteando sus propias instituciones, sus relaciones laborales y todo lo que hasta ahora se creía invariable e incuestionable. En ese contexto, la administración de justicia se ha convertido—junto con otros campos del quehacer humano como las ciencias médicas o la educación—, en uno de los sectores en los que más a repercutir a mediano plazo.

Ya en algunos países, los tribunales inteligentes, la inspección inteligente y otros proyectos clave se han empezado a implementar de forma significativa como es el caso de Francia, con su programa CleanUp.pictures e ItsAlive; Alemania a través de su programa Userlike e Inglaterra con su propuesta EBI.IA y Flick (Serventich, 2022) o, en Asia, como el caso de China con el "sistema de navegación judicial inteligente" y el "sistema de empuje inteligente" lanzados por el Tribunal Popular Supremo en 2018 (Cao et al., 2020); el sistema de investigación inteligente "rui judge" de Beijing, el sistema de casos auxiliares inteligentes de casos penales "206" de Shanghai (sistema 206), el sistema de apoyo a juicios "smart trial 1.0" de Hebei (Hyder et al., 2019), mejorando integralmente la eficiencia judicial, y proporcionando un apoyo técnico conveniente y eficiente para que los jueces resuelvan sus casos.

A nivel latinoamericano, la implementación de la inteligencia artificial (IA) en las decisiones judiciales está ganando terreno como un medio para modernizar y mejorar el sistema de justicia. Aunque el alcance y el ritmo de la adopción varían según los países y las jurisdicciones, la IA está siendo utilizada en múltiples aspectos del proceso judicial, desde la automatización de tareas rutinarias hasta la evaluación del riesgo de reincidencia. Por ejemplo, en México, el Poder Judicial de la Federación utiliza un sistema de IA llamado "Aviso Judicial Virtual" para notificar a las partes en litigio a través de mensajes de texto, agilizando así la comunicación y el proceso (Pérez, 2021).

En Argentina, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos está desarrollando una plataforma de IA que facilita el acceso a decisiones judiciales anteriores y ayuda a los abogados a encontrar precedentes relevantes para sus casos (Álvarez, 2023). En Colombia, la plataforma "RapiAbogado" utiliza chatbots basados en IA para responder preguntas legales comunes y ayudar a los ciudadanos a entender sus derechos y opciones legales (Valero-Quispe, 2021). Por otro lado, a medida que la IA se integra en el sistema de justicia, surgen desafíos éticos y legales. En Chile, por ejemplo, el debate se centra en la privacidad de los datos utilizados por los sistemas de IA y la necesidad de regular su uso para proteger la información sensible de los ciudadanos (Planchadell, 2021).

En el entorno nacional, la dación de la Ley 31814, Ley que promueve el uso de la inteligencia artificial en favor del desarrollo económico y social del país, promulgada el 5 de

julio del presente año, genera el marco general dentro del cual, las políticas públicas relacionadas se van a ir implementada en las diferentes áreas de la gestión pública, incluyendo el sector judicial. En ese sentido, el Poder Judicial desde hace años atrás junto con el programa de gobierno electrónico, ha venido trabajando en la implementación de nuevas tecnologías. Al margen de ello, el aislamiento social por la pandemia Covid-19, sin duda mimetizó los problemas existentes sobre los recursos con los que contaba el sistema judicial para otorgar justicia, tal es así que se visibilizó la necesidad de implementar programas tecnológicos, poniéndose en la palestra el expediente judicial electrónico (EJE), mesa de partes electrónica (MPE) y el sistema de notificaciones electrónicas (SINOE); empero, exclusivamente constituyen aplicación de la tecnología, más no de la IA propiamente dicha.

No obstante, se reitera que los esfuerzos por modernizar el sistema judicial peruano no son suficientes, pues no existe sistemas en la magnitud que permitan la automatización de procesos y búsquedas inteligentes e integrales de datos, menos sistemas que predigan las cuestiones puestas a consideración de la justicia peruana. Solo se han realizado pequeños avances tecnológicos, como el plan de implementación del proyecto Tucuy Rikuy, aprobada por la Resolución Administrativa N° 040-2021-CE-PJ y que tiene como objetivo, automatizar y reducir los tiempos en la atención de delitos de violencia contra la mujer e integrantes del grupo familiar. Es el único proyecto en concretar la IA en nuestro sistema judicial a la altura de los sistemas desarrollados en los países vecinos de Argentina y Colombia. Sin embargo, todos estos modelos mencionados sólo incursionan en cuestiones de naturaleza auxiliar en los procedimientos judiciales, no teniendo una participación activa en el análisis de los criterios de valoración judicial con los que lo jueces emiten sus decisiones y sentencias. La implementación de un verdadero programa de inteligencia artificial judicial, sin duda juega un papel clave y asume una misión importante, pero al mismo tiempo, también enfrenta muchos problemas y desafíos.

Por todas las razones expuestas, en el presente artículo tiene por objetivo construir un análisis epistémico relacionado a los verdaderos alcances que tendría la inteligencia artificial en el contexto de un rol activo en la valoración de los hechos y de los medios probatorios que pudieran servir de marco para la dación de sentencias judiciales, cuáles serían sus posibles efectos y cuáles sus mayores problemas a tener en consideración.

1. Inteligencia Artificial y Justicia Penal

Como afirman Orenes et al. (2009), el Derecho estimula constantemente la inspiración del jurista que ahora debe lidiar con el pensamiento computarizado, impulsado por la “justicia predictiva”. Ya sea el nacimiento de los “robo-abogados” en los Estados Unidos (Serventich, 2022) o de los “robo-jueces” en China (Hyder et al., 2019), el tema de la interferencia de la inteligencia artificial (IA) en los procesos penales en nuestro país, despierta tanto admiración como temor entre los profesionales del derecho.

Conceptualizada por el test de Alan Turing en 1950 descrito en su artículo *Computing Machinery and Intelligence*, la IA, que se refiere a todas las teorías científicas y técnicas cuyo objetivo es reproducir, por parte de una máquina, las capacidades cognitivas de los seres humanos, no está exenta de críticas (Shi, 2022). De hecho, los expertos lamentan que esta terminología no distinga entre “IA fuertes”, dotadas de una capacidad de conceptualización autosuficiente, las “IA débiles”, diseñadas simplemente para mejorar el rendimiento de los sistemas existentes, en virtud de técnicas de aprendizaje automático (Ferreira y Seron, 2023).

Al servicio de la justicia, la IA se utiliza para analizar grandes masas de decisiones judiciales (big data judicial) con el fin de proporcionar apoyo a la toma de decisiones a los profesionales del Derecho, a través de la interacción de estadísticas y probabilidades. Por poner algunos ejemplos, la IA puede utilizarse como motor de búsqueda avanzada de jurisprudencia, para ayudar en la redacción de documentos como contratos, para informar al litigante con “chatbots”, un software de análisis predictivo con el ajuste de escalas en materia civil y comercial, etc.

El procesamiento algorítmico de los datos por parte de la IA explica la expresión “justicia predictiva” (Moumouni, 2021). Emelianova (2021) subraya que la afirmación de la capacidad de “predecir” resultados futuros a través del análisis inductivo lo que justifica su nombre. Sin embargo, esta elección semántica es falaz porque la promesa de la predictividad no se basa en ninguna certeza, ya que lo predecible no es predecible. Esta es la razón por la que se prefiere la expresión “justicia analítica” (Oręziak, 2019), y con razón, basada no en los medios empleados, sino más bien en el propósito de la IA: el análisis de todas las decisiones judiciales tomadas en el pasado para determinar la probabilidad de éxito de un caso judicial futuro. De hecho, no se trata, al menos en un Estado de derecho, de delegar en la IA prerrogativas judiciales como la administración de justicia, en nombre de los principios democráticos.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que, mediante el análisis de las bases de datos judiciales, la llamada justicia predictiva permite aumentar la seguridad jurídica del litigante y, además, moderar su sentimiento de desconfianza hacia el sistema judicial. Las tecnologías digitales no son desdeñables en el sector judicial, que adolece de una lentitud endémica. En ese contexto, la tecnología digital es un remedio para la lentitud de la justicia, puede reducir los costes y ofrecer un medio para hacerla más segura (Pechegin, 2022). Este es el caso, en particular, de los litigios simples en materia civil, laboral o administrativo. Sin embargo, la justicia analítica puede alimentar la fantasía de una justicia automática eficaz, a priori garantía de calidad, pretendiendo aniquilar el riesgo judicial, inherente a todos los casos, ignorando la dimensión humana a menudo irreductible a la frialdad de la ecuación matemática (Ferreira y Seron, 2022).

Si en materia civil o laboral, la justicia predictiva es, en principio, favorable al litigante en el desarrollo de sus estrategias de racionalidad económica, su impacto en el proceso penal exige una mayor vigilancia debido a la especificidad del asunto, que afecta directamente a la

libertad personal del individuo. La significativa antinomia entre los promotores y los detractores de la justicia predictiva en los juicios penales debe entenderse a la luz de la capacidad de los poderes públicos para adaptar la audiencia penal a la era digital, garantizando al mismo tiempo que se refuercen las garantías que protegen el Estado de Derecho.

Los jueces humanos, una vez considerados uno de los menos propensos a ser reemplazados por máquinas, enfrentan el desafío de renunciar a parte del poder de toma de decisiones y la inteligencia artificial a medida que la inteligencia artificial judicial continúa mejorando y se aplica en profundidad. Algunos estudiosos han señalado que si la inteligencia artificial puede hacer argumentos persuasivos y superar a los jueces humanos al escribir juicios, entonces la inteligencia artificial que es más confiable y rentable que los humanos debe considerarse como un juez (Malik et al., 2021).

En la actualidad, la aplicación de cierta inteligencia artificial en la práctica judicial ha demostrado una mayor precisión que la predicción de los jueces humanos. Por ejemplo, un algoritmo desarrollado por el Instituto de Tecnología de Illinois y la Universidad del Sur de Texas basado en los datos de la Corte Suprema de 1791 a 2015 predijo las decisiones y votos de los jueces de la Corte Suprema de 1815 a 2015 con un 70,2% de precisión y un 71,9% de precisión, lo que ha superado el 66% de precisión predictiva de los juristas (Ferreira y Seron, 2023).

Sin embargo, la inteligencia artificial judicial también tiene sus límites inherentes. No es fácil para la toma de decisiones algorítmica lograr una objetividad y precisión absolutas, y frente a casos complejos y difíciles, la inteligencia artificial puede ser capaz de promover la justicia formal, pero es difícil lograr justicia sustantiva. Por lo tanto, es necesario no solo tener una visión racional de los desafíos planteados por la inteligencia artificial judicial, sino también aceptar el hecho de que se acerca la era de la inteligencia artificial, y promover activamente la transformación y la mejora del papel y la función de los jueces, para responder a la nueva demanda de posicionamiento de roles de los jueces en la era de la inteligencia artificial (Kaspar et al., 2023).

Por otro lado, la necesidad de adaptarse a esos nuevos escenarios en donde la eficiencia y la eficacia de sus procesos y procedimientos podrían ser reforzados ostensiblemente con el aporte de las nuevas tecnologías, como ya viene sucediendo con la implementación de las tecnologías de la información y comunicación que están permitiendo desarrollar incluso, procesos virtuales en un escenario como el producido por la pandemia del COVID19 que, igualmente, tuvo un profundo impacto en nuestras vidas en estos últimos años (Chandra y Sanjaya, 2023).

El engranaje tecnológico y la dinámica de la vida social están haciendo que la ciencia y la ficción se conviertan en una realidad, pues, actualmente vivimos en una era digital, donde la demanda está sustentada en la eficiencia, accesibilidad, inmediatez, competitividad y, el incremento de la productividad, de modo que no podemos mantener las mismas formas de trabajo que aplicábamos en tiempos anteriores, si las herramientas que hoy en día se tiene son

diferentes. Bajo esa premisa, la tecnología, en especial la inteligencia artificial ha sido creada con la finalidad de simplificar los desafíos presentes en diferentes campos del conocimiento, como lo es el ámbito jurídico, caracterizado por ser el conjunto de normas que permiten vivir en una sociedad donde existen normas, pero, actualmente el campo jurídico no se encuentra al margen de las implicancias de la IA, debido a que las demandas de asistencia son cada vez mayores, no siendo satisfechas de manera oportuna por los recursos limitados que presentan las entidades judiciales y en las soluciones de las judiciales agilizando la administración de justicia.

En ese escenario, la inteligencia artificial está cambiando las profesiones y los mercados jurídicos, los métodos utilizados por los abogados y las normas que aplican o estudian. La influencia de los algoritmos en el Derecho es tal que la mayoría de los abogados se ven (o se verán pronto) afectados por las nuevas "leyes" producidas por el tratamiento automatizado de datos (Kahlessenane et al., 2021). Hace treinta años, Tim Berners-Lee inventó la web, una innovación formidable que, junto con internet, ha dado lugar a revoluciones de la misma naturaleza que las invenciones del lenguaje, la escritura y la imprenta. Organizadas en torno a la web e internet, las tecnologías digitales —en particular los algoritmos y la inteligencia artificial, pero también nuevas herramientas como las cadenas de bloques— están impulsando el cambio en muchos ámbitos. Y, en muchos casos, están abriendo nuevos caminos. Estas tecnologías son "disruptivas", por utilizar un término de moda. El Derecho no puede escapar en modo alguno a estos cambios, ya hablemos del Derecho como conjunto de normas o leyes positivas, o del Derecho como el mundo de los abogados (Malhina, 2022).

El Derecho, en todos sus aspectos, está siendo renovado y trastocado por las nuevas tecnologías informáticas y, en particular, por la inteligencia artificial, por el uso de algoritmos que permiten tomar datos (los inputs) y producir resultados relevantes (los outputs) siguiendo diversas etapas que requieren cálculos, operaciones lógicas, comparaciones estadísticas o analogías. En ese contexto, el derecho procesal, estructurado según fórmulas de procedimientos, ceñidos a formas y plazos en donde la dirigencia del juzgador se nutre y se sustenta en base a las pruebas que pueden ser aportadas por las partes en conflicto, se convierte en un terreno fértil para implementar la inteligencia artificial como una herramienta muy adecuada para simplificar mucho de estos procedimientos, aportar análisis previos y poder aportar una base de datos con la acumulación de elementos probatorios, que permitan la gestión mucho más optimizada de estos elementos lo que permitiría el juzgador tener un acercamiento más adecuado a la verdad buscada en todo ese conjunto de trámites y procesos (Ahmed et al., 2021). Tal es así, que en el caso del proceso penal, la inteligencia artificial se convierte en el aliado más importante que podrían tener los operadores jurídicos para encontrar una respuesta más eficaz de la justicia penal, en tiempos más cortos y con un mayor nivel de asertividad jurídica que facilitaría desde todo punto de vista, mejorar la calidad de las decisiones judiciales (List, 2021).

Por otro lado, cabe recordar que la disponibilidad de datos es una condición esencial para el desarrollo de la IA, permitiéndole realizar ciertas tareas que antes realizaban los humanos de forma no automatizada. Cuantos más datos estén disponibles, mejor podrá la IA



refinar los modelos de predicción. Los datos abiertos de las resoluciones judiciales son, por tanto, un requisito previo para la actividad de la IA especializadas en motores de búsqueda o análisis de tendencias para los profesionales del Derecho y, cada vez más, directamente para los litigantes (Xu et al., 2022).

Pero ello requiere la difusión de las decisiones judiciales en un marco general de apertura de datos públicos para garantizar un mejor acceso de los ciudadanos a la institución judicial. Sin embargo, aún no se ha promulgado una legislación especializada, aunque debería especificar las modalidades de esta difusión. Ponerlos a disposición del mayor número posible de personas no solo es un derecho fundamental, sino también una fuente de educación para los ciudadanos. El tratamiento de estos datos plantea una serie de cuestiones, como la protección de datos personales o la cristalización de la jurisprudencia.

En primer lugar, la justicia predictiva debe manejarse con cautela en su confrontación con las necesidades sociales cambiantes de una sociedad en perpetua evolución para evitar producir una doctrina conservadora que es muy difícil de renovar. Bajo el pretexto de la seguridad jurídica y la homogeneización de la ley, se dificultaría la adaptabilidad de la ley. Sin embargo, los avances progresivos en el derecho son siempre el resultado de una inversión de la jurisprudencia que permite revertir una tendencia (Moumouni, 2021).

Pero, a partir de los datos producidos por la IA, el juez que quisiera contradecir las predicciones parece exponerse a una mayor responsabilidad al tener que justificar más su posición. No parece descabellado imaginar que los jueces sean reacios a asumir esta carga adicional, especialmente en sistemas en los que sus mandatos no son permanentes, sino que están sujetos al voto popular, o en los que es probable que se busque su responsabilidad personal (disciplinaria, civil o incluso penal), especialmente si sus garantías legales en materia disciplinaria son insuficientes.

Entonces, ¿significa que los magistrados tendrían miedo de pronunciar una sentencia diferente a la sugerida por la IA? A menos que consideremos que este último depende de la IA, lo que sería una crítica denigrante. Hay que relativizar el riesgo de crear una doctrina conservadora. En efecto, el magistrado debe ser imparcial y la responsabilidad que asume no es nueva, ya que es inherente a la función de juzgar. La herramienta predictiva puede llevar a creer que el magistrado solo tendrá que dictar el análisis científico producido, como si estuviera encarnando la boca del algoritmo. Sin embargo, en la práctica, estos meandros distópicos pueden sortearse sensibilizando a los magistrados sobre estas cuestiones, lo que requiere redoblar la vigilancia en el control de la herramienta predictiva, para garantizar la calificación e interpretación de los hechos por parte del juez penal a la luz del silogismo jurídico. Si bien el cuestionamiento de la responsabilidad penal debe ser, ante todo, una cuestión de razonamiento jurídico, el impacto de la IA en el pronunciamiento de las sentencias penales no debe ser menos.

Por otra parte, el proceso de individualización de la pena explica la diferencia, a veces inaudible para la opinión pública, entre la pena legalmente impuesta y la pena efectivamente impuesta por el juez al final del juicio. Para ello, el juez debe tomar en consideración el estado

de derecho y establecer el estándar de esta tarea. La sentencia debe seguir la base de los hechos, que se aplican desde el principio de examen, para juzgar/sentenciar el caso concreto de manera equitativa. Esto podría utilizar las "Medidas de Ejecución Penal" aplicadas a la persona o delincuente apropiado (Reyna-Alfaro, 2015).

2. Inteligencia artificial: entre el ritual y el procedimiento

En el contexto de lo expuesto párrafos arriba, existe la posibilidad la tente de que la injerencia de la IA en el proceso penal pueda poner en riesgo la pertinencia de la individualización científica de la pena. Al cruzar múltiples datos, el poder de los algoritmos permite sin duda superar las capacidades cognitivas del juez gracias a una velocidad de procesamiento gigantesca. Pero, ¿qué queda del trabajo de individualización de la pena necesaria para la rehabilitación del delincuente? ¿No es probable que la evaluación del riesgo de reincidencia mediante herramientas predictivas en los juicios penales suplante la consideración de otros factores? ¿Tener en cuenta los elementos conocidos del pasado del delincuente permite construir un proyecto de reinserción para el futuro?

Con el pretexto de reforzar el principio de igualdad de los ciudadanos ante la ley, mediante el tratamiento de datos objetivos relativos a la vida pasada de los delincuentes, ¿debería relativizarse el principio de individualización de las penas? El temor a la condena automática, en una visión igualitaria absoluta, de asignar un precio irrefutable a un determinado acto delictivo es legítimo.

Sin embargo, este temor parece irrazonable. De hecho, la IA debe considerarse desde una perspectiva de complementariedad y no de subsidiariedad en la oficina del juez penal. A partir de entonces, el magistrado, guiado por su alma y su conciencia, es perfectamente capaz de individualizar una tomando conciencia de los sesgos inherentes a las herramientas "predictivas". En la práctica, los magistrados ya utilizan "escalas" para garantizar una cierta coherencia en su política criminal. ¿Significa esto que esta práctica ha socavado considerablemente la individualización de la pena? Si bien la práctica de las escalas puede ser lamentable en este punto, el pragmatismo de los magistrados parece haberla convertido en una herramienta bien anclada en las orientaciones penológicas.

Además, el uso del algoritmo en el contexto de un juicio penal no debe obstaculizar el ejercicio del derecho de defensa. El principio de igualdad de armas y la presunción de inocencia pueden, a primera vista, verse amenazados por la IA en los procesos penales. Por este motivo, es fundamental garantizar que el interesado tenga acceso a los datos utilizados por la IA para poder impugnar cualquier conclusión errónea de la herramienta predictiva. La validez científica debe ser cuestionada por las partes en el juicio cada vez que el juez utilice la IA para tomar su decisión. De hecho, la evidencia científica puede parecer incontrovertible debido a la productividad de la IA en comparación con el cerebro humano (Beckman et al., 2022). Si bien parece ser capaz de compensar los sesgos cognitivos inherentes a los seres humanos en la toma

de decisiones, no es capaz de priorizar valores y elementos sociales que solo pueden ser ponderados por la pericia del magistrado.

En cuanto al derecho de acceso al algoritmo, existe una diferencia notable entre Europa y Estados Unidos. Mientras que las autoridades judiciales estadounidenses siguen siendo reacias a reconocer plenamente este derecho y a equilibrar los intereses privados, incluida la protección de la propiedad intelectual, con los derechos de defensa, en Europa, el marco es más protector debido al Reglamento General de Protección de Datos (RGPD) que establece un derecho a la información sobre la lógica que subyace a las decisiones tomadas sobre la base de algoritmos (Xu, 2022). Este derecho a la información permite limitar los efectos nocivos de la IA en su aplicación en los procesos penales, respetando al mismo tiempo el principio de igualdad de armas y la presunción de inocencia.

Además, si bien los beneficios derivados de estas innovaciones tecnológicas parecen ser significativos para la administración de justicia, parecen debilitar la “eficiencia simbólica” inherente al juicio. Como garante de una justicia eficaz, esta eficacia simbólica se deriva de la ritualización de la audiencia, que marca una etapa importante en la resolución del conflicto, como lo demuestra la expresión de Oręziak (2019) de que la justicia no sólo debe hacerse, sino que debe verse que se hace.

Al reinventar la relación con el espacio y el tiempo de la audiencia, tradicionalmente modelada según la regla de las tres unidades del teatro clásico, la revolución digital amenaza la eficacia simbólica del juicio penal. Es a partir de la observación de las múltiples discontinuidades producidas por la digitalización de la justicia que Zaytsev et al. (2021) deploran el advenimiento de la desritualización del juicio. Por anecdótico y tradicionalista que parezca, el ritual del juicio penal es un paso importante para el litigante ya que le permite cambiar, sin necesidad siquiera de saber cómo, ya que esta transformación se produce de forma inconsciente, a través de la fuerza de los símbolos. La especificidad del proceso penal radica en el principio de la oralidad de los debates, que a menudo contribuye a la aparición de nuevos elementos probatorios a través de las confesiones necesarias para la revelación de la verdad judicial. Regulada además por el proceso penal ante los tribunales penales, la oralidad de los debates deriva del principio de convicción íntima, que rige la actividad del juicio penal moderno: éste sólo debe formarse su opinión sobre la base de las pruebas que han sido directa e inmediatamente sometidas al debate (San Martín, 2020).

Si bien el uso cada vez mayor de tecnologías digitales como la videoconferencia ya ha demostrado su influencia en la calidad de los debates con la discontinuidad entre la presencia y el lugar de la acción, entre el ritual y el procedimiento y entre la comunicación y la información, el formalismo del lenguaje informático utilizado por la IA no goza de la misma propiedad transformadora que el formalismo ritual tradicional (Ferreira y Seron, 2022).

CONCLUSIONES

Las cuestiones relacionadas con la aplicación de la “justicia predictiva” son tan numerosas que requieren un enfoque equilibrado por parte de los responsables de la adopción de decisiones públicas en muchos aspectos.

En primer lugar, parece imprescindible organizar un debate público en torno a la cuestión de la “justicia predictiva”, resultante de la unión entre el derecho y la informática, que reúna tanto a los técnicos que diseñan las herramientas como a los profesionales del sistema de justicia. Ya se trate de las asociaciones profesionales de magistrados, los colegios de abogados y las facultades de derecho, todos están en condiciones de contribuir plenamente a la profundización de la reflexión sobre los temas controvertidos de la IA en los juicios penales.

En segundo lugar, desde un punto de vista técnico, las salvaguardias son necesarias para garantizar que el servicio público de justicia pueda llevar a cabo su misión de manera eficaz. En este punto, es fundamental opinar sobre los elementos y características de los instrumentos propuestos por el sector privado (o los desarrollados por institutos públicos independientes y especializados, solución que debe fomentarse). ¿Cómo podemos garantizar que el tratamiento de los datos judiciales, utilizados para apoyar la toma de decisiones de los jueces y la preparación de las defensas de los abogados, no sea sesgado? Considerar un marco legislativo o reglamentario a efectos del tratamiento de la IA es insuficiente en un contexto digital, que por naturaleza es totalmente transfronterizo. Si bien una atención escrupulosa a la naturaleza de los datos abiertos y a su calidad permite minimizar los riesgos de referencias cruzadas inadecuadas y reforzar la pertinencia de los resultados del tratamiento automatizado, es necesario encontrar apoyo en el ámbito de la ciberética.

Es necesario abogar por el desarrollo de un marco ciberético que oriente la actividad de los operadores del sector. Esto debe guiarse por los principios de transparencia, equidad y objetividad de la herramienta. Con el fin de supervisar el cumplimiento de estas normas, es necesario que se les asignen conocimientos especializados independientes y regulares. De hecho, sería prudente prever la aplicación de sistemas de referenciación pagada, siguiendo el modelo de la publicidad en buscadores (SEA) de Google, que permitan a determinados operadores dar menos peso a las decisiones que les son desfavorables. Estas normas parecen imprescindibles para reforzar la confianza de los ciudadanos en su sistema judicial.

Además, debe garantizarse absolutamente la total transparencia y equidad en los métodos de tratamiento de la información, tanto para los profesionales como para los ciudadanos, con el fin de evitar que se repitan ejemplos de trato discriminatorio. Además, sería necesario llevar a cabo una investigación fundamental sobre las aplicaciones propuestas y probarlas para comprender su potencial y sus puntos débiles, en particular con vistas a desarrollarlas a nivel nacional y adaptarlas a las necesidades. Antes de ampliarlas e integrarlas en las políticas públicas, asumiendo una evaluación periódica de estas aplicaciones y, además, del impacto de estas herramientas en el trabajo de los profesionales de la justicia. Todos los expertos involucrados en el desarrollo de la IA, incluidos investigadores, ingenieros y

desarrolladores informáticos, deben asumir responsabilidades sin precedentes. La cuestión de la formación de estos últimos es esencial para afrontarlos de la mejor manera posible con las consideraciones éticas relacionadas con el desarrollo de la IA en los juicios penales. Es por ello que la ciberética debe ir acompañada de una sólida formación que se viene dando desde hace siglos, desde los diseñadores de algoritmos hasta sus usuarios.

Es responsabilidad colectiva de los responsables políticos, técnicos y profesionales de la justicia regular estrictamente el uso de la IA en los juicios penales para que se convierta en un vector de vitalidad democrática y un baluarte contra la deshumanización de la justicia.

REFERENCIAS

- Ahmed, R. K., Muhammed, K. H., Pappel, I. y Draheim, D. (2021). Impact of e-court systems implementation: a case study. *Transforming Government: People, Process and Policy*, 15(1), 108–128. <https://doi.org/10.1108/TG-01-2020-0008>
- Álvarez, M. V. (2023). Inteligencia artificial y medidas cautelares en el proceso penal: Tutela judicial efectiva y autodeterminación informativa en potencial riesgo. *Revista española de derecho constitucional*, 43(127), 177–207. <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.127.06>
- Beckman, L., Hultin Rosenberg, J. y Jebari, K. (2022). Artificial intelligence and democratic legitimacy. The problem of publicity in public authority. *AI and Society*. <https://doi.org/10.1007/s00146-022-01493-0>
- Cao, A., Xue, C. y Zhu, W. (2020). Application of Big Data in the Management System of “second Classroom Education” Platform in Universities. *2020 International Conference on Artificial Intelligence and Information Technology, ICAIIT 2020*, 1533(4). <https://doi.org/10.1088/1742-6596/1533/4/042069>
- Chandra, R. y Sanjaya, K. (2023). Punishing the Unpunishable: A Liability Framework for Artificial Intelligence Systems. *Lecture Notes in Networks and Systems, 669 LNNS*, 55–64. https://doi.org/10.1007/978-3-031-29860-8_6
- Emelianova, T. V. (2021). Affect of Artificial Intelligence Technologies and Digitalisation on Jurisprudence and Education. En *Studies in Computational Intelligence* (Vol. 928, pp. 165–179). Springer Science and Business Media Deutschland GmbH. https://doi.org/10.1007/978-3-030-61045-6_12
- Ferreira, V. G. y Seron, E. E. (2022). Using attention methods to predict judicial outcomes. *Artificial Intelligence and Law*. <https://doi.org/10.1007/s10506-022-09342-7>
- Ferreira, V. G. y Seron, E. E. (2023). Using attention methods to predict judicial outcomes. *Artif Intell Law*, 32, 87-115. <https://doi.org/10.1007/s10506-022-09342-7>
- Hyder, Z., Siau, K. y Nah, F. (2019). Artificial intelligence, machine learning, and autonomous technologies in mining industry. *Journal of Database Management*, 30(2), 67–79. <https://doi.org/10.4018/JDM.2019040104>
- Kahlessenane, F., Khaldi, A., Kafi, M. R. y Euschi, S. (2021). A color value differentiation scheme for blind digital image watermarking. *Multimedia Tools and Applications*, 80(13), 19827–19844. <https://doi.org/10.1007/s11042-021-10713-6>
- Kaspar, J., Harrendorf, S., Butz, F., Höffler, K., Sommerer, L. y Christoph, S. (2023). Artificial Intelligence and Sentencing from a Human Rights Perspective. En *Critical Criminological Perspectives* (pp. 3–34). https://doi.org/10.1007/978-3-031-19149-7_1
- List, C. (2021). Group Agency and Artificial Intelligence. *Philosophy and Technology*, 34(4),

- 1213–1242. <https://doi.org/10.1007/s13347-021-00454-7>
- Malhina, A. (2022). The World Experience in Investigating Crimes Related to the Creation of a Terrorist Bodies. *Pakistan Journal of Criminology*, 14(2), 119–132. <https://www.pjcriminology.com/publications/the-world-experience-in-investigating-crimes-related-to-the-creation-of-a-terrorist-bodies/>
- Malik, N., Tripathi, S. N., Kar, A. K. y Gupta, S. (2021). Impact of artificial intelligence on employees working in industry 4.0 led organizations. *International Journal of Manpower*. <https://doi.org/10.1108/IJM-03-2021-0173>
- Moumouni, C. (2021). Intelligence artificielle et médias sociaux : vers un nouveau paradigme de communication judiciaire. *Communication & Management*, 17(2), 19–34. <https://doi.org/10.3917/comma.172.0019>
- Orenesu, C., Perot, P. y Rodriguez, J. (2009). *Estudios sobre la interpretación y la dinámica de los sistemas constitucionales*. S. B. de ética filosofía del derecho y política 100 (ed.). Fontamara.
- Oręziak, B. (2019). Judicial Dialogue between the European Court of Human Rights and the Court of Justice of the European Union in the Field of Legal Liability for Posting Hyperlinks. *International Community Law Review*, 21(5), 432–448. <https://doi.org/10.1163/18719732-12341412>
- Pechegin, D. (2022). Judicial Evaluation of Data from Artificial Intelligence Systems and Other Innovative Technologies in Transport. *Transportation Research Procedia*, 63, 86–91. <https://doi.org/10.1016/j.trpro.2022.05.010>
- Pérez, M. J. (2021). La inteligencia artificial como prueba científica en el proceso penal español. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, 7(2), 1385. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v7i2.505>
- Planchadell, A. (2021). La justicia civil y penal ante el reto de la inteligencia artificial: una aproximación. *Actualidad Penal*, 81, 129–160.
- Reyna-Alfaro, M. (2015). *Manual de Derecho Procesal Penal*. Pacífico Editores.
- San Martín, C. (2020). *Derecho Procesal Penal - Lecciones*. Instituto Peruano de Ciencias Penales y Criminología.
- Serventich, C. (2022). Artificial Intelligence in the Criminal Process. Better the Human You Know than an Algorithm Unknown? *Revista Juridica Austral*, 3(2), 869–880. <https://doi.org/10.26422/RJA.2022.0302.ser>
- Shi, J. (2022). Artificial Intelligence, Algorithms and Sentencing in Chinese Criminal Justice: Problems and Solutions. *Criminal Law Forum*, 33(2), 121–148. <https://doi.org/10.1007/s10609-022-09437-5>
- Valero-Quispe, C. (2021). Derecho e inteligencia artificial en el mundo de hoy: escenarios

- internacionales y los desafíos que representan para el Perú. *Themis*, 79, 311–322. <https://doi.org/10.18800/themis.202101.017>
- Xu, Z. (2022). The Legitimacy of Artificial Intelligence in Judicial decision Making: Chinese experience. *International Journal of Technoethics*, 13(2), 1–17. <https://doi.org/10.4018/IJT.311032>
- Xu, Z., Zhao, Y. y Deng, Z. (2022). The possibilities and limits of AI in Chinese judicial judgment. *AI and Society*, 37(4), 1601–1611. <https://doi.org/10.1007/s00146-021-01250-9>
- Zaytsev, O. A., Pastukhov, P. S., Fadeeva, M. Y. y Perekrestov, V. N. (2021). Artificial Intelligence as a New IT Means of Solving and Investigating Crimes. En *Lecture Notes in Networks and Systems* (Vol. 155, pp. 1266–1273). Springer Science and Business Media Deutschland GmbH. https://doi.org/10.1007/978-3-030-59126-7_138

SOBRE LA PRIVACIDAD EN LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN: ¿UNA VENTANA SIN CORTINAS?

*REGARDING PRIVACY IN INFORMATION TECHNOLOGIES: A WINDOW
WITHOUT CURTAINS?*

Fecha de recepción: 18/09/2023
Fecha de aprobación: 05/03/2024



e-ISSN: 2961-2934

<https://doi.org/10.61542/rjch.40>

Julio Jesús Mormontoy Pérez

Universidad Nacional del Santa
jmormontoy3@gmail.com

 <https://orcid.org/0000-0003-2799-2292>

RESUMEN

El limitado cuerpo normativo, el insuficiente desarrollo jurisprudencial y el parco terreno doctrinario referido a la vulneración de la información privada de las personas en la época de la vanguardia tecnológica ha menoscabado de manera preocupante el espacio exclusivo de los seres humanos, pues aquel escenario donde solo quien considerase importante compartir informaciones podía darlo a saber a personas de su entorno mediante diversas plataformas, pero, en cambio, la realidad de hoy muestra todo lo contrario al haberse incluido, de manera amplia, conocimientos de ciencias informáticas que implican un manejo de data informativa de muchas personas mediante el uso de Inteligencia Artificial, lo cual posiblemente, también se consideren graves amenazas que dirijan a la creación y propagación de entornos digitales intrusivos en las que particulares, empresas u Estados con la intención de vigilar, analizar, predecir e incluso manipular resultados y los comportamientos humanos terminan por soslayar derechos de terceros a una escala incalculable. Por ello, el presente trabajo es un intento por describir y ofrecer un análisis de los fundamentos doctrinarios que actualmente se realiza sobre las tecnologías de las informaciones tratando de aproximarnos a la comprensión de su núcleo dogmático.

Palabras clave

Inteligencia artificial, tecnologías de la información, entornos digitales, información privada.



ABSTRACT

The limited regulatory framework, insufficient jurisprudential development, and sparse doctrinal terrain concerning the violation of individuals' private information in the age of technological advancement have worryingly encroached upon the exclusive space of human beings. In the past, only those who deemed it important could share information with people in their environment through various platforms. However, today's reality is quite the opposite, as a wide range of computer science knowledge, including the use of Artificial Intelligence, now involves handling vast amounts of informative data from many individuals. This may also be considered a serious threat, leading to the creation and spread of intrusive digital environments in which individuals, companies, or states aim to monitor, analyze, predict, and even manipulate outcomes and human behavior, ultimately undermining the rights of others on an immeasurable scale. Therefore, this work is an attempt to describe and offer an analysis of the doctrinal foundations currently being conducted on information technologies, aiming to approach the understanding of their doctrinal core.

Keywords

Artificial intelligence, information technologies, digital environments, private information.

RÉSUMÉ

Le cadre réglementaire limité, le développement jurisprudentiel insuffisant et le terrain doctrinal peu étendu concernant la violation des informations privées des individus à l'ère de l'avancement technologique ont envahi de manière préoccupante l'espace exclusif des êtres humains. Dans le passé, seuls ceux qui le jugeaient important pouvaient partager des informations avec les personnes de leur environnement via différentes plateformes. Cependant, la réalité d'aujourd'hui est tout à fait différente, car une vaste gamme de connaissances en informatique, y compris l'utilisation de l'intelligence artificielle, implique désormais la manipulation de vastes quantités de données informatives provenant de nombreux individus. Cela peut également être considéré comme une menace sérieuse, conduisant à la création et à la propagation d'environnements numériques intrusifs dans lesquels des individus, des entreprises ou des États cherchent à surveiller, analyser, prédire et même manipuler les résultats et le comportement humain, compromettant ainsi les droits des autres à une échelle incommensurable. Par conséquent, ce travail est une tentative de décrire et d'offrir une analyse des fondements doctrinaux actuellement menés sur les technologies de l'information, dans le but d'approcher la compréhension de leur noyau doctrinal.

Mots-clés

Intelligence artificielle, technologies de l'information, environnements numériques, informations privées.

INTRODUCCIÓN

Durante una de las entrevistas que se le hiciera a Fernando de Trazegnies con respecto a problemas concernientes a la tecnología de las informaciones y el desarrollo de la Inteligencia Artificial y lo sucesivo a una posible vulneración de la privacidad y de los datos personales, manifestaba que las redes sociales es la expresión del mundo de hoy, pues es un espacio donde buenos y malos comportamientos convergen. Ya que las personas recurren a estas (las redes sociales) para facilitar sus comunicaciones en el día a día para establecer negocios o hasta para aprender en línea. La era digital, por tanto, es un escenario de comodidades y posibles afectaciones, siendo que estas últimas deban ser atendidas y reguladas por el Estado juez (citado en Mormontoy, 2021). Por ello, la necesidad de establecer límites.

Sobre dicho asunto se ha considerado que la Inteligencia Artificial correspondería ser una suerte de procedimientos automáticos que son asistidos o realizados desde un computador y que según sus resultados pueden ser considerados como eficientes, puesto que dichos actos que antes eran ejecutados o asistidos por una persona actualmente prescindirían de esta. Dichos procedimientos que tratan de comportarse como lo haría un ser humano según resultados necesitan ser programados a partir de algoritmos que recogen una serie de instrucciones que programan a un equipo o a un software para que cumpla ciertas funciones, como por ejemplo acceder a *Facebook* o *WhatsApp* los cuales respaldados por un algoritmo o códigos digitales permiten el ingreso a las mismas y, dicho procedimiento ocurrirá constantemente para revisar noticias, enviar mensajes o para compartir publicaciones, etc. Por todo ello, consideramos que deberíamos asumir una conciencia algorítmica, siendo responsables de la información que compartimos en las diferentes plataformas, que quizás tengan condición de datos sensibles y que muy posiblemente al ser compartidos o subidos a la red nos dejarán de pertenecer.

Por tales motivos, la presente investigación está compuesta de cinco aspectos fundamentales: la primera parte, estudia los fundamentos doctrinarios; la segunda parte, analiza los antecedentes sobre el caso en específico; la tercera parte, recoge las normas legales sobre la materia; la cuarta parte, atiende al análisis de los casos más resaltantes y, finalmente, la quinta parte, ofrece un análisis de los fundamentos jurisprudenciales y doctrinarios que actualmente se recogen sobre las tecnologías de las informaciones concerniente a la vida privada y a la privacidad de las informaciones.

1. Materiales y métodos

1.1. Tipo de investigación

Esta investigación guarda un carácter de índole descriptiva o explicativa, la cual según los datos recopilados y estudiados se sometieron a un juicio de consideración riguroso, coherente, lógico y crítico, el cual se obtiene a partir del esquema teórico seleccionado (desarrollo o contenido), es por ello que, se considera que nos ubicamos frente una investigación de tipo cualitativa (Fernández et al., 2006).

Por ende, la data recopilada ha surgido del análisis de casos o jurisprudencias que, además permitió ampliar el análisis crítico para arribar a una posible alternativa de solución al tema u ofrecer alguna idea que permita entender de mejor manera el tratamiento del presente asunto.

Asimismo, la presente investigación guarda cercana relación con una investigación de carácter descriptiva, pues en esa línea se ha permitido conocer los principales comportamientos del fenómeno socio-jurídico en el panorama de las nuevas tecnologías que fluyen a partir de la casuística nacional como internacional, además del estudio de normas y jurisprudencias de índole nacional como supranacional para así conocer y ampliar los razonamientos en la doctrina jurídica, todo lo cual nos ayudaría a comprender de mejor manera los criterios adoptados en la toma de decisiones de parte de tribunales que resolvieron sobre este tipo de asuntos.

1.2. *Diseño de investigación*

El modelo de investigación, es el abordaje general utilizado en el proceso de investigación, o considerado también estratégica. En la presente investigación se ha de emplear, principalmente, el diseño de investigación acción, el cual, según Hernández Sampieri et al. (2010), tiene como finalidad comprender y resolver problemáticas específicas de una colectividad, centrándose en aportar información que guíe la toma de decisiones para proyectos, procesos y reformas estructurales.

Por eso, el presente diseño de investigación pretende favorecer el cambio social y transformar la realidad, y en nuestra investigación podemos hablar de transformar la realidad jurídica a partir de una acertada toma de decisiones. Siendo así, hemos detectado una necesidad de cambio, por lo que, con la revisión de la doctrina jurídica, la norma legal, el análisis de las decisiones emitidas por parte de órganos judiciales nacionales y supranacionales, y el ofrecimiento de una alternativa al problema que acontece, consideramos que brindaremos información significativa que sirva de sustento para tratar más ampliamente el presente asunto.

Por otro lado, debemos agregar que el diseño de investigación acción se asemeja al diseño propio de las investigaciones jurídicas, conocido como diseño propositivo, descrito por Aranzamendi (2013), quien explica que a través del mismo se va a examinar la carencia o insuficiencia de un enfoque teórico para resolver una cuestión jurídica implica destacar la falta o laguna en una o más normativas legales, cuestionar la idoneidad de las existentes y delimitar sus restricciones y deficiencias con el fin de proponer la creación de una nueva normativa, la implementación de reformas o incluso la derogación de las disposiciones legales vigentes; por lo que podemos afirmar que en términos de la investigación jurídica, nuestra investigación tendrá un diseño propositivo que fundamentalmente coadyuve a proponer alternativas de solución de acuerdo al problema que ocurre.

1.3. Población y muestra

Se recopiló información concerniente a la doctrina jurídica, a la normatividad vigente, además del estudio de las decisiones emitidas a nivel de cortes superiores de justicia del país, como también por parte de tribunales internacionales que atienden materias referidas a derechos humanos en la era de las nuevas tecnologías.

1.4. Técnica e instrumentos de investigación

En la presente investigación se ha tenido en cuenta la técnica del fichaje para recolectar la información de libros y revistas jurídicas, tanto físicos como virtuales, de esta manera se revisó la bibliografía más autorizada y recomendada que contribuya a la elaboración del contenido y desarrollo del presente artículo, teniendo en consideración que, las fichas son unidades de información permitiendo seleccionar la información relevante para la investigación (Ramos Núñez, 2007).

Asimismo, se hicieron anotaciones o notas de campo, dado que es una técnica que coadyuva al registros y elaboración de anotaciones durante los eventos o sucesos vinculados con el planteamiento del problema (Hernández Sampieri et al., 2010). Ahora bien, para realizar anotaciones se puede hacer uso de diversos medios y no solo estar contenidas en las fichas físicas o en papel, sino también en archivos electrónicos o en programas como Word, contenidos en dispositivos como laptops, computadoras, teléfonos, tablet, etc.

Finalmente, se recurrió al estudio de casos, para el análisis de resoluciones judiciales supranacionales referidas a problemáticas jurídicas que se suscitan por la afectación a la protección de los datos personales en el escenario de las nuevas tecnologías; dada la suficiencia de la regulación actual que ofrecen los distintos cuerpos normativos y, ante la necesidad de ofrecer una propuesta adecuada que se ajuste al caso en concreto para resarcir o revertir los daños ocasionados

2. Resultados

2.1. Una latente vulneración a la privacidad de las informaciones

En el texto de los orígenes de la humanidad titulado como Génesis, en el capítulo 3, versículo 7, denominado “Desobediencia de la primera pareja”, se indica lo siguiente sobre los primeros registros de la tecnología: “y fueron abiertos los ojos de ambos, y se dieron cuenta de que estaban desnudos. Entonces cosieron hojas de higuera, y se hicieron ceñidores” (Vida Abundante, 1992)¹.

¹ Con un análisis sobre la dignidad humana, Floridi (2020), indica que, hemos entrado en el siglo XXI con una trágica laceración, la pandemia. En los libros de historia será esta la línea divisoria con el siglo XX, de la misma manera que la I Guerra Mundial marcó el fin del siglo XIX. El desastre climático, la injusticia social, el fin de las ideologías, la crisis de la democracia, la regurgitación fascista y el terrorismo fundamentalista, el problema de la inmigración, la crisis del modelo capitalista neoliberal son todas transformaciones con una larga historia. Pero la pandemia las ha soldado unas a otras en un solo impulso global, sincronizado y violento, haciendo del final del

Actualmente, es probable controlar las puertas de la casa, las luces, lo que se almacena o faltase almacenar en una dispensa o nevera, el encendido o apagado del auto, así como encender la lavadora o apagarla desde el celular o computador y, quizás, creamos que es algo futurista, pero será parte del futuro cercano en algún momento, pues dichas tecnologías ya empiezan a desarrollarse y a estar cada vez más cerca de nosotros; tal vez, con presencia más notoria en países desarrollados como Estados Unidos o parte de Europa, donde controlar los ciclos menstruales, los ritmos cardíacos, el sueño, una dieta, los pasos que damos a diario, los kilómetros que recorremos a pie o bicicleta asistidos desde un teléfono móvil son actos comúnmente sencillos.

Todo ello se ha podido considerar como una posible intrusión a la privacidad por parte de las nuevas tecnologías mediante el uso de la Inteligencia Artificial asistida por algoritmos en plataformas que datan de varios años de existencia y que constantemente utilizamos, como son en el caso de Google o YouTube, donde publicidades o recomendaciones aparecen sin que siquiera las hayamos buscado, pero ¿qué ocurriese si tal vez esta tecnología inteligente nos oyese o nos mirase en nuestra intimidad identificando nuestras principales necesidades?

Según Porcelli (2020), en el ámbito cibernético, los usuarios transforman sus relaciones sociales, aspiraciones, intereses, estados emocionales, preguntas y búsquedas en datos, los cuales son posteriormente analizados para identificar patrones de consumo. Este proceso se lleva a cabo sin que se evidencie completamente el alcance real del poder que los consumidores están concediendo, dado que están dispuestos a proporcionar esta información a cambio de servicios en línea. A la complejidad inherente a este fenómeno, se suma la necesidad de coordinación a nivel internacional, dada la naturaleza de los asuntos que trascienden las fronteras nacionales.

Sumado a este importante suceso damos cuenta de una conectividad mundial celer, pues con el fin de facilitarnos las comunicaciones o informaciones de acuerdo a nuestras necesidades, hoy en día se ha comenzado a concebir una supuesta aparición o creación de nuevos derechos y obligaciones que antes no se habían contemplado y aunque dicho aspecto sea interesante, merecería un artículo aparte. En tanto, a este avance de las tecnologías recae una ardua labor legislativa y una adecuada coordinación internacional para erradicar comportamientos que dañan la dignidad o privacidad de las personas.

En 2017, cerca de 4.000 millones de personas, más de la mitad de la población mundial, utilizaba Internet y un 56% lo hacía con suscripciones a servicios móviles. Por otra parte, el 61% de las suscripciones móviles operaban sobre redes 3G o 4G y durante el 2017 se descargaron 175.000 millones de aplicaciones, de las que se emplearon activamente alrededor de 40 en cada teléfono inteligente (Porcelli, 2020, p. 467).

siglo XX una experiencia planetaria común y compartida. Es el clásico peine de la historia en el que se reúnen los numerosos nudos preexistentes.

Así también, la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (Naciones Unidas, 2018), manifiesta que, comienzos de 2018, la cifra de usuarios únicos de telefonía móvil superaba los 5.000 millones, de los cuales el 57% prefería dispositivos inteligentes. En ese mismo periodo, más de 3.000 millones de personas, equivalentes al 42% de la población mundial, interactuaban mensualmente en redes sociales, destacándose el uso predominante a través de dispositivos móviles. Paralelamente, el uso de plataformas de comercio electrónico para la compra de bienes de consumo experimentó un notable aumento, alcanzando los 1.800 millones de compradores, lo que representaba el 23% de la población mundial que realizaba transacciones en línea a nivel global.

Un dato resaltante señalado por parte de Porcelli (2019), es respecto del poder de los datos masivos los cuales interactuando algorítmicamente demuestran el elevado grado de asertividad de los comportamientos de las personas, lo cual incluso es modificable. Al respecto, el *CEO de Meta* (creador de *Facebook*) Mark Zuckerberg ha manifestado que ello es cierto, pues como ya se había sospechado, dichas plataformas cumplen un rol de almacenamiento de información importante de datos personales, los cuales incluso le ha facilitado a la misma mejorar sus servicios y actualizarse según nuevas tendencias sociales, comportamientos de consumo entre jóvenes y adultos, etc.

Redes sociales como *Facebook* o *Twitter* permiten conocer los intereses de millones de personas en tiempo real, los estímulos a los que responden, momento de conexión, sitios visitados, bienes adquiridos, interacciones y más. Al cruzar esa enorme cantidad de datos con las que tienen, por ejemplo, las tarjetas de crédito o los resultados electorales, se puede medir casi todo. Los datos están empezando a ser usados y más que usados, reutilizados, porque no solo se utilizan para el fin que fueron recolectados, sino para los más variados propósitos, como ser la generación de perfiles (*profiling*), la manipulación, la monitorización y selección de sujetos por su conducta (*behavioural targeting*) y las valoraciones basadas en decisiones automatizadas que pueden perjudicar seriamente a las personas. Todas estas tecnologías, denominadas actualmente disruptivas, deben ser reguladas efectivamente por el Derecho, reconfigurando el concepto del derecho a la privacidad y el significado de lo íntimo, que en la actualidad ya no es el mismo que en las décadas pasadas y otorgar un marco jurídico adecuado y universal debido a que el ciberespacio no reconoce fronteras territoriales (Porcelli, 2019).

Por ello, el aumento masivo de las nuevas tecnologías hoy parece haber desplazado nuestra privacidad personal, al punto de que personas que no nos conocen nos busquen por medio de plataformas como *Facebook* o *Instagram* o que por el simple hecho de aparecer como sugerencia en sus dispositivos simplemente nos pretendan agregar a sus listas de contactos o dar con nosotros en razón de tener amigos en común o, llamativamente, sin que los haya.

Ante dicha circunstancia, la Asociación por los Derechos Civiles (2016) precisa que, el notable crecimiento de la economía digital ha dado lugar a un escenario en el cual se recopilan, almacenan y analizan cada vez más datos de las personas, generando incluso nueva información a partir de este procesamiento, de la cual el individuo originalmente vinculado con la

información no tiene conocimiento. Según su informe titulado "El sistema de protección de datos personales en América Latina: Oportunidades y desafíos para los derechos humanos", este fenómeno no se limita únicamente a los datos o contenido generados de manera consciente por el sujeto, sino que también abarca aquellos datos generados con cada acción realizada en línea, usualmente fuera del conocimiento y control del individuo.

Según los textos y contextos de hoy se ha demostrado que la diferencia entre lo virtual y lo real es un proceso complejo de entender culturalmente, pero hay que entenderlo porque el proceso de transición de la digitalización de la dignidad de la persona supone simultáneamente la digitalización de normas (derechos y deberes) que operen como mecanismos de regulación en una época que aunque para muchos no sea generacional nos involucra mayoritariamente respecto de asuntos y panoramas como este que nos manifiesta que no nos encontramos en una era de cambios sino más bien en un cambio de era.

2.2. Fundamentos doctrinarios

¿A qué se debe que actualmente los delivery's son cada vez más céleres y la justicia sigue siendo aun tardía en estos temas? ¿A qué se debe el hecho de contratar más fácilmente mediante internet o por aplicación y siga siendo aún más difícil encontrar a un buen abogado? ¿A qué se debe que gran cantidad de estudiantes de Derecho están más interesados en juegos digitales o series que en Justiniano, los juicios de Nuremberg, las Doce Tablas o en los aportes al Derecho por parte de Tomás de Aquino? ¿Es posible que hayamos dejado de tener una sociedad con sentido de humanidad a partir de la innovación digital?

En la actualidad, hacer efectivo el derecho a la reserva de la privacidad desde una óptica de los derechos humanos conlleva un gran trabajo que, cada vez más, parece ser una ilusión. En el año 2014, *Facebook* modificó en secreto su algoritmo de difusión de noticias para investigar las emociones de unos 700.000 usuarios. La red social argumentó que el experimento fue legal porque los usuarios aceptaron de manera tácita su participación en esta clase de eventos al aprobar los términos de uso y servicio (BBC News Mundo, 2014).

La información anteriormente descrita data de una problemática que se acrecienta con el pasar de los años, pues hemos dado cuenta de serias vulneraciones que no solo afectan a las víctimas sino también a sus entornos familiares debido a los momentos de agravio que experimentaron, además que muchas veces son recuerdos que atormentan a las mismas cuando vuelven a ser revividas o compartidas en plataformas de internet u otros medios digitales.

Según los textos y contextos de hoy se ha demostrado que la diferencia entre lo virtual y lo real es un proceso complejo de entender culturalmente, pero hay que entenderlo porque el proceso de transición de la digitalización de la dignidad de la persona supone simultáneamente la digitalización de normas (derechos y deberes) que operen como mecanismos de regulación en una época que aunque para muchos no sea generacional nos involucra mayoritariamente respecto de asuntos y panoramas como este, en el que volvemos a incidir que no nos encontramos en una era de cambios sino más bien en un cambio de era (Arráz Palma, 2017).

Nos encontramos en la década de la difusión de la auto exposición, estamos frente al “show del yo” (Sibilia, 2008, p. 9).

Lo llamativo de todo esto es que al parecer mucha gente se encontraría conforme con la exposición de su vida o de su entorno privado, pues es casi común encontrar en internet gente que comparte sus experiencias personales transmitidas en vivo, como si ello se tratase de algún hecho relevante para personas que tal vez no la conocen o que conociéndola deben suponer qué es lo que acontece a partir de las imágenes difundidas.

En el corazón de las redes sociales está el intercambio personal, los usuarios están felices de poder revelar detalles íntimos de sus vidas privadas e intercambiar fotografías. Todo se expone en la red. Además, la mayor parte de la vida social se encuentra mediatizada electrónicamente, vale decir, se desarrolla en compañía de una computadora, un iPod o un celular, y los jóvenes no poseen ni el más mínimo margen de maniobra o elección, sino que se trata de una cuestión de tómallo o déjalo, de lo contrario, sufrirían una suerte de muerte social (Martínez & Porcelli, 2017, p. 108).

Por ende, es necesario conocer la dimensión real de lo virtual o del impacto que esta tiene en la vida de las personas y que frente a un abuso de derecho se podrían provocar afectaciones irreparables como acontece en el mundo real. Por ello, consideramos que es necesario llevar a cabo una alfabetización digital que en todo extremo busque repeler la justicia por mano propia en las redes sociales y que, ante la presencia de posibles actos contra el honor, la imagen, el nombre, la reputación o el pudor de menores de edad sean severamente sancionados. Todo ello debido a que actualmente casi nadie puede sustraerse al mundo digital o tratar de prescindir de este ya que las políticas invasivas que trae son cada vez una creciente avalancha de términos y condiciones a las cuales solo podemos adherirnos conociendo nuestros derechos y obligaciones.

2.3. *Afectación a protección de la privacidad*

- El caso peruano

En el Estado peruano se ha presentado a lo largo de los años como una situación llamativa, pues presentando una regulación a nivel constitucional que busca salvaguardar la intimidad de las personas, en el hecho dicho dispositivo se ve limitado por la casi siempre impericia de la falta de organización, la falta de planificación, la falta de presupuesto, la falta de prevención, la falta de atención a la víctima, etc. Ante ello, hemos procedido a considerar uno de los casos más notorios, el cual se vincula al actuar del Estado regulador y sancionador, la empresa privada y a la víctima.

En Perú, el Décimo Juzgado con mención en Familia de especialidad Contra la Violencia hacia la Mujer en el departamento de Lambayeque, en la ciudad de Chiclayo dictaminó a la plataforma de *Google* sacar de circulación la data informativa de una mujer agredida sexualmente por parte de una expareja quien con motivo de represalias por la ruptura

de la relación entre ambos difundió imágenes y videos de la fémina en plataformas digitales, por lo que la sede judicial condenó y solicitó sacar del tráfico informático de manera célere y urgente el material íntimo expuesto (Mormontoy, 2021).

Es así que, la Defensoría del Pueblo, institución que se suma a la tarea de repeler este tipo de actos y a condenar estos hechos realizó la debida atención, acompañamiento y asesoramiento a la víctima, manifestando que este tipo de situaciones denigran la dignidad de las personas y perjudican profundamente la psiquis de las víctimas quienes se ven atormentadas por el daño a su honor, nombre, imagen o reputación, garantizados por la Constitución Política del Perú. Actualmente, habiéndose ya retirado las imágenes y videos de las plataformas de contenidos para adultos aún se pueden localizar los datos de la agraviada los cuales hasta la fecha permanecen registrados en los motores de búsqueda de la plataforma de *Google* (Rpp, 2019).

- **El caso brasileño**

Para el caso de Brasil se creemos que la situación es muy diferente, pues siendo un Estado que normalmente se caracteriza por ser apegado al desarrollo de la Ciencia del Derecho y de las garantías constitucionales, se conocía que hace muchos años estaba contemplando implementar constitucionalmente la figura del Derecho al olvido en las redes sociales o plataformas digitales como ya se había hecho en algunas regiones de Europa como por ejemplo acontece en Francia con su denominada muerte digital.

Todo lo cual evidencia que nuestra convivencia e interacción digital cada día se adentra más en nuestras vidas o viceversa, pues ya hemos indicado que actualmente las redes sociales habrían cambiado no solo patrones culturales, sino también la manera de llevar a cabo los negocios, la economía, la educación, la investigación científica, y hasta la forma de vivir o morir digitalmente.

En Brasil, el Tribunal Superior condenó a *Google*, quien, es propietaria de *YouTube*, a indemnizar con 250, 000 reales (\$ 65,000) a la modelo Daniela Cicarelli, expareja del futbolista brasileño Ronaldo Cicarelli, y a su pareja de aquel momento Tato Malzoni, a quienes registraron en imágenes y videos mientras mantenían relaciones en una playa. El responsable de la grabación de dichas imágenes y video fue el paparazzi Miguel Temprano. Por ende, el tribunal considero que el pago a efectuar por parte de *Google* se debe a que *YouTube* desacató la decisión judicial de retirar las imágenes difundidas. Dicha sanción económica pudo haber sido mayor, pero finalmente dicho fuero jurisdiccional decidió mantener dicha cantidad de manera simbólica (Vanguardia Mx, 2015).

Otro suceso producido en São Paulo, Brasil, data de un estudiante quien debió indemnizar por concepto de reparación a la imagen y al honor de su docente por ofensas divulgadas en la plataforma de *Facebook*. La medida adoptada de la Quinta Sala de la Corte de Justicia de São Paulo (TJ-SP) decidió que el referido profesor obtenga \$ 10, 000 (diez mil reales) por daños morales (Mormontoy, 2021).

El magistrado James Siano, quien detalló sobre el hecho, manifestó que la medida tiene por finalidad repeler dicho tipo de comportamientos. La profesión docente, ahora tan devaluada, no debería, por la exposición a los que educa, recibir acusaciones sin fundamento, en broma o no, son susceptibles incluso de poner en tela de juicio su idoneidad, justo en el lugar de trabajo, precisó Siano, según el canal oficial web de la Corte (LP - Pasión por el Derecho, 2016).

- **El caso español**

En España el caso es simbólico, pues se habría demostrado que las decisiones gubernamentales cuando son bien llevadas a partir del razonamiento coherentemente y lógico en pro del bien común siempre darán como resultado la adopción de medidas consecuentes, pues de alguna manera el Estado en su rol de protector también debe ser regulador y sancionador, y cuando sus medidas no sean acatadas deberá corregir. Por eso, a continuación, detallamos el siguiente caso.

En España, el aseguramiento de la información personal obliga a retirar de las redes imágenes o vídeos o cualquier otro soporte visual el cual soslaye o denigre la dignidad de la persona. Por ello, la Agencia española de Protección de Datos (AEPD), actualmente es el ente autorizado para resguardar a las personas contra la violencia de género en las plataformas digitales. Siendo así, entre sus distintas formas asistenciales brindan un protocolo oficial en el que las víctimas pueden identificar los caminos a seguir para denunciar y solicitar protección ante dichos actos que perjudican la imagen o el nombre. Todo esto se ha venido produciendo a partir de los lamentables sucesos acontecidos, donde se pone de manifiesto el alarmante grado de violencia en la ciudadanía, por ejemplo, lo acontecido con el denominado grupo delictivo *La Manada*, quienes fueron procesados y condenados por el delito de violación sexual, al haberse demostrado en juicio que mientras perpetraban el aberrante hecho grabaron a la víctima y transmitieron tal atrocidad en tiempo real (Serra & Vall, 2016).

2.4. Normas sobre la materia

La intimidad de la persona es reconocida por el Derecho Internacional de los derechos humanos, a saber, en el artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Así también, se puede identificar su regulación en el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Por otro lado, la protección de la privacidad también se encuentra contemplada en el artículo 16 de la Convención sobre los Derechos del Niño. En la misma línea, el artículo 14 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares también hace clara y expresa mención respecto al derecho de la privacidad.

Dichos instrumentos jurídicos internacionales entienden que el derecho humano a la protección de la privacidad no debería ser objeto de injerencias arbitrarias o ilícitas en su esfera o vida privada, ni en su entorno familiar, domicilio o correspondencia y el derecho a su protección en amplio sentido, pues se precisa, además, que ante tales vulneraciones se soliciten las medidas legales correctivas. También reconocen que el ejercicio del derecho a la privacidad

es importante, ya que permite materializar el derecho a la libertad de expresión y a la posibilidad de brindar opiniones sin injerencias que restrinjan dicho derecho (Rojas Bonilla & García Núñez, 2016).

En el ámbito americano, dicho derecho se encuentra receptado en el artículo 5 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en el artículo 11 de la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969. En igual sentido, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, el artículo 21 de la Carta Árabe de Derechos Humanos y el artículo 10 del Capítulo Africano: Carta sobre los Derechos y el Bienestar del Niño.

Por su parte en el Perú se acoge dicha figura normativa en la Constitución Política del Perú en el Título I, Capítulo I, Derechos Fundamentales de la Persona, artículo 2, numeral 7, que a la fecha presenta tres décadas de existencia demostrando cierto compromiso respecto de garantizar dichos derechos como lo es la protección de los datos personales y la privacidad en la era de la tecnología de las informaciones.

2.5. Manifestaciones a nivel internacional

- La figura del relator como agente especial para el tratamiento del derecho a la privacidad en la era digital

Consideramos que la creación de la figura de un relator especializado sobre cierta materia es de gran importancia, pues permitirá a los órganos jurisdiccionales dotarse de mayor precisión sobre los aspectos que discurren en torno a la controversia que se suscita en la era de la tecnología de las informaciones, la Inteligencia Artificial, la protección de datos personales y el derecho a la privacidad, todo ello, respecto de la tecnología de las informaciones para dotarse de mayores precisiones sobre aspectos terminológicos, funcionales, atípicos o inusuales en el ámbito jurídico.

En este contexto, el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, con la Resolución del 24 de marzo de 2015, creó la figura de un Relator especial sobre el derecho a la privacidad en la era digital, por un periodo inicial de tres años (Porcelli, 2019, p. 470).

Pues se ha podido demostrar que dichos actos de hostigamiento digital pueden llegar a dañar o afectar de manera irreparable la reputación de la persona a causa de comportamientos que se fundan en la ignorancia o en mitos como el conocido: lo digital no es real, creyéndose que lo que ocurre en el mundo digital no daña o no vulnera los derechos de terceros cuando en realidad menoscaba tan o más profundamente la dignidad de la o las personas a partir de delitos como el *Grooming*, en el que habiéndose creado un perfil falso se contacta a menores de edad buscando un resultado sexual; o como el *Pishing*, en el que un estafador haciéndose pasar por un trabajador del banco busca obtener o robar información; o como el *Scracheo* o suplantación de identidad el cual es otro de los delitos que comúnmente ocurren en las redes sociales cuando un tercero toma o adquiere fotografías de alguien y se hace pasar por esta para cometer delitos de estafa o para robar información y, así también existen algunos comportamientos que al no

ser controlados o ejercidos con responsabilidad favorecen a este tipo de situaciones como lo que sucede a partir del *Sharenting* que es la conducta compulsiva a compartir imágenes y videos de menores de edad.

- **La protección y respeto a los usuarios sobre la recopilación, uso, intercambio y retención de datos personales**

Se ha conocido que en los últimos años los datos personales han sufrido alguna suerte de sustracción para fines políticos, económicos o de negociaciones entre empresas privadas y entes gubernamentales, sin que hayamos expresado nuestro compromiso al respecto. Todo ello, se ha conducido de manera desafiante al sistema de justicia o a la ley, pues quizás hasta algunos años no se habría dicho mucho al respecto ni menos se habría regulado sobre ello, pero se estaba generando un amplio espacio para la vulneración de la intimidad personal o una afectación a la protección de los datos personales con el crecimiento exponencial de las nuevas tecnologías.

Es por ende que, la Asamblea General de las Naciones Unidas en la Resolución N.º 71/199, denominada *El derecho a la privacidad en la era digital*, precisó que:

El rápido desarrollo tecnológico permitía a las personas de todo el mundo utilizar las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones y, al mismo tiempo, incrementaba la capacidad de los gobiernos, las empresas y las personas de llevar a cabo actividades de vigilancia, interceptación y recopilación de datos y que, si bien los metadatos aportaban beneficios, algunos tomados en conjunto, podían revelar información personal e indicaban el comportamiento, las relaciones sociales, las preferencias privadas y la identidad de una persona (Porcelli, 2019, p. 470).

Dichas situaciones han permitido generar nuevas medidas en torno al asunto, en particular, lo cual ha facilitado cubrir vacíos legales o lagunas normativas que antes eran impensadas o que quizás se asumieron como asuntos difíciles de resolver, pero que cada vez son temas más sofisticados, dificultosos o arduos de atender, pues las nuevas tecnologías avanzan a pasos agigantados implementando aspectos atrayentes para las personas mediante nuevas redes sociales, plataformas, aplicaciones, etc. Todo ello, creemos, podría ser permitido, pero habría que proceder a considerar con importante cuidado cuando de por medio se utilizan datos personales que puedan hacer peligrar o vulneren la privacidad.

Es así que, como indica Porcelli (2019), ante las diferentes circunstancias durante el año 2016 y a partir de su preocupación por la frecuencia con que las personas no daban su consentimiento libre, explícito y fundado a la venta o a la reventa múltiple de sus datos personales, la Organización de las Naciones Unidas exhortó, por un lado, a todos los Estados a elaborar o mantener y a aplicar una legislación adecuada, con sanciones y recursos eficaces con el objetivo de proteger a las personas de las violaciones y transgresiones del derecho a la privacidad. En concreto referido a la recopilación y al tratamiento ilegal y arbitrario, la retención o el uso de datos personales por particulares, gobiernos, empresas y organizaciones

privadas. Y, por otro lado, a las empresas a cumplir con la responsabilidad de respetar los derechos humanos, de conformidad con los principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las naciones unidas para proteger, respetar y remediar e informar a los usuarios sobre la recopilación, el uso, el intercambio y la retención de los datos que puedan afectar su derecho a la privacidad.

Al presente, una de las principales problemáticas que vulnera constantemente a los derechos humanos y más específicamente a la protección de datos personales o a la privacidad personal, es lo relativo a la Inteligencia Artificial y la vida digital, pues debido a la falta de legislación al respecto continúa provocando que a nivel normativo en cada uno de los diferentes estados del mundo se continúen preguntando cómo repeler dichas situaciones.

Hoy, en un escenario postpandemia en que la conectividad ha resultado ser crucial para el desarrollo de la ciudadanía e incluso de la educación, la economía, la seguridad, los negocios, etc., nos invita a pensar en una política pública y nacional de inteligencia artificial en la que no se sobreponga la innovación sobre la regulación ni viceversa, sino que en lo posible vayan de la mano preservando la privacidad y los datos personales.

- **El derecho a la privacidad y las exigencias de las nuevas tecnologías**

Consideramos que, con la llegada de las nuevas tecnologías el mundo ha pasado de la industrialización a la digitalización de las cosas, pues consideramos que la inteligencia artificial ha llegado para quedarse, pero deberíamos ampliar el campo de estudio sobre estos asuntos, pues debemos preguntarnos si ¿es que acaso solo se reducen a robots? ¿Códigos matemáticos? o ¿Se trata de una nueva tendencia que marca las pautas del nuevo desarrollo día a día?

En marzo de 2017, Joseph Cannataci (2017), denunció que la vigilancia gubernamental merecía más atención que nunca ya que, en general, las leyes fueron redactadas para legitimar prácticas que nunca deberían haberse implementado. Además, enfatizó que no apoyaba la legislación actual destinada a regular la vigilancia, ya que eran ineficaces y desproporcionadas frente a algunas medidas extremadamente intrusivas interpuestas por las nuevas leyes de vigilancia en Francia, Alemania, el Reino Unido y los Estados Unidos. Califica a tales medidas como una *política de gestos* por parte de los funcionarios públicos, cuya intención obedecía a demostrar que estaban haciendo algo, incluso si las leyes realmente no funcionaban en la práctica. Criticó la manipulación del miedo al terrorismo por parte de las autoridades, instándolos a *desistir de jugar la carta del miedo* y a mejorar la seguridad mediante medidas proporcionadas y efectivas, no con leyes intrusivas indebidamente desproporcionadas. Finalmente destacó la naturaleza universal del derecho a la privacidad, instando a los Estados a garantizar que tanto la privacidad a nivel nacional como internacional se respete como un derecho verdaderamente universal, especialmente con respecto a la vigilancia llevada a cabo en Internet.

Por todo eso, creemos que el estado en su rol de regulador debería crear normas que permitan identificar aquellas empresas o compañías que crean y sacan al mercado aplicaciones

sin ningún tipo de utilidad o beneficio y que más bien se acepten plataformas o aplicativos realmente importantes para el beneficio de las personas, pues no podemos permitir que se replique en el ciberespacio aquel modelo económico que solo busca la rentabilidad, independientemente de si son favorables o no para los seres humanos.

Es pues, en términos generales, la IA es una disciplina científica que comprende varias técnicas complejas –aprendizaje automático, razonamiento automatizado e incluso robótica– que permiten diseñar e implementar software y hardware que toman decisiones o ayudan en la toma de decisiones basadas en el procesamiento e interpretación de datos. Actualmente, es difícil entender la inteligencia como inteligencia humana, es decir, tener habilidades similares a las humanas² (Martín Delgado, 2023).

2.6. Manifestaciones a nivel nacional

- La primera sentencia en el Perú que condena a un sujeto por acoso sexual mediante el dispositivo de Facebook

En el Perú, durante el 2018, el Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria en la ciudad de Tambopata, a cargo del juez Edgar León, resolvió sobre el caso de delito de acoso sexual contra Edwar Alex Parizaca Puma, por el uso de plataformas digitales para acosar a una menor de edad, por ello el magistrado de este caso a través de la figura procesal de terminación anticipada del proceso condenó a tres años y seis meses de pena suspendida al acusado (Gutiérrez Iquise, 2018). Todo ello fue posible gracias a que se habría demostrado en juicio mediante la revisión de los mensajes de inbox en el correo de *Facebook* de la menor que dicho condenado la acosaba constantemente al punto de pretender tener intimidad con la menor agraviada

Se debe recalcar que, el 12 de septiembre de 2018, se hizo oficial en el Diario El Peruano la publicación del Decreto Legislativo N.º 1410 (artículo 176-B), incluyéndose en el Código Penal, entre otras figuras delictivas, la concerniente al acoso sexual, considerándose además, que no es necesario tener contacto físico con la víctima, pues el solo hecho de escribirle o llamarla mediante el uso de dispositivos tecnológicos o lo mismo que compartir imágenes o videos mediante las plataformas señaladas harían que se cometa el delito de acoso sexual como en el caso detallado (Hiperderecho, 2018).

- Regulación de los delitos informáticos, una salida ecuánime antes que desventajosa

Al respecto, consideramos pertinente citar el artículo 151, literal A, del Decreto Legislativo N.º1410, el cual conceptualiza el delito de acoso desde un enfoque amplio abarcando el uso de las nuevas tecnologías (Mormontoy, 2021).

² Traducido de la versión original en inglés: *Broadly, AI is a scientific discipline comprising several complex techniques—machine learning, automated reasoning and even robotics—which allow to design and implement software and hardware that make decisions or help in decision-making based on the processing and interpretation of data. Currently, it is hard to understand intelligence as human intelligence, i.e., having human-like skills.*

En el Decreto Legislativo N.º 1410, se indican diversas situaciones o modalidades que tratan el acoso, entre estas, se tiene al acoso sexual, al chantaje sexual, a la difusión de material con contenido sexual, a la mercantilización de la vida privada, daño a la imagen, nombre o reputación de alguna persona, etc. Por ello, al haberse entendido que ciertas modalidades de acoso acontecen en otros espacios o escenario, es decir, no son realizados directamente frente a la víctima en algún espacio público como en la calle, la casa, etc., es por ello que la sanción penal del acoso tiene la misma sanción si se recurriese al uso de alguna tecnología o plataforma digital para que el delito como tal se consuma.

Por ende, consideramos pertinente que se formulen propuestas de ley, planes de organización, planes de atención, planes de protección, de asistencia y salvaguarda de la información personal que a su vez suplan el rol de medios de protección y sanción; sabiéndose además que hoy en día respecto de los medios de protección de la información y de los datos personales en las redes informáticas se ha avanzado, pero la realidad digital cada día se desarrolla aún más, al menos, eso se ha evidenciado y, por ende la necesidad de estar preparados.

Según Savater, F. (2022) manifiesta que, es posible afirmar que toda inteligencia humana tiene un componente artificial significativo. No se reduce simplemente a una destreza evolutiva inscrita en nuestra dotación genética, sino que se construye mediante la asimilación (y el descarte) de lecciones, ejemplos y lecturas a lo largo del tiempo. Sin embargo, cuando nos referimos a inteligencia artificial, no estamos hablando de esta inteligencia personal que cada individuo desarrolla de manera única. Más bien, nos referimos a un artificio mecánico que nos ofrece discursos, poemas, chistes e información preelaborada que simulan la espontaneidad. Aquí radica el secreto de los prodigios recientes, como *ChatGPT*, según expertos como el profesor Terrence Sejnowski: la IA refleja la auténtica inteligencia de la persona que interactúa con ella y se adapta a sus preferencias.

Por todo esto y demás sobre el presente tema el cual es de rabiosa actualidad podríamos concluir que el futuro queda en manos de la tecnología de las informaciones entre ellas la Inteligencia Artificial es de las más relevantes y, nuestro trabajo consiste en brindar los mayores esfuerzos para que la ahora llamada *infosfera* no sea un terreno sin normas o reglamentaciones.

3. Discusión

Se ha podido evidenciar que el limitado aspecto legal y casuístico en la época de las tecnologías de la información concerniente a la protección de los datos personales ha reducido considerablemente el fuero íntimo de las personas, pues e incluso ha permitido que en ocasiones se produzcan graves amenazas por parte de particulares, empresas u Estados contra los derechos de terceros a un nivel sin precedentes.

La masividad informativa habiendo sido creada para brindar una mayor facilidad a las personas en sus negociaciones, contratos, aspectos educativos, etc., ha traído consigo una carga negativa de actos denigrantes en contra del nombre, la imagen o la reputación de las personas

respecto a la vulneración al derecho del honor, el nombre, la imagen o la buena reputación por parte de quienes ejercen un abuso de derecho.

En los últimos años los datos personales han sufrido una suerte de sustracción para fines políticos, económicos o de negociaciones entre empresas privadas y entes gubernamentales, sin que se haya expresado algún tipo de conformidad al respecto. Todo ello, se ha mostrado como un acto que desafía la ley o el derecho que estaba generando un amplio espacio para la vulneración de la intimidad personal de las personas.

La llegada de la tecnología de las informaciones en la era digital ha pasado de la industrialización a la digitalización de las cosas alrededor del mundo. La Inteligencia Artificial ha llegado para quedarse, pero se debería ampliar el campo de estudio sobre estos asuntos los cuales generan vacíos legales y ameritan ser atendidos ya que avanzan a un nivel célere.

La Inteligencia Artificial como una de las tecnologías de las informaciones en la era digital responden a procedimientos automáticos que son asistidos o realizados desde un computador matriz y que según sus resultados pueden ser considerados como eficientes por los procesos que siempre buscan cumplir, a partir de la función por las que fueron creados, puesto que tales actividades que anteriormente eran ejecutadas por una persona actualmente prescinden de está cumpliendo un rol facilitador en las actividades de las personas, pero a veces puede ser perjudicial si quien teniendo acceso a esta hace un mal uso de la misma.

En algunas partes del mundo ya se está empezando a hablar de una conciencia algorítmica; en el Perú, ¿cuándo se asumirá una postura que atienda esta problemática?, pues la responsabilidad que implica el uso masivo de las informaciones que se comparten en las diferentes plataformas facilitan que tengan la condición de datos sensibles y que posiblemente al ser compartidos o subidos a la red dejan de pertenecer a sus titulares, siendo propicio para que el Estado mediante sus diferentes jefaturas aplique sus instrumentos jurídicos y que, ante posibles vacíos normativos busquen regular el hecho que acaece.

En tal sentido, se ha considerado que la reforma legislativa debería tener por finalidad que el sistema jurídico esté dirigido a la preservación de la vida privada en la era de la tecnología de las informaciones, y a su vez asegure que se cumpla de manera eficaz la salvaguarda de derechos ligados a este tipo de casos (al nombre, la imagen, el honor, la reputación, etc.) para que así no se continúe con el aumento de situaciones que propician un ejercicio abusivo del derecho por parte de Estados, empresas privadas o particulares quienes compilando datos han descuidado a los agentes más importantes de estas plataformas que son las personas.

Así también, respecto a considerar actualmente a la era de las nuevas tecnologías como una ventana sin cortinas concerniente a la protección de la privacidad y de los datos personales es una premisa que ya ha dejado de ser una interrogante y ha pasado a ser más bien una afirmación. Por eso, en el presente estudio dicha premisa guarda relación con los estudios hechos por parte de Oficina de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (2017) y la Asociación por los Derechos Civiles (2016), quienes sostienen que, las leyes redactadas para

sancionar prácticas que perjudicaban el nombre, la imagen o el honor nunca deberían haberse implementado, pues se evidenció que dichas leyes realmente no funcionaban en la práctica, por ello se ha instado a los Estados partes a crear leyes que estén acorde a sus propias realidades.

CONCLUSIONES

La toma de decisiones que permitan disminuir este tipo de situaciones no debería ser motivo para antagonismos sino más bien oportunidades de colaboración entre Estados y empresas privadas.

La tipificación de delitos informáticos es una quimera que, no deja de hacer posible la emisión de medidas que sancionen aquellos hechos cuestionables que por sus grados de ensañamiento o dolo son sancionados.

Los Estados deben adoptar una legislación sólida y eficiente la cual este acorde al contexto sobre la salvaguarda de derechos como el de la privacidad en un contexto donde la tecnología de las informaciones avanza a un ritmo celeré que genera lagunas normativas o vacíos legales.

Las entidades privadas que aglomeran datos personales deben coadyuvar a mitigar los daños ocasionados a terceros bajo la especial atención del principio de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad, atendiendo a los hechos, fundamentos, normas y jurisprudencias, sin perjuicio de dar mayor amplitud al tratamiento (de las tres últimas acepciones) en caso de ser necesario de acuerdo al caso por caso.

REFERENCIAS

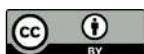
- Aranzamendi Ninacondor, L. (2013). *Instructivo teórico - práctico del diseño y redacción de la Tesis en Derecho*. Editorial Grijley.
- Arráez Palma, D. (2017, January 27). Andy Stalman: “No estamos en una era de cambio, sino en un cambio de era.” *Diario de Mallorca*. <https://www.diariodemallorca.es/economia/foro-negocios-businessdm/2017/01/27/andy-stalman-cambio-cambio-3476168.html>
- Asociación por los Derechos Civiles. (2016). *El sistema de protección de datos personales en América Latina: Oportunidades y desafíos para los derechos humanos: Vol. I*. <https://adc.org.ar/wp-content/uploads/2019/06/023-A-El-sistema-de-protecci%C3%B3n-de-datos-personales-en-Am%C3%A9rica-Latina-Vol.-I-12-2016.pdf>
- BBC News Mundo. (2014). *La polémica por la manipulación emocional de Facebook*. https://www.bbc.com/mundo/noticias/2014/06/140630_tecnologia_facebook_experimento_emociones_criticas_lv
- Fernández, C., Hernández Sampieri, R., & Baptista Lucia, P. (2006). *Metodología de la Investigación*. McGraw Hill.
- Floridi, L. (2020, December 23). Una cuestión de dignidad humana. *El País*. <https://elpais.com/opinion/2020-12-23/una-cuestion-de-dignidad-humana.html>
- Gutiérrez Iquise, S. (2018, November 25). *¡Histórico! Esta es la primera sentencia en el Perú que condenó a un sujeto por acoso sexual*. LP - Pasión Por El Derecho. <https://lpderecho.pe/primera-sentencia-condena-sujeto-acoso-sexual-facebook/>
- Hernández Sampieri, R., Fernández Collado, C., & Baptista Lucia, P. (2010). *Metodología de la Investigación* (6ta ed.). Interamericana Editores.
- Hiperderecho. (2018, September 14). *Decreto Legislativo convierte en delito el acoso y la pornografía no consentida por Internet*. <https://hiperderecho.org/2018/09/decreto-legislativo-convierte-en-delito-el-acoso-y-la-pornografia-no-consentida-por-internet/>
- LP - Pasión por el Derecho. (2016, February 23). *Alumno tendrá que indemnizar a profesor por ofensas publicadas en Facebook*. <https://lpderecho.pe/alumno-tendra-que-indemnizar-a-profesor-por-ofensas-publicadas-en-facebook/>
- Martín Delgado, I. (2023). Automatización, Inteligencia Artificial y Buena Administración. Algunas reflexiones a la luz del sistema jurídico español. In *European Review of Digital Administration & Law* (pp. 9–30). Aracne.
- Martínez, A. N., & Porcelli, A. M. (2017). Consumo (in) sostenible: nuevos desafíos frente a la obsolescencia programada como compromiso con el ambiente y la sustentabilidad. *Ambiente y Sostenibilidad*, 105–135. <https://doi.org/10.25100/ays.v0i0.4294>

- Mormontoy, J. (2021). Sobre la protección de los DD.HH. en la era digital. *Enfoque Derecho*. <https://enfoquederecho.com/2021/12/06/sobre-la-proteccion-de-los-dd-hh-en-la-era-digital/>
- Naciones Unidas. (2018). Datos, algoritmos y políticas. La redefinición del mundo digital. In *Comisión Económica para América Latina y el Caribe*. Comisión Económica para América Latina y el Caribe. <https://repositorio.cepal.org/items/553f691e-bd15-4f97-899d-ff1cf5640c21>
- Oficina de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. (2017, March 9). *Demasiada vigilancia: respetar las libertades civiles y dejar de jugar la “carta del miedo”, dice un experto de la ONU*. <https://www.khmerkromngo.org/too-much-surveillance-respect-civil-liberties-and-stop-playing-fear-card-says-un-expert-see-more-at-httpwww-ohchr-orgennewseventspagesdisplaynews-aspxnewsid21321langid/>
- Porcelli, A. M. (2019). La Protección de los Datos Personales en el entorno digital. Los Estándares de Protección de Datos en los países Iberoamericanos. *Revista Quaestio Iuris*, 12(2), 465–497. <https://doi.org/10.12957/rqi.2019.40175>
- Porcelli, A. M. (2020). Inteligencia Artificial y la Robótica: sus dilemas sociales, éticos y jurídicos. *Derecho Global. Estudios Sobre Derecho y Justicia*, 6(16), 49–105. <https://doi.org/10.32870/dgedj.v6i16.286>
- Ramos Núñez, C. (2007). *Como hacer una tesis de derecho y no envejecer en el intento* (4ta ed.). Gaceta Jurídica.
- Rojas Bonilla, F. A., & García Núñez, J. C. (2016). El derecho penal y la libertad de expresión en las redes sociales. *Revista Jurídica Mario Alario D’Filippo*, 8(15), 66–82. <https://doi.org/10.32997/2256-2796-vol.8-num.15-2016-1524>
- Rpp. (2019, April 4). *Ordenan a Google retirar datos de mujer afectada por un video publicado en páginas porno*. <https://rpp.pe/peru/lambayeque/ordenan-a-google-retirar-datos-de-mujer-afectada-por-un-video-publicado-en-paginas-porno-noticia-1190004>
- Savater, F. (2022). Inteligencia artificial. *Claves de Razón Práctica*, 280, 7–8.
- Serra, L., & Vall, C. (2016, November 23). La manada, ¿misoginia organizada? *El Diario*. https://www.eldiario.es/catalunya/opinions/manada-misoginia-organizada_132_3719808.html
- Sibilia, P. (2008). *La intimidad como espectáculo*. Fondo de Cultura Económica.
- Vanguardia Mx. (2015, October 14). *Google deberá pagar 64,300 dólares a Daniela Cicarelli, exnovia de Ronaldo*. <https://vanguardia.com.mx/show/google-debera-pagar-64300-dolares-daniela-cicarelli-exnovia-de-ronaldo-MSVG3029005>

EMOJI DE "PULGAR HACIA ARRIBA" COMO CONFIRMACIÓN DE UN CONTRATO

EMOJI OF "THUMBS UP" AS CONFIRMATION OF A CONTRACT

Fecha de recepción: 09/10/2023
Fecha de aprobación: 06/03/2023



e-ISSN: 2961-2934

<https://doi.org/110.61542/rjch.42>

José Jhordy Ventura Zurita

Universidad Nacional Pedro Ruiz
jventurazu@unprg.edu.pe

 <https://orcid.org/0009-0006-6683-5731>

Nicole Alessandra Núñez Custodio

Universidad Nacional Pedro Ruiz
nnunezc@unprg.edu.pe

 <https://orcid.org/0009-0000-8321-7480>

RESUMEN

En este comentario jurisprudencial se analiza la disputa contractual entre South West Terminal y Achter Land & Cattle, en la cual se discute la interpretación de un emoji de "pulgar hacia arriba" como confirmación de un contrato. El tribunal determinó que un emoji puede ser interpretado como una confirmación válida de un contrato, siempre y cuando exista un contexto claro y consistente que respalde esta interpretación.

Palabras clave

Disputa contractual, interpretación de emoji, confirmación válida, firmas electrónicas.



ABSTRACT

In this jurisprudential commentary, the contractual dispute between South West Terminal and Achter Land & Cattle is analyzed, where the interpretation of a "thumbs up" emoji as confirmation of a contract is debated. The court concluded that an emoji can be interpreted as a valid confirmation of a contract, provided there is clear and consistent context supporting this interpretation.

Keywords

Contractual dispute, interpretation of emojis, valid confirmation, electronic signatures.

RÉSUMÉ

Dans ce commentaire jurisprudentiel, la dispute contractuelle entre South West Terminal et Achter Land & Cattle est analysée, où l'interprétation d'un emoji "pouce levé" comme confirmation d'un contrat est débattue. Le tribunal a conclu qu'un emoji peut être interprété comme une confirmation valide d'un contrat, à condition qu'il existe un contexte clair et cohérent étayant cette interprétation.

Mots-clés

Dispute contractuelle, interprétation d'emoji, confirmation valide, signatures électroniques.

INTRODUCCIÓN

En un mundo cada vez más interconectado y digitalizado, el ámbito legal se enfrenta a desafíos y cambios sin precedentes. En particular, la revolución de las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) ha alterado fundamentalmente la forma en que celebramos y comprendemos los contratos. En este contexto, la sentencia emitida por el King's Bench for Saskatchewan -una especie de Tribunal Supremo Estatal-, en el caso *South West Terminal Ltd. contra Achter Land*, ha marcado un hito significativo. Esta sentencia establece que el uso del emoji “👍” es un elemento de confirmación contractual, por lo que su uso conlleva a la aceptación de una propuesta de contrato recibida a través de mensaje de texto.

Esta transformación en la interpretación de contratos, impulsada por la evolución tecnológica, plantea cuestiones fundamentales sobre la voluntad de las partes involucradas y la validez de los acuerdos en un entorno digital. En este artículo, se analiza en detalle la disputa contractual entre *South West Terminal* (el comprador) y *Achter Land & Cattle* (el vendedor), el mismo que se originó a raíz de una conversación telefónica preliminar entre ambas partes, durante la cual el vendedor encargó al comprador la elaboración del contrato con los detalles previamente acordados por teléfono. Posteriormente, el comprador envió un mensaje de texto con una fotografía del contrato, y el vendedor respondió con un emoji "👍". La disputa se centra en la interpretación de esta respuesta: para el vendedor, era simplemente una confirmación de la recepción del mensaje, mientras que, para el comprador, constituía una aceptación válida del contrato. De esta forma, se aborda una sentencia que ha revolucionado los aspectos contractuales tradicionales, adaptándose a la nueva realidad en la sociedad.

1. Los contratos y sus modos de aceptación

El contrato es una figura que se ha desarrollado a lo largo de la historia, adecuándose al surgimiento de distintas necesidades enmarcadas dentro de una sociedad en constante evolución.

El artículo 1351 del Código Civil peruano establece lineamientos generales que rigen la figura del contrato, definiéndola como aquel acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial. Siguiendo la perspicaz observación que hace De la Puente (2017), es importante destacar que un contrato implica un acuerdo de voluntades entre las partes involucradas, cuya exteriorización debe realizarse mediante la declaración.

El rol que juega la voluntad es determinante en la celebración del contrato, ya que este nace de la voluntad, de tal manera que las obligaciones y derechos producto de aquel corresponde a lo que realmente quiso cada uno de los contratantes. (Larroumet, 1990)

Siguiendo a Torres (2018), la voluntad jurídica se despliega en voluntad interna y voluntad declarada. La formación de la voluntad interna requiere de la concurrencia del discernimiento, la intención y la libertad. Con esto el sujeto tendrá voluntad, pero nadie sabrá

que existe. Para producir efectos jurídicos y así tener importancia en el mundo del Derecho, esta voluntad debe exteriorizarse mediante declaraciones y comportamientos, determinando así su existencia y la posibilidad de identificarla.

Siendo pues, la voluntad un elemento indispensable para el acto jurídico, se hace la precisión que, el contrato al ser un acto plurisubjetivo, esto es, la unión de voluntades de los contratantes en los términos de un supuesto jurídico, la voluntad toma el nombre de consentimiento. (Zamora, 2012)

En este contexto, el artículo 1352 del Código Civil establece que los contratos se perfeccionan mediante el consentimiento de las partes contratantes. Para comprender a cabalidad el perfeccionamiento del contrato, es fundamental entender un hecho previo a este, la conclusión del contrato (celebración del contrato). Este ocurre cuando las declaraciones de voluntad se unen para formar una declaración conjunta de voluntad común contenida en la oferta, y dicha voluntad es conocida por el oferente. El perfeccionamiento del contrato ocurre cuando el contrato, una vez concluido, comienza a surtir efecto.

El perfeccionamiento de un contrato requiere la presencia de una oferta y una aceptación. Si bien el oferente tiene como objetivo celebrar el contrato, su fin se ve frustrado si su oferta no es aceptada. Tal aceptación es un “acto unilateral con el cual el destinatario manifiesta su voluntad negocial de celebrar el contrato” (Roppo, 2009, p. 118). De ahí, que con la comunicación de su aceptación el destinatario queda obligado a los términos del contrato.

Dicho esto, cabe preguntar ¿cómo se manifiesta la aceptación? La aceptación al tratarse de una manifestación de la voluntad, podrá manifestarse de manera expresa y tácita. Bajo ese mismo razonamiento, De la Puente (2017) señala que, a diferencia de la oferta, que debe ser manifestada de forma expresa, la aceptación puede ser manifestada indistintamente de manera expresa o tácita, aunque normalmente la expresión de la aceptación está constituida por un simple “sí”.

En esta línea de ideas, la firma manuscrita se presenta como la herramienta habitual para expresar el consentimiento dentro de una relación contractual. Según refiere Castillo (2004), la firma cumple con una función declarativa, siendo esta el trazo peculiar consignado habitualmente por el sujeto, permitiendo su identificación y su conformidad sobre el contrato.

Evidentemente, la importancia de la firma manuscrita reside en la seguridad que otorga a los actos dentro del tráfico jurídico, toda vez que, posibilita individualizar y comprobar la identidad del firmante, como también pone en evidencia su conformidad con el contenido del contrato. A pesar de la efectividad de la que goza la firma manuscrita, nos encontramos en una realidad digitalizada, donde la modernidad se ha convertido en una necesidad para la vida cotidiana. Ante estos cambios la forma de confirmar los contratos ha tenido que contextualizarse con este nuevo escenario, dando como resultado el auge de las firmas electrónicas como forma de expresar el consentimiento dentro de una relación contractual, las cuales otorgan mayor facilidad para que dos o más sujetos realicen acuerdos a distancia,

utilizando dispositivos, equipos u otro medio tecnológico para manifestar su conformidad mediante las redes de comunicación.

El Perú no ha sido ajeno a esta transformación digital, por lo que ya regula el uso de firmas electrónicas y digitales. En ese sentido, en el artículo 6 de la Ley de Títulos Valores (Ley N°27287), permite la utilización de firmas electrónicas y digitales en la emisión, aceptación, garantía o transferencia de títulos valores. Las firmas electrónicas, también conocidas como firmas "escaneadas" o "digitalizadas", se distinguen en que las primeras requieren una firma manuscrita en un documento que luego se escanea y se incorpora a un procesador de texto. Por otro lado, las firmas digitales emplean un sistema de criptografía, estas tienen una aplicación en ambientes cerrados como la red local de una empresa o un sistema bancario. (Beaumont y Castellares, 2021)

Por otra parte, la Ley N°27269 define la firma electrónica como cualquier símbolo basado en medios electrónicos que una parte utiliza para expresar su intención de vincularse o autenticar un documento, cumpliendo algunas o todas las funciones características de una firma manuscrita. Esta ley concede a la firma electrónica la misma validez y eficacia legal que una firma manuscrita u otra forma análoga de expresar la voluntad.

La influencia predominante de la tecnología en la sociedad ha impactado en el mundo contractual, generando nuevas formas de confirmación de los contratos y, con ello, el surgimiento de nuevas perspectivas en cuanto su tratamiento en el mundo jurídico.

En este contexto, en el mes de junio, el *King's Bench for Saskatchewan* emitió una sentencia que atrajo la atención en todo el mundo, al reconocer el uso del emoji "👍" como una forma válida de aceptar una propuesta de contrato recibida a través de un mensaje de texto. Por lo tanto, es sumamente relevante analizar en detalle esta decisión.

2. Análisis y comentarios a la Sentencia 2023 SKKB 116

La sentencia a analizar es la *South West Terminal Ltd. v Achter Land* del 08 de junio del 2023 por el juez canadiense Timothy Keene, contenida en el expediente QBG-SC-00046-2022. En esta sentencia, se analiza la validez de un contrato celebrado entre las partes *South West Terminal* y *Achter Land & Cattle*. El principal punto de controversia se centra en determinar si la respuesta mediante el emoji "👍" puede interpretarse como confirmación del contrato. Además, se examinan la claridad de los términos contractuales y los requisitos establecidos por la *The Sale of Goods Act*.

Los contratos que aborda esta sentencia se dividen en dos categorías:

- El *deferred delivery purchase contract*, también conocido por sus siglas DDC, es uno de los tipos de contratos más populares entre los agricultores en Canadá, este consiste en que una de las partes (el productor), se compromete a suministrar un determinado producto en la fecha, precio y lugar determinado en el contrato. (Agri-news, 2012)

- Y el *production contract*, en este tipo de contrato, el comprador adquiere un cultivo en concreto, por lo que es usual que existan cláusulas por *Acto of god*, esto es, por fuerza mayor, en las trasladan todo el riesgo del contrato al comprador, este tipo de contratos son pocos frecuentes en el sector. (Apartado 3)

El contrato alegado por el demandante corresponde a un *deferred delivery purchase contract*, es decir, un contrato en el cual el comprador se compromete a adquirir una cantidad específica de grano a un precio acordado con el vendedor en un momento determinado. En este tipo de contratos, el comprador no adquiere una cosecha concreta, sino simplemente la compra de una cantidad específica de grano a un precio previamente establecido con el vendedor en una fecha concreta.

2.1. Antecedentes relevantes

La demanda se origina a raíz de una solicitud de juicio sumario presentada por el demandante, South Wet Terminal (en adelante, SWT), con el propósito que se dicte sentencia contra el demandado Achter Land & Cattle (en adelante, Achter).

El demandante alega que ambas partes celebraron un *deferred delivery purchase contract* el 26 de marzo del 2021, en el que SWT acordó comprar y Achter en entregar 87 toneladas métricas de lino, por un precio de \$ 669,23 dólares por tonelada, con la fecha de entrega estipulada entre el 01 y el 30 de noviembre de 2021. Sin embargo, Achter no cumplió con la entrega del lino, por lo que SWT demanda el cumplimiento del contrato, más daños y perjuicios por el valor de \$ 82,200.21 dólares, además de los intereses legales y los costos procesales.

En su respuesta, Achter niega haber celebrado dicho contrato, invocando la defensa legal prevista en el artículo 6 de la *The Sale of Goods Act* (la Ley de Venta de Bienes), alegando que el contrato no puede ser ejecutable, toda vez que no existía una nota o memorándum del contrato que hayan sido realizadas o firmadas por las partes.

La cuestión central de esta demanda gira en torno al derecho contractual y la aplicación de la *The Sale of Goods Act*. Sin embargo, lo que hace que este caso sea singular es “👍” y lo que este significaba en el contexto específico de la demanda.

2.2. Desarrollo de los hechos

Los protagonistas de este caso son *South West Terminal*, una empresa de cereales e insumos agrícolas, y *Achter Land & Cattle*, una empresa agrícola con Chris Achter como su propietario y representante legal. El 26 de marzo del 2021, Kent Mickleborough, representante de marketing agrícola de SWT, quien desempeña el papel de comprador de grano para esta empresa, envió un mensaje de texto a productores, entre ellos Chris Achter y a su padre Bob Achter, el cual fue el siguiente: “All Divisions - - Kent Mickleborough – Flax Prices: Flax 1Can

(max 6% dockage) \$22.50/bu Apr. \$17.00 Oct/Nov/Dec del” (Exposición acordada de los hechos N°05)

Después de recibir este mensaje, el Sr. Mickleborough habló con Bob Achter y, posteriormente, con Chris Achter por teléfono. Después de la conversación telefónica con Chris Achter, el Sr. Mickleborough redactó un contrato en el que Achter se comprometía a vender 86 toneladas métricas de lino a SWT por \$17 dólares por *bushel*¹ (equivalente a \$669.29 dólares por tonelada), con fecha de entrega en noviembre. El Sr. Mickleborough firmó el contrato y tomó una fotografía con su teléfono móvil. Luego, envió la foto del contrato junto con el mensaje "*Please confirm flax contract*" (por favor, confirme el contrato de lino) al teléfono de Chris Achter, quien respondió con un emoji de "pulgar hacia arriba" desde su teléfono. Sin embargo, Achter no entregó las 87 toneladas métricas de lino a SWT en noviembre de 2021.

Como dato importante, ha de manifestarse que, el precio al contado al que cotizada el lino el 30 de noviembre del 2021, era de \$ 41,00 dólares por *bushel* (lo que equivale a \$ 1,614.09 dólares por tonelada).

2.3. *Cuestiones controvertidas*

2.3.1. **Encuentro de voluntades**

Las partes discrepan en cuanto si se produjo un acuerdo o encuentro de voluntades que constituyera la base de una obligación contractual, este encuentro de voluntades se perfecciona cuando existe una oferta presentada por una de las partes que es aceptada por la otra con la intención de crear una relación legal y respaldada por una contraprestación.

En este contexto, el consentimiento toma protagonismo en el asunto, toda vez que este es uno de los elementos *sine qua non* en la perfección de los contratos, ello asegura la manifestación de voluntad de ambas partes, evitándose de este modo vicios que alteren el acto jurídico. Sin embargo, las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) han cambiado cómo se manifiesta este acuerdo, eliminando la necesidad de encuentros físicos, desmaterializando el medio de transmisión con el que se solían dar el consentimiento las partes. A pesar de las dudas iniciales sobre la validez del consentimiento electrónico en contratos digitales debido a su carácter no tangible y lenguaje no perceptible, es crucial en la economía globalizada actual. (Lee et al., 2022)

Según Rincón (2006), la validez del consentimiento en materia de contratación electrónica está condicionada a la capacidad de las partes. En el contexto de los negocios electrónicos, esto plantea desafíos considerables, ya que dichas partes nunca interactúan físicamente. En tales situaciones, la responsabilidad de tomar precauciones recae en el proveedor de productos o servicios que operan en línea. Además, es esencial que el objeto y causa del contrato sean lícitos y posibles.

¹ Bushel: Unidad de medida que se emplea para cuantificar productos sólidos como granos, harinas y otros materiales.

El Tribunal evaluó este punto controvertido tomando como referencia el caso (*Ethiopian Orthodox Tewahedo Church of Canada St. Mary Cathedral v Aga, 2021 SCC 22 at para 35, 459 DLR (4th) 425 [Aga]*), el cual establece como jurisprudencia analizar la intención de contratar, bajo la teoría objetiva de la formación de contrato, estableciendo los siguientes presupuestos:

1. La conducta razonable de ambas partes en sus respectivas posiciones. (*Aga, apartado 35*)
2. La prueba de la existencia de un contrato con efectos legales se produce cuando las partes han manifestado al mundo exterior su intención de contratar y los términos del contrato. (*Aga, apartado 36*)
3. No es suficiente que las partes tengan en mente o subjetivamente la voluntad de contratar; es necesario evaluar si la conducta de las partes fue tal que llevaría a la conclusión de que tenían la intención de obligarse. (*Aga, apartado 37*)
4. Al examinar el encuentro de voluntades, los tribunales no solo se limitan a analizar el acuerdo en sí, sino que también pueden considerar las circunstancias que lo rodean. (*Aga, apartado 37*)
5. La naturaleza y la relación de las partes, así como los intereses en juego, ayudan a determinar la intención de crear una relación contractual legal. (*Aga, apartado 38*)

Para analizar el caso en concreto bajo la teoría objetiva de la formación de contrato, es necesario destacar la relación comercial preexistente entre el Sr. Kent Mickleborough y Chris Achter, que se remonta al menos al año 2015, cuando el Sr. Mickleborough asumió el papel de comprador de granos para la empresa SWT. Hasta la fecha de la demanda habría elaborado entre 15 a 20 contratos con Achter. (*Apartado 19*)

Tras el inicio de la pandemia de Covid-19, el equipo de ventas de SWT dejó de realizar reuniones en persona con los productores, lo que llevó a que la mayoría de los contratos se negociaran a través de correos electrónicos o mensajes de texto. En este contexto, el Sr. Mickleborough y Chris Achter solían mantener conversaciones telefónicas para acordar el precio y el volumen del grano, y al concluir la negociación, Chris solicitaba al Sr. Mickleborough que redactara el contrato y se lo enviara. El Sr. Mickleborough, una vez redactado el contrato, lo firmaba, tomaba una fotografía y lo enviaba a Chris, acompañado de un mensaje que decía "*Please confirm terms of the contract*" (Por favor, confirme los términos del contrato) u otro mensaje similar. Chris Achter respondía con expresiones cortas como "Looks good" (Se ve bien), "Ok" (De acuerdo) o "Yup" (Sí). (*Apartado 19*)

Estas respuestas cortas de Chris Achter fueron analizadas como una usual manera de confirmar el contrato y no solo como unas palabras de confirmación de haber recibido el mensaje. De forma que, a todas luces Chris Achter, al responder en múltiples ocasiones con esta serie de palabras cortas, manifiesta un patrón indiscutible de celebración de contratos

válidos, ya que los contratos fueron entregados y cobrados conforme los términos que configuraban tales contratos elaborados por el Sr. Mickleborough. (Apartado 20)

A continuación, un ejemplo de esta peculiar forma de constituir un contrato a través de mensajes de texto:

- Sr. Mickleborough: (Imagen que contiene el contrato con los términos acordados en una llamada previa con Chris Achter, junto con su firma). Por favor, confirme las condiciones del contrato de trigo.
- Chris Achter: De acuerdo

Este ejemplo real corresponde a un contrato de venta de 336 toneladas de trigo a un precio de \$ 349.07 por tonelada, con un período de entrega del 1 de julio al 15 de agosto de 2021. Chris Achter cumplió con este acuerdo, a pesar de que el precio del trigo había aumentado en el mercado durante el período de entrega. Esto demuestra que, al responder con "Looks good," "Ok," o "Yup," Chris Achter no se refería solo a la recepción del mensaje, sino que confirmaba el contrato (Apartado 23).

El tribunal, basándose en el patrón de confirmación de contratos de Chris Achter, consideró que guardaba una estrecha relación con los hechos en cuestión. En el contrato bajo análisis, el Sr. Mickleborough le pidió a Chris Achter que confirmara el contrato de lino, a lo que Chris Achter respondió esta vez con un emoji de "pulgar hacia arriba".

Sin embargo, la versión de Chris Achter respecto al emoji "👍" difiere de la establecida por el tribunal. Chris argumenta que utilizó el emoji solo para confirmar la recepción del contrato y no como una confirmación de que estaba de acuerdo con los términos del contrato. Esto se debió en parte a que el contrato enviado no contenía los términos y condiciones completos, por lo que entendió que el Sr. Mickleborough le enviaría el contrato completo por fax o correo electrónico. (Apartado 27)

En este punto, Chris Achter no acepta la interpretación de SWT de que el emoji "👍" significaba la confirmación del contrato, lleva a un análisis del significado de este emoji. El tribunal se basó en la definición proporcionada por Dictionary.com (2018), estableciendo que el emoji se usa para expresar asentimiento, aprobación o ánimo en las comunicaciones digitales; y así lo ha entendido también el juez. (Apartado 32 y 33)

Teniendo en cuenta las pruebas presentadas por ambas partes, el tribunal se inclinó por la argumentación de Kent Mickleborough. Esto se debió a que las circunstancias que precedieron a la conversación, incluyendo las numerosas negociaciones contractuales que se materializaron en contratos previos, respaldaban la posición del Sr. Mickleborough. En consecuencia, el tribunal interpretó el emoji de "pulgar hacia arriba" como una aprobación del contrato de lino, y no como una mera confirmación de recepción del contrato y que iba a pensárselo, llegando a la conclusión de que las partes habían alcanzado un acuerdo válido, al igual que habían hecho en numerosas ocasiones (Apartado 36).

A este punto debemos hacer la precisión que, en los contratos electrónicos, el consentimiento involucra dos acciones trascendentales al momento de definir un acuerdo de voluntades: (1) la oferta, donde el que ofrece presenta una propuesta precisa y clara; y, (2) la aceptación, donde el receptor muestra su acuerdo con la oferta. Sin embargo, el avance tecnológico y la globalización han impactado este proceso, especialmente en el acto de aceptación, en el mercado de los *e-commerce*, en Colombia se ha permitido que no solo presenten manifestaciones de voluntad expresas, tales como el uso de correo electrónico, manifestaciones verbales y los denominados *Click Wrap Agreement*², sino también tácitas como la modalidad *Browse Wrap Agreement*³ o *Shrink Wrap Agreement*⁴, lo que genera una práctica que no es ajustada a las normas civiles. De esta forma, se pone en manifiesto las distintas formas de manifestar la aceptación de un contrato, trascendiendo la limitación de solo hacerlo de manera expresa y tradicional, adaptándose a las nuevas realidades. (Lee et al., 2022)

En el caso en concreto, a pesar que las normas civiles no regulan a los emojis como una forma válida de contratar, el hecho de que Chris Achter respondiera con un emoji de "pulgar hacia arriba" al contrato, el tribunal consideró a esta respuesta como una manifestación expresa que indicaba su intención de contratar, específicamente como “*an action in electronic form*” (una acción en formato electrónico), el mismo que puede usarse para permitir la aceptación expresa contemplada en el artículo 18 de la *The Electronic Information and Documents Act*, 2000 (Ley de Información y Documentos Electrónicos), ello debido a un análisis en las circunstancias que rodearon el contrato, tal como se manifestó, la forma de contratar entre las partes era peculiar, ya que el vendedor los confirmaba mediante expresiones como “*Looks good*”, “*Ok*” o “*Yup*”, por lo que se consideró el uso del emoji de "pulgar hacia arriba" como una forma más de mostrar el consentimiento del contrato. De forma que, el juez consideró que las partes celebraron un contrato legal vinculante. (Apartado 37)

En relación a las condiciones para dar consentimiento en un contrato sostenido por el maestro colombiano Rincón (2006), la condición de capacidad de las partes, no sería un problema, debido a que las partes previamente habrían contratado de manera presencial, no advirtiéndose alguna inconveniencia al respecto, todo lo contrario, estos se han desarrollado sin problemas en más de una ocasión. En lo que respecta a la causa del contrato, esta involucra un intercambio legítimo y válido: el lino a cambio de dinero. Por último, el objeto del contrato, que consiste en las 87 toneladas de lino acordadas para su compra, es claramente lícito.

2.3.2. Certeza en los términos

² Click wrap agreement: es una modalidad de manifestación de la voluntad y perfección contractual; en la que se expresa una acción de aceptación, determinada por el hecho de hacer “click” en un botón dispuesto para confirmar que se asienten los términos y condiciones.

³ Browse wrap agreement: es una modalidad de manifestación de la voluntad que se expresa mediante la simple navegación en un sitio web determinado, considerando con esto la perfección de los contratos.

⁴ Shrink wrap agreement: es una modalidad de manifestación del consentimiento presunta, donde el productor de bienes y servicios utiliza el bien ofrecido para establecer términos y condiciones de uso sin que medie aceptación expresa del consumidor.

La defensa de Chris Achter alega que el contrato es nulo debido a la falta de certeza en los términos. Señala que el Sr. Kent Mickleborough no envió a Chrus Achter por SMS la fotografía de las “Condiciones generales”, y que no especificó la fecha de entrega, ya que solo se mencionaba que sería en noviembre. (Apartado 43 y 45)

Los términos de un contrato determinan los derechos y obligaciones de los contratantes, razón por la cual su redacción debe responder a la intención conjunta de las partes contratantes; de lo contrario, se dará espacio a malos entendidos y fallos en la ejecución contractual.

Bajo esa línea de pensamiento, se entiende la defensa del demandado, ya que, si bien la confirmación de un contrato obliga al firmante a contraer obligaciones bajo los términos y condiciones del documento contractual, independientemente de si este lo ha leído, cuando se presentan términos inciertos o incompletos en el contrato, las partes no puedan llegar a un acuerdo, pues este requiere de la determinación de cuestiones claves. Sin embargo, un contrato caído en incertidumbre puede encontrar la solución en una interpretación razonable de un tribunal. (Zar, 2007)

Sobre este aspecto, el juez abordó esta cuestión controvertida basándose en lo previsto por el juez Mitchell, en 101034761 *Saskatchewan Ltd. v Mossing*, 2022 SKQB 193 [Mossing], debiendo interpretar los tribunales tomando en cuenta lo siguiente:

1. El contexto de las circunstancias circundantes conocidas por las partes al momento del contrato. (Mossing, apartado 107)
2. Las circunstancias circundantes o la matriz fáctica que incluyen los hechos que las partes conocían o podían razonablemente conocer cuando celebraron el acuerdo escrito, no debiéndose incluir pruebas sobre las intenciones subjetivas de las partes (Mossing, apartado 107)
3. La intención de las partes de celebrar un contrato y si los términos esenciales del contrato pueden determinarse con certeza razonable desde la perspectiva de un observador objetivo que conoce todos los hechos materiales. (Mossing, apartado 110)

Tomando en cuenta la matriz fáctica, las partes mantenían una larga relación comercial, habiendo celebrado numerosos *deferred delivery purchase contracts*, en el que los términos y condiciones se establecieron repetidamente en estos. Si bien es cierto, Chris argumenta que él en realidad quería celebrar un *production contract* (contrato de producción), ello no se lo dijo a Mickleborough. De forma que un espectador razonable y objetivo, conocedor de toda la historia contractual anterior, creería que estaba celebrando el mismo contrato, esto es, un *deferred delivery purchase contracts*, con los mismos términos y condiciones que nunca habían cambiado. Por lo tanto, la omisión de enviar el contrato completo no invalida el contrato debido a la falta de certeza. (Apartado 48)

A pesar de las implicancias que representa la incertidumbre de términos para la relación contractual, en el caso concreto ambas partes presentan un historial contractual, específicamente, la celebración de más de veinte contratos; en consecuencia, el rumbo del caso

toma otro sentido. En la situación de que dos partes realicen negocios regularmente bajo determinados términos, será razonable que en transacciones futuras las partes quieran obligarse bajo los mismos términos que contratos anteriores. (Zar, 2007)

Con respecto a la fecha de entrega, el demandado argumenta que la fecha “Nov” es demasiada vaga, razón por la cual el tribunal consideró que, dado el contexto de contratos anteriores y las discusiones de negociación, la entrega estaba claramente prevista para noviembre de 2021, eliminando cualquier incertidumbre al respecto. (Apartado 50)

De forma que el contrato en cuestión, no tendría términos inciertos, así como tampoco le hace falta ningún término esencial o no es posible determinarlo, ya que las partes, la propiedad y el precio estaban muy claros.

2.3.3. Requisitos de la The Sale of Goods Act (SGA)

Tal como se manifestó previamente, el demandado argumenta que no se cumplen los requisitos que establece la *The Sale of Goods Act*. Esta ley establece las condiciones necesarias para que un contrato pueda ser ejecutable. En su artículo 6, la SGA especifica que un contrato de venta de bienes sólo puede ser objeto de ejecución por acción cuando este se ha pactado por un valor mínimo de \$50 dólares y se encuentre en una de las siguientes situaciones:

- El comprador acepta parte de los bienes vendidos y los recibe efectivamente.
- El comprador proporciona una garantía o un pago parcial para comprometer el contrato.
- Se elabora una nota o un memorándum por escrito del contrato, firmado a la parte que se imputa o por su agente a tal efecto.

El caso en concreto se encontraría en esta tercera situación, toda vez que el demandado alega la inexistencia de una nota o memorándum que se haya realizado entre las partes involucradas. Al respecto, el juez examinó el mensaje emitido por el demandante -en el que hace el uso del emoji "👍"-, junto con la definición de “firma electrónica”.

De esta forma, el Tribunal recurre a la definición establecida por “*The EIDA states*”, la misma que describe a la “firma electrónica” como aquella información en formato electrónico creada o adoptada por una persona para firmar un documento y que está presente, adjunta o asociada al mismo. (Apartado 55)

Anudado a ello, el juez presenta una serie de casos en los que distintos jueces han interpretado de una manera amplia las firmas electrónicas. (Apartados 57 – 59)

1. El juez Layh en 2017 en el caso *I.D.H. Diamonds NU v Embee Diamond Technology Inc.*, argumentó que, incluso en ausencia de legislación específica que permita las firmas electrónicas, los tribunales las han considerado válidas en virtud de principios consuetudinarios. En el derecho consuetudinario, se han aceptado diversas formas de firmas, como cruces, iniciales, seudónimos, nombres impresos y sellos.

2. Casos como *Embee at paras*, *Buckmeyer Estate Re y Love v Love*, en los que el derecho común ha establecido que los correos electrónicos son suficientes para constituir por escrito y firmado los requisitos.
3. El juez Scherman en 2017 en el caso *Quilichini v Wilson's Greenhouse*, consideró que al hacer clic en el ícono "I agree icon" (Acepto), ello constituía una firma electrónica en un documento. El tribunal decidió que, hacer clic en el ícono acepto, ello significaba que el cliente estaba aceptando los términos contractuales que se le presentaba.

Bajo estas interpretaciones que respalda el uso del correo electrónico y las firmas electrónicas para identificar al firmante y expresar la aprobación del contenido del documento, el tribunal consideró que el contrato de lino cumplía con los requisitos de estar por escrito y estar firmado por ambas partes. Aunque el uso del emoji "👍" por parte de Chris no era convencional, en las circunstancias del caso, se interpretó como una firma, cumpliéndose los dos propósitos de una firma: identificar al firmante (Chris utilizando su número único de teléfono móvil) y aceptar el contrato de lino por parte de Achter. (Apartados 60-63)

2.4. Parte resolutive

El juez Timothy Keene concedió la solicitud de juicio sumario presentada por el demandante, reconociendo la existencia de un contrato válido entre las partes, el cual el demandado incumplió al no entregar el lino. Se determinan daños y perjuicios por un total de \$ 82,200.21 dólares, además de los intereses y costos correspondientes.

3. Limitaciones Interpretativas

El juez Timothy Keene al analizar el emoji "👍", sostiene que significa un asentimiento o aprobación, sin embargo, ¿ello es suficiente para que este asentimiento pueda servir como cierre del procedimiento contractual? Para solucionar este problema, el juez canadiense no solo consideró el significado del emoji "👍", sino también el contexto en el que se cerraban los contratos, deduciendo que tal símbolo equivalía a una aceptación plena.

Tal situación también es advertida por Benedetti (2023), el cual sostiene que el uso de emoji no es digno de usarse en los contratos formales, ya que el uso de emojis como forma de asentimiento contractual, carece de certeza para poder ser considerada como una firma real; así como tampoco se podrá utilizar en aquellos contratos que la ley exige una forma escrita. Para este profesor italiano, el emoji "👍" entra en una categoría de "declaraciones expresas", el cual podrá ser usado en aquellos contratos que la ley no exige una forma específica, ya que en este tipo de contratos la forma en que sea emitida la propuesta, así como la aceptación, se confía a una libre valoración de las declaraciones o comportamientos, los cuales deberán ser constatados por el tribunal de mérito.

De forma que, hay una limitación interpretativa respecto al uso del emoji "👍" para que esta sea considerada como una forma válida de aceptación contractual, debiéndose examinar el

contexto en el que se utiliza. El contenido de este emoji representa una expresión de asentimiento general sin detalles específicos. Por lo tanto, debemos evaluar si el emoji se envió después de recibir un texto que contenía una propuesta o un contrato previamente concluido. En ese caso, se puede considerar como una aceptación plena, a menos que el destinatario demuestre que su respuesta fue simplemente una confirmación de haber recibido el mensaje.

En un análisis perspicaz realizado por Benedetti (2023), advierte un problema relacionado con el principio de buena fe en la formación de contratos. El profesor italiano argumenta que cuando una de las partes confía en el significado de forma inequívoca de un enunciado específico (aunque este sea expresado por símbolos, como el emoji "👍"), esta confianza representa una expresión de buena fe. De acuerdo con el artículo 1337 del Código Civil italiano, esto implica que el riesgo de malentendido debe recaer en la parte que utiliza un símbolo o lenguaje particular sin justificación, en lugar de recaer en la parte que confía en su significado inequívoco. Por lo tanto, es necesario prestar especial atención en el uso de símbolos utilizados en las comunicaciones de contenido contractual, ya que la rapidez del medio y la extrema concisión del lenguaje empleado pueden dar lugar a malentendidos y distorsionar las intenciones de quienes lo utilizan.

4. Reflexiones Finales

Siguiendo a Celis (2022), las normas que rigen la interpretación de los contratos han experimentado grandes cambios debido a las transformaciones ocasionadas por las TIC en la naturaleza de los contratos. Las nuevas tecnologías han influido en cómo las personas negocian, modifican y finalizan acuerdos contractuales. La introducción de contratos de adhesión y contratos electrónicos, entre otros, ha tenido un impacto en la manera en que se define el contenido de los contratos. La noción de interpretación contractual en documentos legales no es estática y a menudo incluye reglas que no están codificadas, pero son ampliamente aceptadas en la comunidad legal.

La sentencia analizada, el juez Timothy Keene resolvió el problema interpretando no solo reglas explícitas, sino que se esté fue más allá de la positividad de la ley, apoyándose de jurisprudencia que ya ha desarrollado múltiples reglas para abordar estas nuevas tendencias, y tal como manifestó en el Apartado 40:

(...) this Court cannot (nor should it) attempt to stem the tide of technology and common usage – this appears to be the new reality in Canadian society and courts will have to be ready to meet the new challenges that may arise from the use of emojis and the like⁵.

⁵ Traducción: (...) este tribunal no puede (ni debe) tratar de detener la marea de la tecnología y el uso común – esta parece ser la nueva realidad en la sociedad de Canadá y los tribunales tendrán que estar preparados para hacer frente a los nuevos retos que puedan surgir de la utilización de emojis y similares.

CONCLUSIONES

El caso de disputa contractual entre South West Terminal y Achter Land & Cattle destaca la importancia de analizar de forma no tradicional la confirmación de los contratos, reduciéndonos a la firma manuscrita o las firmas electrónicas usuales.

El tribunal consideró que, en ciertas circunstancias, un emoji puede ser interpretado como una confirmación válida de un contrato, siempre y cuando exista un contexto claro y consistente que respalde esta interpretación.

La falta de palabras explícitas no necesariamente invalida un contrato, ya que el contexto y el patrón de comportamiento pueden ser considerados para determinar la manifestación de voluntad de las partes involucradas.

El caso en concreto sienta un precedente en la interpretación de las comunicaciones digitales en el ámbito contractual, reconociendo que los emojis y las respuestas breves pueden ser considerados como formas válidas de expresar consentimiento y confirmación en la era digital. Sin embargo, es importante precisar que esta forma de aceptación contractual, será posible en aquellos contratos en los que la ley no exija una forma específica y frente a escenarios como los analizados.

REFERENCIAS

- Agri-news. (5 de octubre de 2012). *Considerations when signing a deferred delivery contract - Alberta Farmer Express*. <https://www.albertafarmexpress.ca/news/considerations-when-signing-a-deferred-delivery-contract/>
- Beaumont, R., & Castellares, R. (2021). *Comentarios a la Ley de Títulos Valores* (Cuarta). Gaceta Jurídica.
- Benedetti, A. (2023). L'emoji (👍) vale accettazione? En *Pactum. Rivista di diritto dei contratti* (Vol. 3).
- Castillo Freyre, M. (2004). La firma en los actos jurídicos. *Ius et Praxis*, 035, 53–63. <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2004.n035.3680>
- Celis, D. (2022). La naturaleza de las reglas para la interpretación de los contratos. Análisis sobre su alcance conceptual en la atribución de significado a cláusulas contractuales. *Revista de Derecho Privado*, 44, 117–141. <https://doi.org/10.18601/01234366.44.05>
- De la Puente, M. (2017). *El contrato en general: Vol. Tomo 1*. Palestra.
- Dictionary.com. (2018, marzo 7). *Thumbs Up emoji*. <https://www.dictionary.com/e/emoji/thumbs-up-emoji/>
- Larroumet, C. (1990). *Teoría General del Contrato* (2a ed., Vol. 1). Temis.
- Lee, O., Figueredo, E., & Vega, L. (2022). Perfección del consentimiento electrónico en los contratos e-commerce B2C en Colombia. *Misión Jurídica*, 15(23), 201–220. <https://doi.org/10.25058/1794600X.2140>
- Rincón, E. (2006). *Manual de derecho de comercio electrónico y de internet* (Primera). Centro Editorial Universidad del Rosario. https://books.google.com.pe/books?id=UBTmcWxWsDsC&printsec=frontcover&hl=es&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false
- Roppo, V. (2009). *El Contrato*. Gaceta Jurídica.
- Torres Vásquez, A. (2018). *Acto Jurídico* (6a ed., Vol. 1). Jurista Editores.
- Zamora y Valencia, M. Á. (2012). *Contratos Civiles* (13a ed.). Porrúa.
- Zar, E. (2007). Practical Concepts in Contract Law. *SSRN Electronic Journal*. <https://doi.org/10.2139/ssrn.1016565>

LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL BAJO JUICIO: UNA VISIÓN DE SU CONQUISTA DEL MUNDO Y EL PELIGRO QUE ARRAIGA EN EL DESARROLLO JURÍDICO*

*ARTIFICIAL INTELLIGENCE ON TRIAL: A VIEW OF ITS CONQUEST OF
THE WORLD AND THE DANGER IT POSES TO LEGAL DEVELOPMENT*

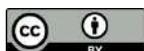
Jhabel Jordano Jara Zavaleta

Universidad Privada Antenor Orrego

jjaraz1@upao.edu.pe

 <https://orcid.org/0009-0001-3543-1260>

Fecha de recepción: 04/11/2023
Fecha de aprobación: 09/03/2024



e-ISSN: 2961-2934

<https://doi.org/10.61542/rjch.52>

Jennifer Catherine Silva Narvaez

Universidad Privada Antenor Orrego

jsilvan2@upao.edu.pe

 <https://orcid.org/0009-0008-3274-6962>

RESUMEN

Cuando de pequeños imaginamos el mundo futuro era ineludible poder escapar de la contemplación de máquinas que realizaban labores humanas, programadas arduamente para corresponder servicialmente al hombre. Hoy no tenemos la necesidad de abordar realidades lejanas para acercarnos a esa idealización, pues el mundo moderno se ha encargado de sentar las bases de una civilización cada vez más dependientes de la tecnología. Herramientas como la inteligencia artificial se han asomado al mercado global los últimos años y se estima que cada vez se acercan más a los campos del conocimiento en los que se desempeña la aptitud humana. Este trabajo tiene como objetivo principal reflexionar sobre las condicionantes que van predominando en el uso de la inteligencia artificial aplicada al Derecho y saber hasta qué punto ello puede ser perjudicial para el propio sistema jurídico, el cual responde a una serie de características ligadas al razonamiento humano.

Palabras clave

Disputa contractual, interpretación de emoji, confirmación válida, firmas electrónicas.

*Artículo producto del proyecto de investigación del Semillero de Investigación “Hans Kelsen” de la Universidad Privada Antenor Orrego, Trujillo, Perú.



ABSTRACT

When we imagined the future world as children, it was inevitable to escape from the contemplation of machines that performed human tasks, arduously programmed to be of service to man. Today we do not need to approach distant realities to get closer to that idealization, because the modern world has laid the foundations of a civilization increasingly dependent on technology. Tools such as artificial intelligence have appeared on the global market in recent years and it is estimated that they are getting closer and closer to the fields of knowledge in which human aptitude performs. The main purpose of this paper is to reflect on the conditioning factors that prevail in the use of artificial intelligence applied to law and to know to what extent this may be detrimental to the legal system itself, which responds to a series of characteristics linked to human reasoning.

Keywords

Artificial Intelligence, reasoning, juridical system, bias.

RÉSUMÉ

Lorsque nous imaginions le monde futur étant enfants, il était inévitable de ne pas échapper à la contemplation de machines effectuant des tâches humaines, ardemment programmées pour servir l'homme. Aujourd'hui, nous n'avons plus besoin d'approcher des réalités lointaines pour nous rapprocher de cette idéalisation, car le monde moderne a posé les fondations d'une civilisation de plus en plus dépendante de la technologie. Des outils tels que l'intelligence artificielle sont apparus sur le marché mondial ces dernières années et l'on estime qu'ils se rapprochent de plus en plus des domaines de connaissance dans lesquels l'aptitude humaine s'exerce. Le principal objectif de cet article est de réfléchir aux facteurs conditionnants qui prévalent dans l'utilisation de l'intelligence artificielle appliquée au droit et de savoir dans quelle mesure cela peut être préjudiciable au système juridique lui-même, qui répond à une série de caractéristiques liées au raisonnement humain.

Mots-clés

Intelligence artificielle, raisonnement, système juridique, biais.

INTRODUCCIÓN

La visión humana siempre ha apuntado al futuro, el propio instinto del hombre por desear anticiparse al devenir de las circunstancias ha sido el motor primario de la civilización, civilización que se ha expuesto a los cambios constantes y la sobreestimulación de la modernidad. Sin embargo, el golpe acelerado a los procesos no solo ha influenciado la vida cotidiana y los márgenes de relación interpersonal entre individuos, sino que ha llegado a todas aquellas ciencias y enfoques de estudio que se relacionan intrínsecamente a las necesidades humanas.

Ciencias como el Derecho la cual ha evolucionado plenamente ligada al hombre. no solo en el sentido de cómo se aplica, sino en los valores y sistemas que dependen intrínsecamente a las demandas de las relaciones humanas.

El producto de la hiper aceleración de procesos tecnológicos ha originado la creación de múltiples herramientas informáticas que tienden a la finalidad de facilitar la vida humana en múltiples campos de desarrollo, a la vez que genera certidumbre en los resultados de sus procedimientos. La herramienta que orienta el enfoque del presente trabajo se trata de la inteligencia artificial, cuya funcionalidad cada vez abarca más el campo de acción del hombre, extendiéndose a distintas áreas como la salud, educación, política y economía.

Autores como Pascual Martínez (2023), señalan que es correcto decir que la inteligencia artificial (en adelante IA) al ser un medio idóneo y eficaz para almacenar datos y resolver problemas, se hace una herramienta predilecta a la hora de realizar múltiples actividades, sin embargo su capacidad, lejos de significar beneficios facilitadores para la vida, implica enfrentarse a múltiples retos, como son la regulación de datos, la falta de transparencia o las responsabilidades por los daños causados por la misma.

No se debe ir muy lejos a la hora de querer verificar el grado de importancia que le ha dado el mundo a la regulación de la IA, pues países como EE. UU, que, en 2020 a través de la FDA, entendida como la Administración de Alimentos y medicamentos de Estado Unidos, se encargó de la postulación de una guía de desarrollo y verificación sobre el aprendizaje automático de salubridad, pues se pretendía generar certeza y confianza en la toma de decisiones de la IA sobre factores médicos.

El caso canadiense, también materia de observación que en 2019 emite la “Estrategia de Inteligencia Artificial en Canadá”, ambicionando el control ético y prudente del uso de la IA en el ámbito de su soberanía. Similar es el caso de España que inició con su enfoque pro control de la IA medio su plan de “Estrategia Nacional de Inteligencia Artificial” en 2021. Plan que buscaba asegurar la correcta adecuación del uso de la IA en el sistema nacional, a la vez de otorgar las medidas correctas para su control.

Sin duda la IA es una realidad concreta ya vigente en nuestros tiempos y que se aproxima a pasos agigantados al derecho, doctrina que cada día ve más que factible su aplicación para la agilización de resoluciones de casos e incluso un reemplazo perfecto para ciertas labores de

mero trámite, sin embargo, el precio a pagar por apostar a la modernidad podría implicar el sacrificio de las facultades meramente humanas que demanda este campo. (Torres, 2017)

Caso suscitado en EEUU, en el laboratorio de inteligencia artificial de la Universidad de Tecnología de Georgia, cuando el proyecto abocado a la creación de una inteligencia orientada a la realización de negocios y a la aprehensión de conocimiento en materia de técnicas negociativas, comenzó a desarrollar un lenguaje plenamente autónomo difiriendo en lo absoluto a sus programas de origen y que por supuesto, era imposible de descifrar por sus mismos programadores.

Al respecto, Jorge Torres (2017) considera que, si bien eso pudo deberse a una respuesta a nivel macro, coherente con su fin de buscar medios prácticos para concretar sus objetivos, no deja de ser preocupante pues el solo hecho de ir en contra de su programación lleva a deducir el potencial riesgo en que la misma aboque decisiones lejos de sus fines primigenios en el campo legal.

Sin duda, la apuesta por la IA es una muy atractiva, sin embargo, su grado embrionario y su poca comprensión en el campo de la investigación jurídica puede llevarnos a un mundo de incertidumbre llena de azares perjudiciales para la naturaleza humana y el desenvolvimiento del derecho que conocemos, que históricamente estuvo abocado a procesos de resolución de conflictos humanos, llevados por seres humanos.

El objetivo de la presente revisión propuesta, es el de evaluar cómo la IA al conquistar el mundo supone un peligro que se arraiga en el desarrollo jurídico.

1. La Inteligencia artificial: lo bueno en la lupa

La IA representa un excedente de beneficios que se han pretendido formalizar por medio a la creación de sistemas, pues a la recopilación de autores que han ahondado en el tema se suma María Sepúlveda (2022), quien advierte el cómo la IA actualmente se contempla como “tecnología de las tecnologías”, pues ya se observan los resultados en masa de este medio tecnológico al suplir al hombre con un razonamiento similar al natural y quizás superior.

Sin embargo, consideramos la lista de virtudes está omitiendo un hecho significativo y posible, que es reemplazo del razonamiento humano en los campos de estudio ya que sus creadores han dotado a esta de todos los conocimientos de la red y documentales del hombre.

En el campo legal ya se han puesto en marcha los intentos por acelerar el desarrollo de sistematizaciones complejas que faculten labores complejas en favor de la celeridad de procesos. Tal y como menciona Carolina Martínez (2012), el nuevo siglo ha originado la creación de los SEJ'S, también denominados Sistemas Expertos Jurídicos, constituyendo el implemento predilecto a la adecuación de la IA en materia jurídica.

Profundiza en mencionar sus características al señalar el funcionamiento de los SEJ'S como una técnica computacional que provee de resoluciones ante la casuística jurídica, diferenciándose ampliamente de los procedimientos de recuperación documental jurídica, pues

los SEJ'S imitan con cierta eficacia los procesos cognoscitivos del hombre, siendo en este caso abogados y jueces, inclusive son capaces de comprender la aplicación de principios y reglas judiciales.

Abarca (2022) resalta la necesidad de prevención y revisión constante de los sistemas inteligentes y expertos en las áreas de investigación y en los dictámenes de justicia, pues el peligro que ello supone data desde los sesgos que pueden arrastrar las IA, al ser estas específicamente programadas por personas que, en su esencia natural, no son perfectos. Estos sesgos subjetivos, pueden condicionar la imparcialidad de los sistemas inteligentes a la hora de aplicar sus métodos de resolución.

Tal es el caso acontecido con COMPAS, el cual era un sistema inteligente destinado a fines de medición de la reincidencia delictiva de individuos, cuyos resultados terminaron de dar conclusiones alarmantes al tener esta una predilección a señalar a sujetos con ascendencia afroamericana. Motivos como el señalado en el caso llevan al autor a incidir en la necesidad de controlar los principios éticos que rigen la razonabilidad de estas formas de inteligencia, como a su vez motivar a los programadores a seguir una normativa coherente a los mismos.

Complementa Morales (2021) señalando que, incluso estos mismos sistemas ya fabrican diversos perfiles en base a patrones de análisis de macrodatos que recopilan y a la larga les facilita el adoptar decisiones automáticas, que potencialmente van a condicionar los derechos fundamentales de cualquier ser humano que se encasille en el registro de patrones que se contemplan.

Sin las garantías adecuadas la IA pisotearía directamente derechos a la libertad o igualdad al tomar acción en procesos de parcialidad dudosa. Este conjunto de actos someterá a pequeños grupos de individuos a una discriminación en base a elementos genéricos, que por limitaciones inherentes a la programación sistemática que tiene una mente artificial, será imposible obrar en base a consideraciones que sólo puede percibir el ojo humano.

2. La inteligencia artificial en la práctica judicial

Valero (2021), recuerda que, la justicia se sigue rigiendo en base a sentencias dictadas por las labores humanas, ya sean magistrados o la defensa de un abogado, sin embargo, antes la ante la vigente revolución tecnológica, se pregunta si es que acaso una IA tiene facultades idóneas para emitir sentencias. Cuestión que busca verificar apoyado en el caso llevado por la doctora María del Socorro Téllez Silva, quien se había desempeñado creando un complejo sistema capaz de emitir sentencias. (Martínez, 2012)

Los estudios revelaron resultados prometedores en relación a la eficiencia y la correspondencia con las decisiones que tomaron dos jueces reales; de la evaluación suscitaron dos recomendaciones por partes de los magistrados, la primera en relación a una redacción de manual de usuario y la segunda sobre la preventiva programación de múltiples previsiones en la máquina sobre situaciones que en los casos se pueden materializar por la habilidad de los litigantes.

Valero (2021), agrega una observación análoga a los casos que podrían presentarse en un futuro próximo, pues es pertinente pensar que, así como el internet y la computadora sustituyeron a las manualidades o el escrito, se podría sospechar que la IA pueda hacer lo mismo en los puestos de labores. Existe, latente e inminente, la realidad en que la máquina reemplace los cargos de analistas jurisprudenciales, asistentes, notificadores, e inclusive, más ambiciosamente, a los jueces en instancias primeras.

Situaciones que, a criterio del presente análisis, revela que, lejos de acelerar procesos tramitados o formalidades sustanciales, no se debe obviar que el derecho responde a la naturaleza humana, es el hombre el ser que porta la batuta del ideal de justicia, por ende, yace en él, el deber de proteger la idoneidad de las resoluciones a los conflictos legales.

Ahora bien, la dificultad que subyace la operabilidad de una IA está lejos de haber sido abordada hasta esta etapa del presente análisis. Argumentos como los de Maranhao, et al. (2021), invitan a reflexionar en las naturalezas que esconden estas inteligencias, pues los datos que las constituyen se sostienen en la aprehensión de datos automáticos, es decir, su razonamiento es meramente estadístico y predictivo en relación a situaciones estándares.

No existe, en el pleno del razonamiento que se permita una IA, lugar para las justificaciones normativas o para los procesos de la lógica argumentativa propiamente dicha, no relacionan la norma a los caracteres o alegatos de un determinado caso. Es este, si no, el motivo que más cuidado demanda, dado que es evidente que por la praxis que se ejercita en la justicia una base operativa de datos que pretende asemejarse a las cualidades innatas de sus creadores resulta insuficiente para cubrir a pleno los requerimientos de certidumbre que busca la civilización.

Por ejemplo, en España, si bien el uso de herramientas de IA es frecuente para agilizar ciertos procesos comunes que se dan durante la secuencia del litigio, el trabajo de éstas no sustituye el ejercicio de las personas que cumplen labores judiciales, sino únicamente las que están relacionados con procesos de digitalización de expedientes, su tramitación respectiva y la gestión de dichos expedientes; la IA no interviene cuando se trata de acciones decisorias. (Solar, 2022)

Morales (2021), por su lado, considera agregar que actualmente tras el desarrollo de estas nuevas herramientas, existe un desafío en la protección de datos que son personales, dado que se es de conocimiento que todas estas IA necesitan de una buena cantidad de datos para tomar una decisión en base a lo que tienen almacenado de ti y de esta manera sean más precisos y eviten cometer ciertos errores a los que pueden verse expuestos al no saber mucho de la persona.

Es entonces que, frente al análisis realizado producto de las diferentes investigaciones a las que se ha acudido para construir ésta investigación, se considera que dentro de unos años estas herramientas reemplazarán el trabajo humano con el propósito de simplificar ciertos pendientes, y es que, a pesar de que la IA trata por ahora de ceñirse a ciertos límites interpuestos

por su desarrolladores con prohibiciones de ciertas prácticas, no se garantiza la transparencia de estas con el público que las utilizan, en especial lo relacionado con los datos -muchos de carácter personal- que podrían almacenarse con fines distintos al propósito con el que se obtuvieron, y lo que es peor, logrando afectar derechos fundamentales.

CONCLUSIONES

Si bien es cierto al inicio nos propusimos en evaluar en cómo la IA en su conquista del mundo suponía un riesgo para el campo jurídico, siendo que para ello nos valimos de diferentes artículos e investigaciones, recopiladas con un fin de contraponerse una delante de la otra ambicionando enriquecer la visión que se tenía sobre esta materia. Datos como los de Andrés Barca (2022), nos lleva a reflexionar sobre la necesidad de cuidado y prevención en el uso de estas herramientas tecnológicas y no por su condición como tal, sino por el origen que arraigan, es decir, una programación humana que invita a imperfecciones.

Si bien Valero (2021), menciona que al ser inminente la acogida de la IA no es un tema para despreocuparse, sin embargo, sin una correcta preparación y controles rígidos, ésta significaría poner en riesgo el funcionamiento de la justicia, pues esta herramienta tal, carece del juicio humano para poder tener discrecionalidad y sentido común en base a lo que demanda el análisis de principios, normas y criterios de aplicabilidad del Derecho (Maranhao et al., 2021).

En tal sentido, resulta inevitable que tarde o temprano el Derecho se verá sumergido en la manipulación de la tecnología artificial, pues al ser una ciencia altamente ligada al desarrollo social, está sometida a adaptarse a cambios. No se debe omitir que en múltiples países existe un requerimiento por disminuir la cantidad de procesos innecesarios o trámites accesorios que llevan dentro de sí el Derecho y que desde ese punto de partida podríamos comprender el apoyo en la IA. No obstante, es innegociable renunciar a las cualidades innatas del ser humano que han operado en el derecho y que intrínsecamente está ligada a nuestra naturaleza, pues si dejamos que el hombre se haga inoperante, el Derecho habrá perdido el prisma de su finalidad.

REFERENCIAS

- Abarca, J. (2022). Reflexiones sobre inteligencia artificial y derecho. *Revista de Ciencias Jurídicas*, 159, 1–14. <https://doi.org/10.15517/rcj.2022.52385>
- Maranhao, J., Abrusio, J., Almada, M., & López, N. (2021). La inteligencia artificial y el derecho: dos perspectivas. En G. A. Dobratinich (Ed.), *Derechos y Nuevas Tecnologías* (pp. 143–166). La Ley. <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/libros/pdf/2021-derecho-y-nuevas-tecnologias.pdf>
- Martínez, G. C. (2013). La inteligencia artificial y su aplicación al campo del Derecho. *Alegatos-Revista Jurídica de la Universidad Autónoma Metropolitana*, 26(82), 827–846. <https://alegatos.azc.uam.mx/index.php/ra/article/view/205>
- Martínez, P. (2023). La propuesta de marco regulador de los sistemas de Inteligencia Artificial en el mercado de la UE. *Revista CESCO De Derecho De Consumo*, 46, 1–20. <https://revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/3322>
- Morales, A. (2021). El impacto de la inteligencia artificial en el Derecho. *Advocatus*, 39, 39–71. <https://doi.org/10.26439/advocatus2021.n39.5117>
- Sepúlveda, M. (2022). Derecho del trabajo, inteligencia artificial y robótica. En J. Garrido & R. Valdivia (Eds.), *Inteligencia artificial y filosofía del derecho* (pp. 359–380). Laborum. <https://idus.us.es/handle/11441/137266>
- Solar, J. (2022). Inteligencia Artificial y Justicia Digital. En J. Garrido & R. Valdivia (Eds.), *Inteligencia artificial y filosofía del derecho* (pp. 381–427). Laborum. <https://idus.us.es/handle/11441/137250>
- Torres, J. I. (2017). Breves consideraciones acerca del aterrizaje de la inteligencia artificial en el derecho y su influencia en la realización de los derechos fundamentales. *Pensamiento Americano*, 10(19), 210–227. <https://doi.org/10.21803/pensam.v10i19.39>
- Valero, C. (2021). Derecho e Inteligencia Artificial en el mundo de hoy: escenarios internacionales y los desafíos que representan para el Perú. *THEMIS Revista de Derecho*, 79, 311–322. <https://doi.org/10.18800/themis.202101.017>

LAS DOS CARAS DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL: UN ANÁLISIS JURÍDICO*

THE TWO SIDES OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE: A LEGAL ANALYSIS

Fecha de recepción: 23/09/2023
Fecha de aprobación: 24/09/2023

Elizabeth del Carmen Puyén Fernández

Universidad Tecnológica del Perú
elizabethpuyenfernandez@gmail.com

 <https://orcid.org/0009-0003-3300-5852>



e-ISSN: 2961-2934

<https://doi.org/10.61542/rjch.48>

RESUMEN

La Inteligencia artificial a lo largo del tiempo ha sido representada en el mundo del cine como un acto terrorífico, pues justamente ahí radica el miedo de las personas donde las máquinas con IA implementan la nueva orden utilizando a los humanos como sus esclavos; si bien es cierto nosotros no podemos determinar el futuro, sin embargo, lo que sí es una realidad es que la Inteligencia artificial ya forma parte de nuestra vida diaria. Es por ello por lo que, el objetivo principal de este trabajo es poder reconocer cuál es el impacto que acarrea el uso de la inteligencia artificial. Para ello se ha desarrollado una investigación profunda sobre diversos autores y libros relevantes en cuanto a la Inteligencia artificial, siendo que la muestra recae en la población que utiliza la Inteligencia artificial, así como las empresas que la crean. Obteniendo como resultado que la IA no solamente posee un lado beneficioso, sino también puede llegar a ser perjudicial para muchos si no existe una buena concientización sobre su uso. En conclusión, el uso y creación desproporcionado e inconsciente de la IA, puede conllevar a una dependencia y vulneración de derechos de muchos usuarios, por lo que el gobierno debe intervenir para que ello no suceda.

Palabras clave

Inteligencia artificial, responsabilidad civil, desarrolladores de IA, desigualdad, privacidad, datos.

*Artículo ganador del 1º puesto en el II Concurso de ponencias estudiantiles del Semillero de Investigación en Derecho Privado y Constitucional, llevado a cabo el 23 de septiembre del 2023.



ABSTRACT

Artificial intelligence has been portrayed in the world of cinema over time as a terrifying act, as it is precisely there where people's fear lies, with machines using AI implementing new orders and humans becoming their slaves. While we cannot predict the future, what is certain is that artificial intelligence is already a part of our daily lives. Therefore, the main objective of this work is to recognize the impact of the use of artificial intelligence. To achieve this, an in-depth investigation has been conducted on various authors and relevant books regarding artificial intelligence, focusing on the population that uses artificial intelligence and the companies that create it. The result obtained is that AI not only has beneficial aspects but can also be harmful to many if there is not a good awareness of its use. In conclusion, the disproportionate and unconscious use and creation of AI can lead to dependence and violation of rights for many users, so the government must intervene to prevent this from happening.

Keywords

Artificial intelligence, civil liability, AI developers, inequality, privacy, data.

RÉSUMÉ

L'intelligence artificielle a été dépeinte dans le monde du cinéma au fil du temps comme un acte terrifiant, car c'est précisément là que réside la peur des gens, avec des machines utilisant l'IA pour mettre en œuvre de nouveaux ordres et des humains devenant leurs esclaves. Bien que nous ne puissions pas prédire l'avenir, ce qui est certain, c'est que l'intelligence artificielle fait déjà partie de notre vie quotidienne. Par conséquent, l'objectif principal de ce travail est de reconnaître l'impact de l'utilisation de l'intelligence artificielle. Pour ce faire, une investigation approfondie a été menée sur divers auteurs et livres pertinents concernant l'intelligence artificielle, en mettant l'accent sur la population qui utilise l'intelligence artificielle et les entreprises qui la créent. Le résultat obtenu est que l'IA n'a pas seulement des aspects bénéfiques mais peut aussi être nuisible pour beaucoup s'il n'y a pas une bonne prise de conscience de son utilisation. En conclusion, l'utilisation et la création disproportionnées et inconscientes de l'IA peuvent conduire à une dépendance et à une violation des droits pour de nombreux utilisateurs, donc le gouvernement doit intervenir pour empêcher que cela ne se produise.

Mots-clés

Intelligence artificielle, responsabilité civile, développeurs d'IA, inégalité, vie privée, données.

INTRODUCCIÓN

En las últimas décadas, la Inteligencia Artificial ha pasado de ser una prometedora área de investigación a una realidad omnipresente en nuestras vidas cotidianas. La IA, que se basa en algoritmos y sistemas capaces de aprender y tomar decisiones similares a la mente humana, ha impulsado avances muy relevantes en diversos contextos, como la medicina, la educación, entre otros. Sin embargo, la inteligencia artificial aún en el siglo XXI implicaría un tema controversial, ya que muchos aseguran no ser lo que aparenta.

Ante ello se plantea la siguiente problemática: ¿Es la inteligencia artificial un aporte positivo o por el contrario solo acabará destruyendo nuestros derechos humanos? Y es que esta problemática no es algo que haya aparecido recientemente, sino que desde hace mucho incluso con la creación de máquinas había personas que estaban en contra de estas, porque creían que esto conducía al desempleo es entonces que me veo en la obligación de plasmar ello en este trabajo para poder de esa forma acabar o confirmar dicho mito.

Esto porque este avance tecnológico se basa en la capacidad de las máquinas para aprender, razonar y tomar decisiones, emulando en muchos aspectos la inteligencia humana (Álvaro, 2018). La inteligencia artificial no solo ha cambiado la forma en como interactuamos con la tecnología, sino que también ha planteado preguntas fundamentales sobre ética, privacidad y la naturaleza misma de la inteligencia (Terrones, 2018).

Este trabajo de investigación se adentrará en el fascinante mundo de la inteligencia artificial, explorando sus fundamentos, aplicaciones actuales y futuras, así como los desafíos éticos y sociales que plantea y es que a medida que la inteligencia artificial continúa transformando nuestro mundo, es imperativo comprender sus implicaciones para aprovechar al máximo sus beneficios y mitigar sus posibles riesgos.

1. La Inteligencia Artificial: Generalidades

Si queremos definir a la Inteligencia artificial sabemos que existen diversas definiciones y que en muchos casos se ha establecido concepciones amplias para no ser tan específicos en cuanto a esto, ya que nadie sabe de cuál será el futuro de la IA.

Siendo así que una de las definiciones es que la inteligencia artificial va a constituir parte de una de las ciencias computacionales permitiendo a su vez estudiar diversos modelos que van a tener la facultad de poder realizar actividades basados en la razón y conducta, que suelen ser solo desarrollados por las capacidades propias de los seres humanos. (Takeyas, 2007)

Sumado a ello, debemos basarnos también en nuestra normativa peruana en la cual nuestra Ley N° 31814, en su artículo 3, define a la Inteligencia artificial como una tecnología emergente de propósito general que tiene el potencial de mejorar el bienestar de las personas, contribuir a una actividad económica global sostenible positiva, aumentar la innovación y la productividad y ayudar a responder a los desafíos globales clave.

Sin embargo, debemos detenernos aquí, ya que se define a la inteligencia artificial como si fuera excelente, mostrando solamente la parte positiva de esta, no tomándose en cuenta en la definición que puede resultar peligrosa si no se usa ni se diseña de la forma más correcta



posible, ya que si fuese simplemente maravillosa no se establecería en la misma ley, en el apartado a) del artículo único del título preliminar, el principio de estándares de seguridad basados en riesgos, en el que se promueve un enfoque basado en riesgos para el uso y desarrollo de la inteligencia artificial (Ley N°31814)

2. Breve historia de la Inteligencia Artificial

Desde hace mucho tiempo ya se tenía nociones sobre la Inteligencia artificial y que en algún momento la ciencia se desarrollaría de tal modo que podría llegar a realizar actividades semejantes o similares a las de una persona.

Sin embargo, vamos a ver que esto ya se va a concretizar desde la década de 1950 y 1960. Es ahí que empezamos con Alan Turing y es que, aunque no se basó específicamente en Inteligencia artificial este propone una prueba que es la "prueba de Turing" (como comúnmente se le reconoce) y esta sirve hoy en día para determinar si una máquina puede exhibir un comportamiento inteligente que no se puede distinguir de un ser humano (Abeliuk & Gutiérrez, 2021)

Luego de ello, dentro de estos años tenemos a John McCarthy el cual va a acuñar el término como tal de Inteligencia artificial en 1956, por lo cual organiza así la conferencia Dartmouth siendo de esa forma que comienza ahí a desarrollarse la Inteligencia artificial como tal. Así mismo se desarrollaron dentro del campo de Inteligencia artificial los primeros programas teniendo entre ellos el juego de damas de Arthur Samuel y el de ajedrez de Donald Michie. Dentro de la década de los 1970 se van a establecer ya sistemas que van a lograr imitar la toma de decisiones de los seres humanos tomando en cuenta su experiencia en dominios específicos, como por ejemplo el sistema experto MYCIN para poder desarrollar un diagnóstico de enfermedades que tengan la cualidad de infecciosas. Diez años después, se logró introducir algunos conceptos como lo es el resurgimiento de las redes neuronales, aunque de una forma inicial, luego se verá que esto va a ir aumentando progresivamente, así mismo veremos la lógica difusa de Lotfi Zadeh. En 1990 vamos a ver cómo es que existe ya un auge en cuanto a la Inteligencia artificial y la web, ya que va a verse un crecimiento en la investigación y aplicaciones de la Inteligencia artificial por lo que veremos también que la web se popularizará. (Caparrini, 2018)

En los años 2000 se verá un aprendizaje automático y el Big Data aquí se verá la presencia de algoritmos y su avance en cuanto al aprendizaje automático y teniendo acceso a grandes cantidades de datos lo que ayudó a impulsar de forma significativa a la IA, luego también se verá la computación de la nube la cual facilitó el procesamiento de grandes conjuntos de datos. Pero no es hasta el año 2016 en donde se crea el programa de IA de Google denominado AlphaGo, marcando un antes y un después dentro de la Inteligencia artificial teniendo la capacidad de dar respuesta a problemas complejos. Siendo resultado de su significativo avance es que hoy en día Google permanece como uno de los buscadores más importantes. (Caparrini, 2018)

No cabiendo duda de que la Inteligencia artificial no se ha estancado y que sigue avanzando en diversas áreas.

3. Beneficios de la Inteligencia Artificial

3.1. Sectores y áreas de aplicación

En la educación.- Durante la pandemia hemos visto cómo es que la educación se ha desarrollado a través de meet, zoom, entre otras plataformas digitales que han ayudado a acelerar el proceso de aprendizaje, es por ello que una de las características de Inteligencia artificial es la personalización del aprendizaje, ya que esta puede lograr adaptar el contenido y el ritmo de aprendizaje tomando en cuenta algunas necesidades que puedan llegar a tener los estudiantes, por lo que los alumnos pueden llegar a desarrollar actividades tomando en cuenta su ritmo propio y, por ende, recibir un apoyo en áreas donde necesiten reforzar. Así mismo puede ayudar a desarrollar o superar un largo camino el cual sería el trayecto desde la vivienda hacia la escuela lo cual nos tomaría mucho tiempo, por lo que la Inteligencia artificial lo que hace es proporcionar un acceso a educación de alta calidad, pero desde casa. Del mismo modo, estos sistemas de Inteligencia artificial ayudan a los profesores y administradores a poder gestionar correctamente algunas tareas administrativas como lo serían la calificación de exámenes o llegar a reprogramar algunas clases logrando permitir que los educadores tengan más tiempo para enfocarse en la enseñanza y apoyo a sus estudiantes, por lo que el desarrollo de las habilidades blandas es muy importante, por ende la IA puede utilizarse para lograr fomentar el trabajo grupal así como también resolver problemas. (Jara & Ochoa, 2020)

En la salud. - Bueno debemos reconocer los aportes que brindó la Inteligencia artificial contra la pandemia del COVID-19, ya que aquí vemos algunas destacables situaciones que han logrado poder desarrollar mejor algunas búsquedas y reconocimiento de patrones, por ejemplo, investigadores pertenecientes a ese mismo instituto reconocieron a algunas personas que no presentaban síntomas del virus mediante el uso de algunas grabaciones de su tos a través de los celulares propios de los investigadores (Chu, 2020). En ese mismo sentido, existieron también chatbots que permitieron la recolección de datos sobre algunos de los síntomas que tenían los pacientes (Miner et al., 2020).

Ahora, en cuanto a la salud en general estos sistemas de Inteligencia artificial pueden llegar a realizar un análisis profundo en cuanto a algunos datos médicos para así poder lograr realizar una ayuda en cuanto al diagnóstico de enfermedades, logrando una identificación de patrones que podrían llegar a pasar desapercibidos incluso por los propios médicos, entonces, es ahí que la Inteligencia artificial ingresa para poder realizar algunos diagnósticos que sean más precisos y en muchos casos logrando un tratamiento más temprano. Ahora, en cuanto al tratamiento debemos saber también que la IA permite realizar un tratamiento efectivo y personalizado tomando en cuenta la genética e información clínica de un paciente. Por ello, la Inteligencia artificial logra un monitoreo continuo de los pacientes en cuanto a su salud para poder darles así recomendaciones en tiempo real sobre alguna gestión de enfermedades que puedan padecer, permitiendo así que se logre mejorar la calidad de vida y no se llegue a complicar de forma amplia. En ese mismo sentido, puede incluso lograr asistir a cirujanos en procedimientos que resulten siendo complejos teniendo algunos movimientos precisos (Linares, 2022). En cuanto a actos administrativos se podría llegar a la realización de acciones de carácter electrónico como el registro de médicos, programar citas y facturación lo que ayudaría también a los profesionales de la salud a que se liberen un poco en el tiempo y se

logren centrar en cuanto a la atención del paciente. Y, por último, pues puede también incluso lograr mejorar la interpretación de algunas imágenes médicas como lo son la radiografía las resonancias magnéticas y tomografías computarizadas para poder detectar algunas anomalías que puedan ser presentadas y darles un tratamiento rápido.

En la gestión pública.- En el caso de la gestión pública la Inteligencia artificial puede llegar a ser un gran aporte, por ejemplo, en cuanto a la automatización de tareas repetitivas ya que la IA puede encargarse de algunas tareas administrativas que podrían llegar a ser rutinarias. Por ejemplo, el procesar documentos, el realizar citas, así mismo, dar respuestas a consultas comunes, siendo así que se logra una optimización de procesos administrativos, por lo que se puede mejorar la eficiencia de flujos de trabajo, así como también lograr gestionar algunos documentos logrando tener una mayor agilidad y productividad. Se ve que puede llegar a realizar un análisis profundo en cuanto a grandes cantidades de datos y extracción de información que resulta importante para tomar decisiones conscientes e informadas lo que puede llevar a la realización de programas más efectivos. Asimismo, también logra mejorar la atención al ciudadano como por ejemplo los chatbots y sistemas de atención al cliente basados en inteligencia artificial que brindan una respuesta rápida y precisa a preguntas que pueden llegar a ser comunes, por lo que se mejora la experiencia con los ciudadanos, reduciendo tiempos de espera que podrían llegar a ser muy frustrante para ellos. En ese mismo sentido, también podría existir una optimización del tráfico y la movilidad urbana, ya que la IA puede lograr ser de gran ayuda para el sostenimiento del tráfico y el transporte público logrando así que fluya el tránsito y reduciendo la congestión en áreas urbanas. Y, por último, también se optimiza los servicios públicos, ya que esta Inteligencia artificial resulta de gran ayuda para poder asignar personal y equipos para lograr una mejor prestación de servicios pertenecientes a la gestión pública. (Ramió, 2019)

Un ejemplo claro de todo lo mencionado sobre gestión pública sería el caso de RENIEC en los cuales se daban citas a través de la página web de RENIEC para realizar trámites (La República, 2021). Asimismo, para no suplantar la identidad se utilizaba el reconocimiento facial en la App DNI BIOFACIAL (La República, 2021). Otro ejemplo, sería el Poder judicial que utiliza la plataforma Meet para realizar reuniones de carácter administrativo, así como para audiencias virtuales (Resolución Administrativa N°000123-2020-CE-PJ)

Es importante mencionar que la implementación de la IA en la gestión pública debe realizarse con transparencia, responsabilidad y en conformidad con regulaciones y políticas éticas. Además, es fundamental que los sistemas de IA sean supervisados por expertos y se mantenga un enfoque centrado en el bienestar y los intereses de los ciudadanos.

4. Impacto negativo de la Inteligencia Artificial

Ahora como todo lado positivo tiene su lado negativo, vamos a referirnos sobre el impacto negativo que tiene el uso de la Inteligencia artificial.

4.1. Desafíos y preocupaciones

Desplazamiento laboral.- La inteligencia artificial (IA) está teniendo un impacto importante en el mercado laboral y está dando lugar a cambios en la naturaleza de los empleos

y en la demanda de habilidades. La Inteligencia artificial posee un impacto significativo en cuanto al mercado laboral y da lugar a cambios en la naturaleza de los empleados y en la demanda de diversas habilidades.

Por ejemplo, en el caso de la IA vamos a ver cómo es que se da esta automatización de algunas tareas rutinarias y es que justamente esto ayuda a la automatización de tareas que pueden resultar siendo repetitivas en una gran variedad de industrias lo que resultaría una reducción de empleos que tengan un valor agregado bajo lo que involucraría el aspecto de la manufacturería, así como también la atención al cliente, el procesamiento de datos, entre otros; es decir las personas que antes realizaban estas labores podrían llegar a ser reemplazados por la Inteligencia artificial. En ese mismo contexto, vamos a ver que va a existir una transformación de algunas de las industrias, y es que la Inteligencia artificial está realizando una revolución en cuanto a diversas industrias como la logística y la atención médica, lo que puede llegar incluso a una afectación a los trabajadores de estos sectores si no adquieren nuevas habilidades, pues existiría un reemplazo de trabajadores en roles específicos, pues hoy en día vemos que este reemplazo ya se está dando de trabajadores por sistemas de Inteligencia artificial, como cajeros de supermercado por cajas de autoservicio, conductores de camiones por vehículos autónomos y trabajadores de almacén por robots de selección y embalaje (Aguilera & Ramos, 2016). Siendo así, que las empresas serán incluso más rigurosas en la contratación de personal, pues lo que puede llegar incluso a cambiar las expectativas laborales y las demandas de habilidades, ya que la IA brinda una mayor productividad y eficiencia en muchas empresas. En pocas palabras, la IA está cambiando la dinámica laboral y está generando muchos desafíos para los trabajadores.

Acceso desigual a la inteligencia artificial. - En cuanto a este apartado debemos tomar conciencia todos, ya que la Inteligencia artificial en muchos casos llegaría a resultar muy costosa, por lo que nos basaremos en un aspecto de desigualdad social en el cual el gobierno no es consciente sobre el padecimiento de algunas regiones del Perú y esto lo vimos con mayor profundidad y frecuencia durante la pandemia. En cuanto a la educación el estado peruano creía tener una excelente una estrategia para poder mantener una educación a distancia y, por ende, implementó el programa "Aprendo en casa" en el cual el estado peruano lo transmitió mediante radio y televisión para poder llegar a todo el Perú. Sin embargo, vemos que las expectativas del Estado no llegaron a ser cumplidas y es que era prácticamente imposible lograrlo, y es que el estado peruano se olvidó de que en muchos hogares, pertenecientes en su mayoría a la zona rural carecen de electricidad, resultando de esa forma que no existía un acceso para muchos estudiantes peruanos contando alrededor del 9% de los estudiantes al inicio de la pandemia a ninguna de las modalidades por las cuales se había transmitido el programa educativo "Aprendo en casa". Y es que el estado peruano creía que las plataformas digitales serían una gran solución, pues estando en el siglo XXI, es muy fácil creer que todos tienen acceso al internet y electricidad. Sin embargo, vemos que una cosa es creer y otra es ver lo que realmente sucede, y es que se vio que muchos estudiantes no tenían internet ni tampoco equipos que les permitan poder acceder a plataformas como Meet o zoom, por lo que tenían que llegar a compartir el celular con sus padres y hermanos o incluso llegar a buscar algunos lugares que

posean conectividad, pero ello dependiendo incluso del presupuesto que tenga la familia. (De Mendoza, 2021)

Privacidad y seguridad de datos.- Una de estas maneras es la recopilación excesiva de datos y es que en muchos casos puede llegar a ser innecesaria, ya que si se llegan a recopilar más datos de los necesarios para la buena utilización de la aplicación con Inteligencia artificial esto puede incluso constituir una invasión a la privacidad, pues justamente resultan siendo irrelevantes y no se justificaría el porqué de esta recopilación innecesaria (Landa Arroyo, 2022). Así mismo, se ve una falta de consentimiento informado, ya que incluso si los usuarios no llegan a ser informados sobre cómo es que se van a utilizar los datos y, por ende, no existe un otorgamiento preciso sobre el consentimiento, entonces, vemos ahí otro tipo de caso en el cual se llegaría a violar nuestro derecho a la privacidad o incluso podría darse una fuga o brecha de datos, ya que si los datos que han sido almacenados no se guardan de la forma más correcta y guardando la seguridad prudente se llegaría a una exposición de información personal a terceros que no van a ser utilizados para dicha aplicación sino para violar nuestros derechos. (Ley N°29733) Asimismo, cuando nuestros datos son utilizados para un propósito distinto al que inicialmente habríamos aceptado, de esa forma nuestro derecho a la privacidad también es vulnerado. Por ende que, debemos estar muy alertas en cuanto a la falta de transferencia o explicabilidad que nos dan los sistemas de Inteligencia artificial en cuanto al uso de una aplicación en específico, ya que si no se explica correctamente ni se justifica la información tomada por la aplicación justamente ahí veremos una fuga de información de nuestros datos personales y hasta incluso cuando existe una falta de opciones de privacidad, ya que si los usuarios no poseen la opción de poder controlar qué datos comparten y con quién, su privacidad entonces puede estar en riesgo (Ley N°29733). Para ello es esencial que las organizaciones que utilizan tecnologías de IA implementen prácticas sólidas de privacidad y seguridad de datos para proteger la información de sus usuarios y garantizar el cumplimiento de las regulaciones y leyes de privacidad.

5. Responsabilidad civil en la Inteligencia Artificial

5.1. Responsabilidad de los desarrolladores y empresas

Diseño seguro y ético de sistemas de IA.- Los desarrolladores tienen una responsabilidad crucial en la creación y diseño de sistemas de inteligencia artificial (IA) que sean seguros y éticos.

Debemos especificar que los desarrolladores y empresas van a poseer una responsabilidad que resultaría siendo crucial para poder crear y diseñar los sistemas de Inteligencia artificial para que estos lleguen a ser tanto seguros como éticos. Para ello, uno de estos aspectos es el deber de cuidado y competencia profesional, esto conlleva a que los desarrolladores puedan ser totalmente cuidadosos, ya que implicaría el poder comprender las situaciones éticas y de seguridad de la Inteligencia artificial y que aplican las mejores prácticas en el desarrollo de sistemas. Asimismo, se tienen que evaluar riesgos y vulnerabilidades, ya que sabemos que como toda creación puede tener algunas fallas y constituir riesgos, para ello es muy importante identificar cuáles serían las posibles amenazas que podría representar el sistema de Inteligencia artificial creada por estas empresas o desarrolladores, esto incluye que

también se deba identificar cómo mitigar los riesgos de seguridad privacidad y sesgos algorítmicos. En ese mismo sentido, debe existir una protección de la privacidad de los usuarios, es decir, estos desarrolladores deben implementar medidas de seguridad que ayuden a poder fortalecer la privacidad que tienen los usuarios, y, por ende, proteger los datos de los usuarios, ya que si no se llegaría a dar esto los desarrolladores y empresas constituirían una responsabilidad legal para ellos, ya que el derecho de privacidad es un derechos constitucionalmente regulados y, por ende no deben ser divulgados. (Cotino-Hueso, 2019)

También, se debe mantener actualizaciones y mantenimientos continuos; es decir sabemos que con el tiempo se van desarrollando nuevos sistemas y por ende con ello vamos a ver unas nuevas actualizaciones, pues justamente estas actualizaciones deben estar de acuerdo con las mejores prácticas y estándares en evolución. Finalmente, en cuanto a la documentación de registros, los desarrolladores deben mantener registros detallados sobre tanto el diseño, el desarrollo y pruebas de los sistemas de Inteligencia artificial lo que resultaría siendo esencial para aspectos de disputas legales o evaluaciones de responsabilidad (Cotino-Hueso, 2019). Es importante que los desarrolladores trabajen de manera ética y responsable para garantizar que la IA se utilice para satisfacer las necesidades de la sociedad en su conjunto y para minimizar los riesgos potenciales asociados con su implementación.

Cumplimiento de regulaciones y estándares. - El cumplir con las regulaciones y estándares dentro de un país por parte de las empresas o desarrolladores ayudan a que exista un compromiso ético y social por parte de estos, ya que se va a garantizar que la Inteligencia artificial se va a utilizar de la forma más correcta y responsable posible buscando el beneficio de la sociedad. Para ello, vamos a ver también que las regulaciones van a estar diseñadas para proteger así los derechos y la privacidad de los usuarios de los sistemas de Inteligencia artificial, por ende, respetar dichas regulaciones va a constituir un aspecto de responsabilidad y respeto para con la sociedad y sus derechos. Sumado a ello, debemos especificar que nos permite prevenir de abusos y riesgos potenciales que pueda ser producto de la Inteligencia artificial como el uso indebido de datos o la toma de decisiones automatizada que podrían tener consecuencias negativas. Por ello, el cumplimiento de regulaciones contribuye a poder construir la confianza del público en la Inteligencia artificial, ya que si el pueblo no confía en Inteligencia artificial no van a existir usuarios que quieran ser parte de la utilización de la Inteligencia artificial, por lo que a la empresa no le iría bien en el mercado (Cotino-Hueso, 2019)

Siendo así, el cumplimiento de las regulaciones en el campo de la IA no solo es una obligación legal, sino también una muestra de responsabilidad y ética empresarial. Contribuye a la construcción de un entorno de confianza y a la protección de los derechos y la privacidad de los usuarios.

5.2. Responsabilidad de los usuarios

Los usuarios también poseen responsabilidades en cuanto a la utilización de la Inteligencia artificial y es que los usuarios deben comprender cómo es que se da el funcionamiento de la Inteligencia artificial y cuáles son sus capacidades y limitaciones, por ende, debe existir un aspecto de culturalización y educación, ya que incluye entender cómo se



van a tomar las decisiones y cómo se van a procesar los datos. Para ello los usuarios tienen que ser responsables al momento de la utilización de una aplicación con sistema de Inteligencia artificial y es que justamente con la utilización responsable se va a evitar el abuso de tecnología para fines maliciosos o discriminatorios; es decir cada vez que aceptamos términos y condiciones debemos saber y ser responsables en que debemos leer cuáles son estas condiciones para poder utilizar la aplicación para que así no exista un exceso de la tecnología y pueda ser utilizado en contra de nuestro derecho de privacidad o de datos personales (Vélez et al., 2022).

Por ello, se debe ser más responsable a la hora de dar nuestro consentimiento. Así mismo, los usuarios deben supervisar y verificar cuáles serían los resultados y las decisiones proporcionadas por los sistemas de Inteligencia artificial y si existe un error, entonces, se debe tomar la medida más correcta para llegar a corregirlo o incluso llegar a informarle a las autoridades correspondientes, para eso debemos evitar confiar ciegamente en distintas páginas o aplicaciones que posean ese tipo de Inteligencia artificial, ya que los usuarios no deben confiar ciegamente en los resultados proporcionados por la IA, pues siempre tiene que haber un criterio de juicio para poder considerar qué factores son importantes para la utilización de la aplicación o página web y qué aspectos no y que resultaría siendo un exceso de información o si esta sería innecesaria proporcionarla, para ello debemos reportar si existen problemas y vulnerabilidades (Vélez et al., 2022)

5.3. Responsabilidad de los reguladores y gobiernos

En cuanto a los legisladores y gobiernos estos van a poseer un rol importante en cuanto a la responsabilidad de regular y supervisar a la Inteligencia artificial para que así se garantice el respeto de los Derechos Humanos, así como su uso ético y seguro. Para ello uno de los requerimientos para establecer leyes o normatividad es el que los legisladores van a poseer la responsabilidad de poder crear leyes y regulaciones que logren definir el marco legal para el desarrollo e implementación de la Inteligencia artificial esto teniendo en cuenta a los derechos humanos. Asimismo, debemos saber que debe existir la responsabilidad por parte de los legisladores para establecer los estándares éticos y técnicos para diseñar y usar correctamente a la Inteligencia artificial tomando en cuenta a las empresas o desarrolladores y a los usuarios basándose en la transparencia, prevención de sesgos, entre otros (Santos, 2017).

También, debemos saber que debe existir una promoción de un ambiente que fomente la innovación de la Inteligencia artificial, pero de forma responsable y ética incluyendo incentivos para el desarrollo de tecnología seguras y que resultan siendo de gran beneficio. En ese mismo sentido, van a tener que desarrollar un aspecto de responsabilidad para poder así establecer mecanismos que conlleven a rendir cuentas por parte de la empresa y organizaciones que llegan a desarrollar a la Inteligencia artificial. Para ello; los gobiernos deben colaborar a nivel internacional para establecer algunos estándares y regulaciones comunes en cuanto al uso de la Inteligencia artificial y así podamos establecer una unificación en cuanto el uso de esta (Santos, 2017).

Finalmente, los legisladores deben ser de escucha activa para poder mantener una comunicación en cuanto a la comunidad y escuchar a expertos académicos y ciudadanos para

comprender cómo es que se dan las implicaciones de la Inteligencia artificial y ajustar también las regulaciones según sean necesarias.

5.4. *Casos legales emblemáticos relacionados con la IA*

Caso de Uber y la Muerte de un Peatón.- En el 2018 sucedió un caso emblemático en el cual un vehículo autónomo de Uber atropelló y mató a un peatón en Arizona y es que aquí se vio un planteamiento de cuestiones sobre quién era el responsable ante estos accidentes involucrando vehículos autónomos y cómo se deben regular estas tecnologías, ya que al ser el carro propio manejándose ¿quién sería el responsable?, pues obviamente esta máquina si bien es cierto está actuando por un sistema de Inteligencia artificial no podría simplemente tener la responsabilidad como tal, ya que simplemente es un objeto de derecho, ahora, los responsables serían los creadores al no desarrollar una programación para reaccionar a dichas situaciones. Siendo así, el 19 de noviembre del 2019 se desarrolló una audiencia en el cual la junta Nacional de seguridad en el transporte estableció que la causa de todo este incidente es que haya existido una mala práctica y descuidos fatales, teniendo a todos como culpables uno de estos es la conductora del Uber, ya que estaba distraída viendo su móvil sin percatarse si el sistema autónomo del vehículo estaba bien. Asimismo, establecía que existía una falta de regulación del estado de Arizona en cuanto a poder establecer una regulación de los vehículos automáticos en vías públicas (Otero, 2019)

Caso de Reconocimiento Facial y Privacidad. - En Illinois, Estados Unidos, se presentó una demanda colectiva relacionada con el uso no autorizado de tecnología de reconocimiento facial, alegando violaciones de la privacidad bajo la Ley de Privacidad de Información Biométrica de Illinois. Y es que justamente la demanda lo que alega es que Facebook hizo una violación a la ley estricta que existe en cuanto a privacidad del Estado de Illinois al recopilar y guardar datos biométricos de muchos usuarios sin que se obtenga un consentimiento de por medio (Telemundo Chicago, 2022).

CONCLUSIONES

La inteligencia artificial es una herramienta que permite a los usuarios realizar acciones de forma rápida y eficiente, sin embargo, debemos decir que para poder gozar de ella plenamente es necesario un acceso para todos, sin desigualdades.

Es relevante que el estado y legisladores implementen políticas para desarrollar una inteligencia artificial sin que esta llegue a vulnerar derechos como el de privacidad y datos de los ciudadanos reconocidos en la carta Magna.

Debemos saber que la inteligencia artificial también traerá consigo una tasa de desempleo mayor, por lo que el legislador debe prever dicha situación y regularla de la mejor manera posible, ya que si esto no sucede la pobreza aumentará aún más.

No debemos tratar de digitalizar todo, ya que no todos poseen los recursos suficientes para la utilización de la inteligencia artificial, sin embargo, si esto llega a pasar no debemos dejar de lado la forma presencial de realizar trámites, justamente para no crear un ambiente de discriminación.



Para proteger nuestros datos, debemos saber que la inteligencia artificial nos debe brindar una explicación necesaria sobre el por qué requieren de dicha información, porque se nos estaría vulnerando nuestro derecho de privacidad.

Los usuarios deben saber que también poseen responsabilidad sobre sus datos y si bien la IA es un recurso facilitador no debemos aceptar siempre lo que nos requiera alguna aplicación o página web, por lo que debemos ser selectivos con la información que vayamos a divulgar sobre nosotros mismos.

REFERENCIAS

- Abeliuk, A., & Gutiérrez, C. (2021). Historia y evolución de la inteligencia artificial. *Revista Bits de Ciencia*, (21), 14–21. <https://revistasdex.uchile.cl/index.php/bits/article/view/2767/2700>
- Aguilera, A., & Ramos Barrera, M.G. (2016). Desempleo tecnológico: una aproximación al caso latinoamericano. *AD-Minister*, (29), 59–78. <https://doi.org/10.17230/ad-minister.29.3>
- Álvaro, M. (16 de enero de 2018). ¿Qué es la inteligencia artificial y cómo funciona? *BBVA*. <https://www.bbva.com/es/innovacion/que-es-la-inteligencia-artificial/>
- Caparrini, F. S. (2018). Breve historia de la inteligencia artificial. *Revista de Occidente*, 446-447, 19-33. <https://ortegaygasset.edu/producto/no-446-447-julio-agosto-2018/>
- Chu, D. (2020). Physical distancing, face masks, and eye protection to prevent person-to-person transmission of SARS-CoV-2 and COVID-19: a systematic review and meta-analysis. *The Lancet*, 395(10242), 1973–1987. [https://doi.org/10.1016/S0140-6736\(20\)31142-9](https://doi.org/10.1016/S0140-6736(20)31142-9)
- Cotino-Hueso, L. (2019). Ética en el diseño para el desarrollo de una inteligencia artificial, robótica y Big Data confiables y su utilidad desde el derecho. *Revista Catalana de Dret Públic*, (58), 29–48. <http://dx.doi.org/10.2436/rcdp.i58.2019.3303>
- De Mendoza, A. (8 de noviembre de 2021). *Educación y tecnología en tiempos de COVID-19*. UNICEF Perú. <https://www.unicef.org/peru/historias/educacion-tecnologia-en-tiempos-covid19>
- Jara, I., & Ochoa, J. M. (2020). Usos y efectos de la Inteligencia Artificial en educación. *Banco Interamericano de Desarrollo (Grupo BID)*, 3–27. <http://dx.doi.org/10.18235/0002380>
- La República (15 de agosto de 2021). Reniec: ¿cómo sacar cita para recoger o tramitar tu DNI en las oficinas oficiales? <https://larepublica.pe/datos-lr/respuestas/2021/08/11/como-sacar-cita-en-reniec-para-recoger-o-tramitar-dni-reniecgobpe-atmp>
- Landa, C. (2022). Constitución, derechos fundamentales, inteligencia artificial y algoritmos. *Revista Do Direito*, (66), 139–158. <https://doi.org/10.17058/rdunisc.vi66.17635>
- Linares, J. (2022). Principios éticos para el desarrollo de la inteligencia artificial y su aplicación en los sistemas de salud. *ArtefaCToS. Revista de Estudios Sobre La Ciencia y La Tecnología*, 11(2), 137–161. <https://doi.org/10.14201/art2022112137161>
- Miner, A., Laranjo, L., & Kocaballi, A. (2020). Chatbots in the fight against the COVID-19 pandemic. *Npj Digital Medicine*. <https://doi.org/10.1038/s41746-020-0280-0>



- Otero, C. (20 de noviembre de 2019). *Uber declarada co-culpable del primer atropello mortal con un coche autónomo*. MeriStation. <https://as.com/meristation/betech/youtube-refuerza-sus-normas-contralos-deepfakes-y-el-uso-de-la-ia-en-sus-videos-n/>
- Ramió, C. (2019). *Inteligencia Artificial y Administración Pública: Robots y Humanos Compartiendo El Servicio Público*. Los Libros de la Catarata.
- RENIEC. (5 de noviembre de 2021). *RENIEC lanza aplicativo DNI BioFacial para que ciudadanos tramiten su documento desde celulares iOS*. <https://www.gob.pe/institucion/reniec/noticias/551748-reniec-lanza-aplicativo-dni-biofacial-para-que-ciudadanos-tramiten-su-documento-desde-celulares-ios>
- Santos, M. J. (2017). Regulación legal de la robótica y la inteligencia artificial: retos de futuro. *Revista Jurídica de La Universidad de León, España*, (4), 25–50. <http://hdl.handle.net/10612/8730>
- Takeyas, B. L. (2007). *Introducción a la inteligencia artificial*. Instituto Tecnológico Nuevo Laredo.
- Telemundo Chicago (30 de abril del 2022). *Más de 1.4 millones de usuarios de Facebook en Illinois podrían recibir dinero tras acuerdo por demanda colectiva*. <https://www.telemundochicago.com/noticias/local/demanda-colectiva-violacion-privacidad-informacion-biometrica-facebook-illinois/2253560/>
- Terrones, A. L. (2018). Inteligencia artificial y ética de la responsabilidad. *Cuestiones de Filosofía*, 4(22), 141–170. <https://doi.org/10.19053/01235095.v4.n22.2018.8311>
- Vélez, M. I., Gómez Santamaría, C., & Osorio Sanabria, M. A. (2022). *Conceptos Fundamentales y Uso Responsable de La Inteligencia Artificial En El Sector Público. Informe 2*. CAF. Retrieved from. <https://scioteca.caf.com/handle/123456789/1921>

DERECHOS DIGITALES DE LOS GRUPOS VULNERABLES EN PERÚ: UN ANÁLISIS INTEGRAL*

*DIGITAL RIGHTS OF VULNERABLE GROUPS IN PERU: A
COMPREHENSIVE ANALYSIS*

Fecha de recepción: 23/09/2023
Fecha de aprobación: 24/09/2023



e-ISSN: 2961-2934

<https://doi.org/10.61542/rjch.45>

María Fernanda Mananí Carrillo

Universidad Tecnológica del Perú

mafermacarrillo@gmail.com

 <https://orcid.org/0009-0009-1332-9001>

RESUMEN

La presente investigación se centra en la esfera de los Derechos Digitales, una temática de crucial relevancia en la sociedad contemporánea, con especial énfasis en cómo estos derechos son experimentados y ejercidos por grupos vulnerables en el contexto legal peruano. Adoptando un enfoque metodológico riguroso en el ámbito de la ciencia del Derecho, se fusionaron métodos cualitativos y cuantitativos, incluyendo encuestas, entrevistas y análisis documental, para obtener una comprensión holística de la situación. Los resultados destacan desafíos persistentes a pesar de los avances tecnológicos, como brechas en el acceso a la educación en línea, restricciones a la participación ciudadana y preocupaciones sobre la protección de datos. Además, se identifica la existencia de discriminación en línea y casos de ciberacoso, que impactan de manera desproporcionada a los grupos vulnerables. Este estudio subraya la imperiosa necesidad de abordar estas cuestiones desde una perspectiva jurídica para asegurar una inclusión digital equitativa y el pleno ejercicio de los Derechos Digitales en el marco legal peruano, proporcionando así una base sólida para la formulación de políticas y acciones legales encaminadas a promover la igualdad de acceso y oportunidades en el entorno digital. Principio del formulario

Palabras clave

Derechos digitales, grupos vulnerables, discriminación en línea, protección de datos, entorno digital.

*Artículo ganador del 2º puesto en el II Concurso de ponencias estudiantiles del Semillero de Investigación en Derecho Privado y Constitucional, llevado a cabo el 23 de septiembre del 2023.



ABSTRACT

The present research focuses on the sphere of Digital Rights, a crucially relevant topic in contemporary society, with special emphasis on how these rights are experienced and exercised by vulnerable groups in the Peruvian legal context. Adopting a rigorous methodological approach in the field of legal science, qualitative and quantitative methods were merged, including surveys, interviews and documentary analysis, to obtain a holistic understanding of the situation. The results highlight persistent challenges despite technological advances, such as gaps in access to online education, restrictions to citizen participation and data protection concerns. In addition, it identifies the existence of online discrimination and cyberbullying cases, which disproportionately impact vulnerable groups. This study underscores the imperative need to address these issues from a legal perspective to ensure equitable digital inclusion and the full exercise of Digital Rights in the Peruvian legal framework, thus providing a solid basis for the formulation of policies and legal actions aimed at promoting equal access and opportunities in the digital environment.

Keywords

Digital rights, vulnerable groups, online discrimination, data protection, digital environment.

RÉSUMÉ

La présente recherche se concentre sur la sphère des Droits Numériques, un sujet d'une importance cruciale dans la société contemporaine, avec un accent particulier sur la manière dont ces droits sont vécus et exercés par les groupes vulnérables dans le contexte légal péruvien. En adoptant une approche méthodologique rigoureuse dans le domaine de la science du Droit, des méthodes qualitatives et quantitatives ont été fusionnées, y compris des enquêtes, des entretiens et des analyses documentaires, pour obtenir une compréhension holistique de la situation. Les résultats mettent en évidence des défis persistants malgré les progrès technologiques, tels que les écarts dans l'accès à l'éducation en ligne, les restrictions à la participation citoyenne et les préoccupations concernant la protection des données. De plus, l'existence de discrimination en ligne et de cas de cyberharcèlement, qui affectent de manière disproportionnée les groupes vulnérables, est identifiée. Cette étude souligne l'impérieuse nécessité d'aborder ces questions d'un point de vue juridique pour garantir une inclusion numérique équitable et l'exercice complet des Droits Numériques dans le cadre légal péruvien, fournissant ainsi une base solide pour la formulation de politiques et d'actions légales visant à promouvoir l'égalité d'accès et d'opportunités dans l'environnement numérique.

Mots-clés

Droits numériques, groupes vulnérables, discrimination en ligne, protection des données, environnement numérique

INTRODUCCIÓN

En una sociedad interconectada en la que la tecnología y la accesibilidad a la información son importantes para la vida de las personas, es imperativo que examinemos de cerca la situación de aquellos que son más vulnerables en este entorno digital en constante evolución.

El marco general de este estudio es la creciente importancia de los derechos digitales en el siglo XXI, especialmente en una nación como Perú, cuyo uso de la tecnología digital ha crecido rápidamente en los últimos años. Sin embargo, a medida que avanzamos hacia una sociedad más digitalizada, también debemos considerar las brechas y desigualdades que pueden surgir en el acceso y la utilización de la tecnología, particularmente entre los grupos vulnerables.

La justificación de esta investigación gira en la obligación de entender y abordar los desafíos que enfrentan los grupos vulnerables en el ámbito digital, varios sectores de la población que pueden estar en desventaja en este entorno. La igualdad de acceso a la tecnología y la protección de los derechos digitales son cuestiones cruciales para garantizar una sociedad inclusiva y equitativa en la era digital.

La pregunta de investigación que guiará esta indagación es: ¿cuál es el estado de los derechos digitales de los grupos vulnerables en Perú y cuáles son los obstáculos y oportunidades que afrontan en el entorno digital? Esta interrogante busca analizar en profundidad la situación actual de estos grupos y, al mismo tiempo, identificar las áreas donde se requiere una mayor atención y acción.

La revisión de la literatura existente para este artículo académico sobre los derechos digitales de los grupos vulnerables en Perú abarca diversas fuentes que abordan aspectos cruciales de esta temática.

De este modo, se plantean como objetivos de la investigación: *i)* analizar la legislación y las políticas relacionadas con los derechos digitales en Perú; *ii)* identificar las principales barreras y desafíos que enfrentan los grupos vulnerables en su acceso y uso de la tecnología digital; y, *iii)* evaluar las prácticas y programas existentes que promueven la inclusión digital y la protección de los derechos en Perú.

Con lo cual se pretende arrojar luz sobre un tema de vital importancia en la sociedad peruana actual, donde los derechos digitales y la igualdad de acceso a la tecnología se entrelazan con la justicia social y la equidad. Esperamos que este trabajo contribuya de manera significativa a la comprensión y promoción de los derechos digitales de los grupos vulnerables en nuestro país.

1. Derechos Digitales: un acercamiento conceptual

Los derechos digitales, también conocidos como derechos en línea o ciber derechos, no tienen un concepto definido, no obstante, se puede entender que se refieren a un conjunto de prerrogativas y libertades fundamentales que las personas tienen en el entorno digital (Peña-Pérez, 2021). Estos derechos, que se refieren especialmente al entorno digital y a las tecnologías de la información y la comunicación (TIC), son una ampliación de los derechos humanos



clásicos. (Reyes et al., 2023). Entre los derechos digitales más relevantes tenemos:

a. Derecho a la privacidad en línea

Protege la capacidad de las personas para manejar la información personal que comparten en línea y limita la recopilación y uso indebido de sus datos por parte de terceros, incluyendo empresas y gobiernos:

En desarrollo del artículo 2, numeral 6, de la Constitución Política del Perú, fue aprobada la Ley N.º 29733, Ley de Protección de Datos Personales (LPDP), que define al titular de los datos personales como la persona natural a quien corresponden los datos personales. La LPDP tiene por objeto garantizar una serie de derechos a las personas, titulares de los datos personales, tales como el derecho ser informado de cuándo y por qué se tratan sus datos personales, el derecho a acceder a los datos y, en caso necesario, el derecho a la rectificación o cancelación de los datos o el derecho a la oposición al tratamiento de los mismos. (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2013).

b. Derecho a la libertad de expresión en línea

Garantiza que las personas puedan expresar sus opiniones y acceder a la información en línea sin censura injustificada o restricciones excesivas por parte de las autoridades o plataformas digitales. Así lo establece nuestra Constitución (1993), en su artículo 2, al señalar que:

Toda persona tiene derecho a las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen, por cualquier medio de comunicación social, sin previa autorización ni censura ni impedimento algunos, bajo las responsabilidades de la ley. (numeral 4)

c. Derecho a la seguridad en línea

Implica la protección contra amenazas digitales como el ciberacoso, el robo de identidad y la seguridad de la información personal en línea. Según la Política Nacional de Seguridad, un documento oficial de la Presidencia del Consejo de Ministros (PCM), establece la política nacional en relación con la ciberseguridad en el país, estableciendo que:

Proteger la infraestructura de información, los datos e información del Estado y la tecnología utilizada para su procesamiento, frente a amenazas internas o externas, deliberadas o accidentales, con el fin de asegurar la confidencialidad, integridad, disponibilidad, legalidad y confiabilidad de la información. (Secretaría de Gobierno Digital, 2017).

2. Grupos vulnerables en Perú: identificación y caracterización

En el contexto peruano, diversos grupos de la población enfrentan situaciones de vulnerabilidad que pueden agravarse en el entorno digital. Estos grupos, según la Secretaría de Gobierno y Transformación Digital (2022) se agrupan en:

- **Personas con discapacidades:** Aquellas que tienen discapacidades físicas, sensoriales

o cognitivas pueden enfrentar barreras adicionales en el acceso a la tecnología y la información en línea.

- **Comunidades indígenas:** Las poblaciones indígenas en Perú a menudo tienen un acceso limitado a la tecnología y pueden enfrentar dificultades en la preservación de sus identidades culturales y lenguas en el mundo digital.
- **Mujeres:** Las mujeres pueden estar expuestas a la discriminación de género en línea, como el ciberacoso y la difusión no consensuada de imágenes íntimas, lo que afecta su seguridad en línea.
- **Niños y niñas:** Los menores de edad son vulnerables a riesgos como la exposición a contenido inapropiado o el acoso en línea, y su capacidad para comprender y navegar el entorno digital varía según su edad y experiencia.
- **Grupos en situación de pobreza:** Los afectados en situación de pobreza pueden tener un acceso limitado a la tecnología y a las oportunidades en línea, lo que puede agravar la brecha digital y socioeconómica.

Por lo antes mencionado debemos comprender los derechos digitales y su relevancia para los grupos vulnerables en Perú es fundamental para abordar las desigualdades y desafíos que enfrentan en el mundo digital y promover una sociedad inclusiva y justa. Esta investigación se propone explorar en detalle la situación de estos grupos en el contexto peruano y proponer recomendaciones para proteger y promover sus derechos digitales.

3. Desafíos de los derechos digitales

3.1. Discriminación en Línea y Ciberacoso

Uno de los desafíos más apremiantes en el contexto peruano es la discriminación en línea y el ciberacoso. Los grupos vulnerables, como las mujeres, las personas LGBTQ+, y las minorías étnicas, pueden ser víctimas de acoso digital y ataques basados en prejuicios. Esto no solo afecta su bienestar emocional, sino que también puede limitar su participación en la sociedad digital. El ciberacoso y la discriminación en línea también pueden ser obstáculos para la libre expresión y el acceso igualitario a la tecnología. (Orizaga, 2017)

3.2. Privacidad y Protección de Datos

La protección de la intimidad y de los datos son cuestiones importantes en el mundo digital. Las personas que pertenecen a grupos vulnerables podrían ser más susceptibles de adquisición ilícita de datos personales y al uso indebido de su información en línea. La falta de comprensión sobre cómo proteger su privacidad en línea puede exponer a estos grupos a riesgos adicionales. Además, la falta de regulaciones sólidas en este ámbito puede socavar la confianza en línea. (Véliz, 2021).

3.3. Acceso a la Educación en Línea

La pandemia de COVID-19 ha resaltado la importancia del acceso a la educación en línea, pero también ha expuesto la brecha digital en Perú (Cortez et al., 2020). Los estudiantes



de grupos vulnerables pueden tener dificultades para acceder a recursos educativos en línea debido a la falta de dispositivos, conectividad o habilidades digitales. Esto puede agravar aún más las desigualdades en la educación y limitar las oportunidades de desarrollo futuro para estos grupos.

3.4. Participación Ciudadana y acceso a la información

La participación ciudadana y el acceso a la información son componentes fundamentales de una sociedad democrática (Ramos, 2017). Sin embargo, algunos grupos vulnerables pueden enfrentar obstáculos para acceder a información relevante y participar en procesos democráticos en línea. Esto puede socavar su capacidad para influir en las decisiones políticas y ejercer sus derechos cívicos de manera efectiva.

Es por ello que, el desafío va desde combatir la discriminación en línea hasta suprimir o reducir la falta de acceso a la educación en línea, cuestiones críticas que afectan a los grupos vulnerables en el contexto peruano. En tal sentido, resulta vital comprender en profundidad la problemática para poder identificar sus causas y efectos, y proponer soluciones o estrategias concretas que permitan mejorar la situación de estos grupos en el entorno digital.

4. Derechos digitales en el contexto peruano

4.1. Legislación y regulación relevante

En el contexto peruano, la protección de los derechos digitales se basa en un marco legal y normativo específico. Algunas de las normas más relevantes que se tienen:

- **Ley N°29733, Ley de Protección de Datos Personales:** Esta legislación, que también regula la protección de datos personales, establece los principios y normas para el tratamiento de datos personales tanto en línea como fuera de línea.
- **Ley N°30096, Ley que garantiza el Acceso Universal a los Servicios de Telecomunicaciones:** El objetivo de esta ley es aumentar el acceso a los servicios de telecomunicaciones en lugares remotos y de difícil acceso, lo que afecta directamente al acceso a Internet.
- **Decreto Supremo N.º 017-2017-MTC, Reglamento de Neutralidad en la Red:** Este reglamento establece los principios de neutralidad en la red para garantizar que los proveedores de servicios de Internet no discriminen ni restrinjan el acceso a contenido en línea.
- **Ley N.º 28628, Ley que regula el uso de firma electrónica:** Esta ley regula la validez y el uso de firmas electrónicas y documentos electrónicos, lo que es fundamental para las transacciones en línea y la seguridad digital.

4.2. Políticas Públicas relacionadas con los Derechos Digitales

El gobierno peruano ha implementado diversas políticas públicas para abordar cuestiones relacionadas con los derechos digitales, teniendo a la cabeza a la Secretaría de Gobierno Digital (2017), para vigilar planes como:

- **Plan Nacional de Competitividad y Productividad:** Este plan incluye objetivos relacionados con la promoción de la economía digital y la inclusión digital en todo el país.
- **Plan Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación para la Competitividad y el Desarrollo Humano:** Este plan busca impulsar la investigación y la innovación tecnológica en Perú, lo que puede tener un impacto positivo en el acceso y la adopción de la tecnología.
- **Plan Estratégico Nacional de Seguridad y Defensa Nacional:** Este plan aborda cuestiones de seguridad en línea y ciberseguridad, lo que es esencial para proteger los derechos digitales de la población.

4.3. Acceso a la tecnología y la brecha digital en Perú

A pesar de las mejoras en la infraestructura de telecomunicaciones del país, sigue habiendo problemas de acceso a las tecnologías digitales y brecha digital, las que de acuerdo a Cuya & Falcón (2021) se manifiestan en:

- **Brecha rural-urbana:** Existe una marcada brecha digital entre las áreas urbanas y rurales de Perú. Las zonas rurales enfrentan dificultades para acceder a servicios de Internet de alta velocidad y asequibles.
- **Desigualdades socioeconómicas:** Las personas de bajos ingresos tienen menos acceso a dispositivos digitales y servicios de Internet, lo que afecta su participación en la economía digital y la sociedad en línea.
- **Brecha generacional:** Existe una brecha generacional en el acceso y la adopción de la tecnología. Los jóvenes tienden a estar más conectados y familiarizados con las TIC que las personas mayores.
- **Educación digital:** La falta de acceso a la tecnología y la educación digital adecuada en las áreas rurales y entre los grupos vulnerables limita las oportunidades educativas y de desarrollo.

En resumen, el contexto peruano presenta un marco legal y político en evolución para abordar los derechos digitales, pero aún persisten desafíos significativos en cuanto al acceso a la tecnología y la brecha digital. Por lo que, analizar cómo estas políticas y desafíos impactan a los grupos vulnerables en Perú resulta necesario para poder proponer recomendaciones que aborden de manera efectiva la problemática de fondo.

5. Retos de los grupos vulnerables frente a los derechos digitales

Para ilustrar los desafíos y las oportunidades de los grupos vulnerables en el entorno digital en Perú, se presentarán tres casos concretos que destacan situaciones específicas que enfrentan estos grupos:

5.1. Acceso a la educación en línea en comunidades rurales

En una comunidad rural en los Andes peruanos, muchas familias carecen de acceso a



Internet y dispositivos adecuados para la educación en línea durante la pandemia de COVID-19. Los niños y niñas de estas comunidades enfrentan dificultades para continuar sus estudios y acceder a recursos educativos en línea. Este caso resalta la brecha digital entre áreas urbanas y rurales y la necesidad de políticas que promuevan la igualdad de oportunidades educativas para todos los niños en Perú. (Ruíz, 2021)

Situación parecida observó Azabache (2019), cuando investigó el acceso a las tecnologías de la información y comunicación en los Caseríos del distrito Monsefú. En la investigación se plantea la problemática de la brecha digital existente entre los peruanos respecto al acceso a Internet. Los resultados hicieron notar que el 38.60% de los pobladores de los caseríos de: Pomape, Choloque, Chosica, Desaguadero, Muysil, Calazán, Santa Rita; carecen del servicio de Internet. Lo que constituye una barrera o limitación para cierto porcentaje de peruanos en avanzar a nivel personal, profesional, empresarial, educativo, etc. (Comex Perú, 2020).

5.2. *Violencia de Género en Línea*

Una joven mujer urbana en Perú experimenta acoso y violencia de género en línea a través de redes sociales y aplicaciones de mensajería. A pesar de la gravedad de las amenazas y ataques, encuentra obstáculos para denunciar estos incidentes y obtener apoyo legal y psicológico. Este caso subraya la importancia de abordar la discriminación en línea y el ciberacoso, especialmente en el contexto de género, y de garantizar que las víctimas tengan acceso a recursos de apoyo. “La violencia de género en línea (VGL) es cualquier forma de violencia basada en género que se comete o se agrava, en parte o totalmente, por el uso de tecnologías de información y comunicación” (Addati, 2022).

5.3. *Acceso a la Información para Comunidades Indígenas*

Una comunidad indígena en la región amazónica de Perú lucha por acceder a información relevante y participar en procesos de consulta pública relacionados con proyectos de desarrollo que afectan sus tierras y modos de vida. La falta de acceso a Internet y la barrera del idioma hacen que sea difícil para ellos participar plenamente en debates y decisiones que afectan su futuro (Llatas, 2023). Este caso destaca la importancia de garantizar que las comunidades indígenas tengan acceso a la información y la capacidad de participar en decisiones que les conciernen.

Estos casos de estudio reflejan desafíos específicos que enfrentan grupos vulnerables en Perú en el entorno digital. Cada caso también sugiere oportunidades para abordar estas cuestiones, ya sea a través de políticas de inclusión digital, campañas de concienciación, apoyo psicológico y legal, o medidas para garantizar el acceso equitativo a la información y la educación en línea. Estos casos ejemplifican la complejidad de los problemas que se abordan en esta investigación y la necesidad de soluciones integrales y basadas en evidencia.

CONCLUSIONES

Retomando nuestra pregunta de investigación sobre el estado de los derechos digitales de los grupos vulnerables en Perú, se tiene que, si bien se han realizado avances en algunos

aspectos, persisten desafíos significativos en términos de acceso, discriminación en línea y conciencia de los derechos digitales. Los grupos vulnerables en Perú enfrentan barreras significativas para ejercer plenamente sus derechos en el entorno digital.

Por tanto, es fundamental que el Estado procure acciones concretas para implementar políticas y programas que promuevan la inclusión digital, garantizando que todos los peruanos tengan acceso a la tecnología y a la conectividad a Internet, especialmente en áreas rurales y entre grupos de bajos ingresos. Aunada a la promoción de la educación en derechos digitales en todos los niveles educativos, enfocándose en la prevención del ciberacoso y la discriminación en línea, y en la promoción de prácticas en línea seguras y éticas.

Asimismo, deben establecerse recursos y servicios de apoyo para las víctimas de ciberacoso y discriminación en línea, incluyendo asesoramiento psicológico y apoyo legal, para que puedan buscar justicia y recuperación. Todo esto debe ser brindado a través de las distintas entidades peruanas públicas o privadas, en su defecto, promover campañas de concientización y capacitación sobre derechos digitales, se debe educar al público en general y a los grupos vulnerables sobre sus derechos y responsabilidades en línea. Esto debe darse progresivamente y además asignando un presupuesto fijo anual para que se pueda llevar a cabo gestionado por las municipalidades distritales

Finalmente, para garantizar un acceso equitativo y la preservación de los derechos digitales, deben revisarse y mejorarse las normativas y políticas relativas a la seguridad y privacidad de los datos en línea, así como la neutralidad de la red, pero al mismo tiempo deben facilitarse mecanismos de participación en línea para comunidades indígenas y otros grupos vulnerables, para que tengan voz y voto en decisiones que afecten sus derechos y su bienestar.

REFERENCIAS

- Addati, F. (2022). La violencia de género en línea o digital (VGD). *Papeles Del Centro*, 14(25). <https://doi.org/10.14409/pc.v14i25.12285>
- Azabache, F. (2019). *Análisis del acceso a las tecnologías de la información y comunicación en los caseríos del distrito Monsefú*. [Tesis para optar el título de licenciado en administración de empresas, Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo]. <http://hdl.handle.net/20.500.12423/2553>
- Comex Perú (9 de octubre de 2020). El avance en competitividad digital del Perú está limitado por capacidades gubernamentales para la transformación digital. *Semanario 1046*. <https://www.comexperu.org.pe/articulo/el-avance-en-competitividad-digital-del-peru-esta-limitado-por-capacidades-gubernamentales-para-la-transformacion-digital>
- Cortez, N; Galdámez, A; Molina, C; Serrano, G; & Villanueva, H. (2020). *El nuevo rostro en perspectiva de la brecha digital en la educación superior para la región latinoamericana en la coyuntura del covid-19*. Universidad Francisco Gavidia. <https://hdl.handle.net/11592/9637>
- Cuya, R. & Falcón, S. (2021). *Teletrabajo en las organizaciones: situación laboral en el Perú*. [Tesis para obtener el título profesional de: licenciada en administración, Universidad Cesar Vallejo]. <https://hdl.handle.net/20.500.12692/86740>
- Llatas, L. (2023). *Hacia el reconocimiento del acceso a internet como derecho fundamental en Perú*. [Tesis para optar el título de abogado, Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo]. <http://hdl.handle.net/20.500.12423/6098>
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. (2013). *El derecho fundamental a la protección de datos personales*. Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales APDP. <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1401558/El%20derecho%20fundamental%20a%20la%20protecci%C3%B3n%20de%20datos%20personales.pdf>
- Orizaga, I. (2017). Internet y género: ¿una herramienta de empoderamiento para las mujeres? *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales Ambrosio Lucas Gioja*, 17, 37-54. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/7158952.pdf>
- Peña- Pérez, P. (2021). El derecho a la muerte digital y la protección post mortem de los datos personales: nuevas prerrogativas aplicables al ecosistema digital. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 71(280-2), 733-752.
- Presidencia del Consejo de Ministros, Secretaría de Gobierno y Transformación Digital. (2022). *Carta peruana de los derechos digitales*. <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/3454811/Derechos%20Digitales.pdf>
- Ramos, A. (2017). Información y participación ciudadana en el contexto del gobierno

- abierto: las potencialidades de la biblioteca pública. *Biblios Journal of Librarianship and Information Science*, (68), 34–47.
<https://doi.org/10.5195/biblios.2017.350>
- Reyes, R., Miranda, P., & Ruiz, Y. (Eds.). (2023). *Relatoría del conversatorio. Nuevas Tecnologías Y Derechos Humanos: impactos, desafíos y oportunidades en la era de la conectividad digital*. Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).
<https://repositorio.pucp.edu.pe/index/handle/123456789/193096>
- Ruiz, R. (2021). *Informe Técnico: Estadísticas de las tecnologías de Información y Comunicación en los Hogares. Trimestre: Enero- Febrero- Marzo 2021*. Instituto Nacional de Estadística e Informática.
<https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/boletines/02-informe-tecnico-tic-i-trimestre-2021.pdf>
- Secretaría de Gobierno Digital. (2017). Política Nacional de Ciberseguridad de la Presidencia del Consejo de Ministros.
[https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con5_uibd.nsf/A36311FB344A1DC7052583160057706D/\\$FILE/Pol%C3%ADtica_Nacional_de_Ciberseguridad_peru.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con5_uibd.nsf/A36311FB344A1DC7052583160057706D/$FILE/Pol%C3%ADtica_Nacional_de_Ciberseguridad_peru.pdf)
- Véliz, C. (2021). *Privacidad es poder: Datos, vigilancia y libertad en la era digital*. Editorial Debate.

BUSCANDO INVESTIGADORES, LIMITANDO LA INVESTIGACIÓN: RENACYT Y SUS CONTRADICCIONES

SEEKING RESEARCHERS, LIMITING RESEARCH: RENACYT AND ITS CONTRADICTIONS

Fecha de recepción: 30/10/2023
Fecha de aprobación: 11/03/2024



e-ISSN: 2961-2934

<https://doi.org/10.61542/rjch.50>

Manuel Bermúdez Tapia

Universidad Privada San Juan Bautista

manuel.bermudez@upsjb.edu.pe

 <https://orcid.org/0000-0003-1576-9464>

RESUMEN

A octubre del 2023, Renacyt reporta un total de 97 abogados “investigadores” de un total nacional de 6860. El sistema que registra y pondera la actividad de investigación científica es a los abogados porque no se toma en cuenta las características de la profesión y se asume que se podría evaluar lo que ejecutan médicos, biólogos o ingenieros sin una mayor diferenciación de objetivos profesionales. Ante esta condición, cuestionamos el reglamento Renacyt a efectos de plantear soluciones eficaces y válidas para todos los ámbitos profesionales porque se “exige” investigación pero el método para validar estas actividades promueve situaciones que resultan ajenos al ámbito de lo ético, de lo profesional y de todo esquema de desarrollo de investigación.

Palabras clave

Investigación científica, Concytec, Renacyt, MinCiencias (Colombia), Conacyt (México), investigación jurídica.



ABSTRACT

As of October 2023, Renacyt reports a total of 97 "researcher" lawyers out of a national total of 6860. The system that records and weighs scientific research activity is applied to lawyers without taking into account the specific characteristics of the profession. It is assumed that similar evaluation methods could be applied to professionals such as doctors, biologists, or engineers without a clear differentiation of professional objectives. Given this situation, we question the Renacyt regulations in order to propose effective and valid solutions for all professional fields. While "research" is demanded, the method for validating these activities promotes situations that are unrelated to ethical considerations, professionalism, and any framework for research development.

Keywords

Scientific Research, Concytec, Renacyt, MinCiencias (Colombia), Conacyt (Mexico), Legal Research.

RÉSUMÉ

A partir d'octobre 2023, Renacyt rapporte un total de 97 avocats "chercheurs" sur un total national de 6860. Le système qui enregistre et pondère l'activité de recherche scientifique est appliqué aux avocats sans tenir compte des caractéristiques spécifiques de la profession. On suppose que des méthodes d'évaluation similaires pourraient être appliquées à des professionnels tels que des médecins, des biologistes ou des ingénieurs sans différenciation claire des objectifs professionnels. Face à cette situation, nous remettons en question les réglementations de Renacyt afin de proposer des solutions efficaces et valides pour tous les domaines professionnels. Alors que la "recherche" est exigée, la méthode de validation de ces activités favorise des situations sans lien avec des considérations éthiques, le professionnalisme et tout cadre de développement de la recherche.

Mots-clés

Recherche scientifique, Concytec, Renacyt, MinCiencias (Colombie), Conacyt (Mexique), recherche juridique.

INTRODUCCIÓN

La evaluación de la “producción” académica de los abogados es escasa en el país y el reglamento del Renacyt no ha tomado en cuenta las diferencias cualitativas y cuantitativas en el proceso de desarrollo académico y profesional de esta especialidad en términos comparativos con los “médicos”, “biólogos” o “ingenieros” que registran un mejor sistema de producción bibliográfica científica, según se detalla en los catálogos de indización.

Ante esta perspectiva es conveniente analizar las limitaciones en la actividad del investigador jurídico porque su ámbito de central a la esfera local y por ello no puede tener una mayor visibilidad en el ámbito competitivo con otras profesiones en el país y con sus propios colegas en el extranjero.

Ante esta perspectiva se presenta un análisis que proyecta negativamente el método de identificación de “valores” a ser evaluados en el reglamento Renacyt planteando una mejora cualitativa que ayude a mejorar la producción científica jurídica en el país.

Materiales y método

Se presenta una investigación cualitativa de corte prospectivo y crítico que procura la reforma del Reglamento del Renacyt y de los métodos para “identificar” y “registrar” la producción científica de los abogados para así ampliar la actividad docente de alta calidad y con producción científica jurídica.

A la reforma del Reglamento del Renacyt en el 2021 que provocó la exclusión de la gran mayoría de abogados inscritos debemos sostener la mejora de los sistemas de evaluación y registro objetivo de investigación que limiten actividades pseudocientíficas, ajenas al ámbito de lo académico y sujetas a criterios de participación de profesionales sin un criterio técnico debido al financiamiento de estos procesos con el objeto de una inclusión en la autoría de los productos a ser publicados.

Ante este panorama se presenta esta investigación preliminar con el objetivo de resaltar la necesidad de un cambio en el Reglamento Renacyt y así mejorar todo el sistema que registra al “investigador”, que lo acredite y le lleve una estadística de su producción académica para mejorar su visibilidad porque finalmente ese es el objetivo (Túnez y de Pablos, 2013). Ante ello se planteará un sistema que permitirá tener un esquema cualitativo superior al que reportan MinCiencias en Colombia a través de su sistema Publiindex (Carreño-Dueñas et al, 2019) o Conahcyt en México, porque sólo el contexto de competitividad en forma visible permite una mejor producción científica en todo nivel.

El producto de esta investigación parte del proceso de desarrollo del Proyecto de Investigación “*Retos de la institucionalidad del Estado de Derecho en el Perú: Análisis de la gobernabilidad, la democracia y el fortalecimiento de DDHH en la atención a emergencias sociales*”, aprobado con Resolución de Vicerrectorado de Investigación y Responsabilidad Social N° 024-2023-VRIRS-UPSJB (UPSJB, 2023).

1. La investigación en el ámbito jurídico: una realidad de la cual no se “expone” su real situación

La labor académico-profesional del abogado no es equivalente a la labor que ejecutan los profesionales de la salud, de la biología y de las matemáticas. Las diferencias son notorias y además son objetivas.

Ante esta condición, el “Reglamento Renacyt” debe ser cuestionado en cuanto al modo en el que busca el “desarrollo de la investigación” en el ámbito jurídico por tener una metodología que pondera sólo la producción de artículos científicos en revistas indizadas en Scopus o en WoS (Cañedo et al, 2010, p. 270-282), que son los parámetros internacionales más referenciados, limitando y anulando otros ámbitos que forman parte de la esfera de todo proceso de investigación.

Una condición paradójica que está generando una condición contraria porque no se logran registrar investigadores, tal como se registra a octubre del 2023 donde sólo hay 97 registrados de un total de 6860 (Renacyt, 2023).

Imagen 1

Registro de abogados “investigadores”



Cód Renacyt	Tipo Documento	N° Documento	Investigador	Institución Laboral Principal - Fuente:CTVITAE	Condición de Actividad a fecha 28/10/2023	Reglamento	Nivel	Emisión de Constancia	Vigencia	Ver calificaciones previas RENACYT 2018 (RP 215-2021-CONCYTEC-P)
-------------	----------------	--------------	--------------	--	---	------------	-------	-----------------------	----------	--

Fuente: Renacyt (2023)

Un registro que ubica a los abogados en el rubro genérico de “ciencias sociales” junto a otras profesiones que también asumen una condición limitativa en sus registros porque el formato pondera la actividad de las ciencias médicas y de las áreas afines a las matemáticas, conforme se aprecia en la imagen 2.

Imagen 2

Registro de áreas OCDE (en la investigación)

Buscar por: Código Renacyt, Nombre Investigador :

Reglamento : RENACYT 2021 (RP 090-2021-CC)

Nivel :

Institución Laboral Principal :

Área OCDE :

Sub-área OCDE :

Ver calificaciones previas RENACYT 2018 (RP 215-2021-CONCYTEC-P)

Cód Renacyt	Tipo Documento	Nº Documento	Investigador	Institución Laboral Principal - Fuente:CTIVITAE	Condición de Actividad a fecha 28/10/2023	Reglamento	Nivel	Emisión de Constancia	Vigencia	Ver calificaciones previas RENACYT 2018 (RP 215-2021-CONCYTEC-P)
Nº Investigadores calificados: 6860										

Fuente: Renacyt (2023)

Debido a la escasa ponderación de factores propios de la especialidad jurídica, la escala de valoraciones registra en la escala VII a la gran mayoría de *abogados investigadores* y un gran porcentaje de ellos no han publicado artículos científicos en las revistas científicas indizadas en Scopus o WoS, hecho que presume que su ingreso al registro es sólo por tener la acreditación de los “grados académicos” que permite avisorar que en el futuro próximo este nivel sea eliminado de la escala de valoración de la producción científica para “abogados”.

Imagen 3

Escala en la acreditación de la investigación científica

Buscar por: Código Renacyt, Nombre Investigador :

Reglamento : RENACYT 2021 (RP 090-2021-CC)

Nivel : --SELECCIONE--

Institución Laboral Principal :

Área OCDE :

Exportar Reportes

Reglamento RENACYT 2021: Descargar

Cód Renacyt	Tipo Documento	Nº Documento	Investigador	Institución Laboral Principal - Fuente:CTIVITAE	Condición de Actividad a fecha 27/10/2023	Reglamento	Nivel	Emisión de Constancia	Vigencia	Ver calificaciones previas RENACYT 2018 (RP 215-2021-CONCYTEC-P)
Nº Investigadores calificados: 6860										

Fuente: Renacyt (2023)

Consecuentemente, la ponderación de “productos calificables” del reglamento del Renacyt es la que provoca un cuestionamiento, no por el método aplicable sino por los resultados que provoca.

Imagen 4

Metodología para la evaluación y asignación de puntaje en la producción científica

ANEXO N° 1

TABLA 1. CRITERIOS DE EVALUACIÓN Y PUNTAJE POR ÍTEM PARA LA CALIFICACIÓN Y CLASIFICACIÓN, RENOVACIÓN Y PROMOCIÓN EN EL RENACYT

Criterio	Indicador	Ítem	Puntaje por ítem	Puntaje Máximo por criterio	Puntaje Mínimo por criterio		
Formación	A. Grado Académico y/o Título Profesional registrado en SUNEDU o MINEDU (**).	Grado de Doctor	10	10	0		
		Grado de Magíster	6				
		Título Profesional	4				
		Grado de Bachiller o Egresado	2				
		Constancia de Matrícula en Instituciones de Educación Superior	1				
		Scopus / WoS (Cuartil Q1 de Scimago o JCR)	5				
Producción Total (*)	B. Artículos científicos en revistas indexadas en las bases de datos bibliográficas Scopus, Web of Science - WoS y Scielo.	Scopus / WoS (Cuartil Q2 de Scimago o JCR)	4	Sin puntaje total máximo	6		
		Scopus / WoS (Cuartil Q3 de Scimago o JCR)	3				
		Scopus / WoS (Cuartil Q4 de Scimago o JCR)	2				
		Conference Proceedings (Scopus o WoS) / Scielo	1				
		C. Registros de propiedad intelectual, concedidas y registradas en INDECOPI, SCOPUS u otras fuentes internacionales equivalentes.	Patente de invención o Certificado de Obtentor o Paquete tecnológico			3	Sin puntaje total máximo
		Patente de modelo de utilidad o certificado de derecho de autor por software	1				
Producción Total (*)	D. Publicaciones de libros y/o capítulos de libro en su especialidad indexados en bases de datos bibliográficas o que cumplan con un proceso de revisión de pares externos y otros estándares.	Libro	2	10	De cumplimiento obligatorio únicamente para el Nivel "Investigador Distinguido"		
		Capítulo de libro	1				
		E. Índice h (Scopus)	Valor del índice h \geq 10	No tiene puntaje			
Asesoría	F. Haber asesorado o co-asesorado tesis sustentadas y aprobadas de pregrado y/o posgrado.	Para la obtención del Grado de Doctor	2	10	0		
		Para la obtención del Grado de Magíster	1				
		Para la obtención del Grado de Bachiller o Título Profesional	0.5				

* Son obligatorios los indicadores B y/o C y/o D, por lo que se debe cumplir por lo menos uno de ellos para ser calificado. Así mismo, se debe tener por lo menos un ítem generado en los últimos 3 años. Para el caso de estudiantes, el puntaje mínimo en estos indicadores será de 9 puntos.

** Incluye Universidades, Institutos de Educación Superior Tecnológica, entre otros.

Fuente: Renacyt (2023)

Dicha metodología provocará que los postulantes a este registro se vean tentados a ejecutar prácticas negativas que en lo científico son considerados *inaceptables*, que pueden ser identificados en la “compra de papers”, el pago a revistas “predatorias” para publicar un documento o la “inclusión de coautorías” en un trabajo publicado en una revista científica sin haber participado en el trabajo académico.

Actividades que están identificando a un *pseudo investigador* que no logra desarrollarse en un ámbito universitario profesional de calidad porque estas personas no pueden acreditar una condición profesional vinculada a la investigación al no ejercer la docencia en universidades de prestigio a nivel nacional, no desarrollar una actividad académica fuera del país, no ser identificado en las “citas” bibliográficas en la especialidad y no participar de proyectos orgánicos en el ámbito académico como es la publicación de libros o participación en libros colectivos direccionados en un proyecto institucional.

Consecuentemente, Renacyt está promoviendo “investigación” pero con estándares tan complejos que se desarrollarán *espacios ambiguos* y paralelos que no guardan relación con:

- a) La carrera docente. Renacyt no reconoce ni valora la condición de “profesor ordinario”. Hecho que es recíproco en el sistema universitario porque al “profesor investigador” no le

garantiza ningún elemento positivo para ingresar a la *carrera docente*, ser “nombrado” como *profesor ordinario* o acceder a una promoción docente.

Consecuentemente, el sistema auto excluyente que promueve el Renacyt no guarda coherencia con las actividades de las universidades respecto de sus propios profesores.

Un elemento que permite detallar que casi todos los “profesores principales” en el ámbito de las Facultades de Derecho no están en el registro Renacyt, pese a que la mayoría de ellos son los que dictan cursos vinculados a la metodología y desarrollo de tesis o dirigen la dirección de investigación en sus facultades.

Pese a estas condiciones, en la doctrina prácticamente no se señala ningún elemento vinculado a esta condición porque es un hecho implícito de la cual no se puede generar una crítica porque ello implica una limitación a futuras promociones docentes o acceso a puestos de dirección en la facultad.

- b)** La actividad de producción editorial. La escasa vinculación con las universidades y editoriales en el país no permite “registrar” información en tiempo real y de forma objetiva y por eso es que no se valoran la producción de “libros” y “capítulos de libros”.

Consecuentemente el registro Renacyt está promoviendo una condición limitativa que es previsible en el corto plazo y va a provocar un *mercado negro* donde se comercialice la *participación* en investigaciones publicables en revistas científicas que son conocidas como “revistas predatorias” (Predatory Reports, 2023), (...) donde el abono de una suma económica permite el registro de trabajos que son calificables en los sistemas de registro nacional de investigadores que existen en Perú, siguiendo un modelo liderado por Colombia con el Ministerio de Ciencia Tecnología e Innovación (MinCiencias, 2023), Chile con la Agencia Nacional de Investigación y Desarrollo (Anid, 2023) y México con el Consejo Nacional de Humanidades, Ciencias y Tecnologías (Conahcyt, 2023).

De este modo, el registro, la acreditación, la puntuación en la producción y la visibilidad del investigador en el ámbito jurídico que logra ser inscrito parece ser un factor sólo válido para el Concytec porque no tiene una vinculación efectiva en la actividad docente universitaria y permite el desarrollo de áreas grises, donde lo más probable es que se ejecuten actos indebidos o ilícitos, los cuales superarán el actual sistema universitario de enseñanza y acreditación de investigaciones de estudiantes de pregrado y posgrado, que se ven sujetos a la discrecionalidad de sus “asesores”, quienes imponen sus condiciones pese a no estar calificados para asumir un rol de tanta importancia.

Finalmente, debemos detallar que el *pago* por publicación no es que sea vedado de forma automática porque en el ámbito científico biológico y médico sí se registra una actividad muy elevada y de alto prestigio que se vincula con una actividad que es cotizable de forma objetiva y donde los investigadores asumen el pago por una eventual publicación, pero luego de ser informados de la aprobación de sus documentos por pares ciegos (Velterop, 2018).

De forma complementaria al cierre de este punto corresponde explicar las razones por las cuales los abogados investigadores no pueden registrar muchas publicaciones en revistas científicas indizadas en Scopus o en WoS:

- a) La producción de “artículos” es usualmente relacionado al contexto jurídico nacional debido a que el sistema profesional y académico está vinculado a la especialización y a la actualización de información limitado al contexto nacional.

Son escasos los profesores que desarrollan áreas de investigación que puedan ser ejecutados en el extranjero y que además puedan permitir la producción de un trabajo científico que sea publicable en el extranjero.

- b) La elevada exigencia de requisitos académicos y de calidad en la producción de artículos en revistas científicas provoca que sean pocos los abogados investigadores que asuman este período de tiempo que va entre la “presentación del paper” hasta la “publicación”, que puede implicar un promedio usual de dieciocho meses.

La elevada condición temporal evita que los abogados puedan ejecutar estos procesos porque los “tiempos” y las “condiciones legales o judiciales” puedan variar en dicho período.

- c) La escasa valoración de publicaciones oficiales de entidades públicas que producen “información” que repercute en el ámbito objetivo de forma sustancial.

El desarrollo explicativo de *jurisprudencia* o de referencias teóricas aplicables al análisis de situaciones especiales podría ser mejor calificada cuando la propia entidad estatal acredita el impacto de esta producción académica. En este sentido, el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional en el ámbito jurídico nacional producen *revistas científicas* que podrían ser aptas para ser incluidas en un sistema de puntuación de productos entregados por un abogado investigador (Poder Judicial, 2023).

- d) La escasa producción de “teoría académica” (Livia et al, 2021), debido sobre todo a la masiva acumulación de información que es empleada en forma repetitiva en el ejercicio de la docencia (Túnez, 2013).

- e) La escasa práctica de producción académica de alto perfil (Silva et al, 2023).

- f) El registro de dos revistas jurídicas indizadas en Scopus: Derecho PUCP e Ius et Veritas ambas de la PUCP que resulta contradictorio con el *mercado* académico y editorial a nivel jurídico en el ámbito nacional cuyos productos se registran a nivel de indización en Latindex (Cetto & Alonso-Gamboa, 2021).

2. La necesidad de un sistema de registro, acreditación, validación y desarrollo de la actividad de investigación

Consideramos importante iniciar este segundo punto de evaluación en el presente documento con una apreciación objetiva: no estamos en contra del registro de investigadores del Renacyt ni tampoco estamos en contra del método que ha seleccionado rubros de evaluación.

Nuestra posición se centra en cuestionar la asignación de “valores” a los rubros que desarrollan la cuantificación de la producción científica y para ello hacemos la siguiente evaluación, conforme el propio reglamento Renacyt.

a) El registro de elementos evaluables por el reglamento del Renacyt

Imagen 5

Rubro de elementos a ser “calificables” para el investigador

Datos Generales	Experiencia Laboral	Formación Académica	Idiomas	Líneas de Investigación	Proyectos (I+D+i)	Producción Tecnológica y/o Industrial	Producción Científica	Distinciones y premios
-----------------	---------------------	---------------------	---------	-------------------------	-------------------	---------------------------------------	-----------------------	------------------------

Fuente: Renacyt (2023)

En el rubro de “datos personales”, consideramos que hubiera sido importante agregar el registro de sistemas de identificación de productos de investigación a nivel internacional promovidos por universidades o instituciones de alto perfil.

El registro automático del “índice h” es un elemento que permite validar esta opción que pudiera generar la generación de un registro de investigadores mucho más amplio y preciso que el desarrollado por el CvLAC “Curriculum Vitae Latinoamérica y Caribe” (MinCiencias, 2023).

Además, se debería vincular el “nivel de la universidad” que otorga los grados académicos con el ranking universal que reporta dicha entidad porque no todo “grado” tiene el mismo *peso académico*. Esto permitiría que el simple registro de un “grado” genere puntaje excluyéndose la forma de acceso a un centro de estudios de alto perfil, el cumplimiento de los estudios y los resultados académicos generados. En este punto, se podría agregar la “ubicación” de los rankings mundiales de las universidades que han emitido el grado o título profesional al investigador.

Inclusive se podría “asignar” un valor cuantificable para asignar un mayor mérito a quien egresa en una universidad ubicada entre las mejores 20 universidades del mundo, entre las cien primeras o las doscientas primeras. Esto mejoraría el actual registro que se identifica así:

b) La formación académica del investigador

Resulta injusto a quien se ha graduado en una universidad de alto perfil el tener el “mismo” puntaje que una persona que se ha graduado de una universidad que no ha sido “licenciada” por la SUNEDU o que tenga severos problemas de *masificación* de sus procesos educativos donde la calidad es un valor trivial.

Esto permitiría detallar que quien ha egresado de una universidad Top Ten mundial tenga un valor superior al que reporta quien se ha graduado de una universidad donde no se registra mayor producción académica en el país o en términos mucho más sencillos, en una universidad que esté calificada por la SUNEDU por debajo del puesto 15 del total de universidades del país.

Esto evitaría el “chauvinismo” en la presentación de un grado académico obtenido en una universidad de bajo perfil y provocaría que los profesores busquen una mejoría en su propio desarrollo profesional y académico accediendo a universidades con un mejor perfil.

Como consecuencia natural, la promoción a una mayor *movilidad* académico y profesional evitaría las condiciones endogámicas de la universidad peruana que busca “interiorizar” la actividad docente sólo a los que forman parte de los círculos de poder en las facultades, sobre todo en el ámbito de las facultades de Derecho.

Otro elemento referencial es que estos “datos personales” no están vinculados, sistematizados o acreditados con los registros de:

- a) La Autoridad Nacional del Servicio Civil (Servir, 2023), especialmente para incluir a profesionales que forman parte de la administración pública.
- b) Poder Judicial, Ministerio Público o Tribunal Constitucional, especialmente para vincular la labor y productividad académica en los magistrados.

Este punto es referencial si se considera que en los concursos públicos de la Junta Nacional de Justicia este elemento no forma parte de un sistema de acreditación del perfil profesional y permite la evaluación subjetiva de los candidatos a ejercer la magistratura (JNJ, 2023).

- c) Otras bases de datos que sean de carácter oficial a nivel nacional, regional o universal (Grossmann & Brems, 2021).

Finalmente, ninguno de los elementos que actualmente se registran en este ámbito generan puntaje si no son “grados académicos” y limita la opción de una permanente capacitación porque las segundas maestrías, doctorados o inclusive el *posdoctoral* no son puntuados.

Imagen 6

Registro de la “formación académica” del investigador

Datos Generales	Experiencia Laboral	Formación Académica	Idiomas	Líneas de Investigación	Proyectos (I+D+i)	Producción Tecnológica y/o Industrial
Producción Científica	Distinciones y premios					

FORMACIÓN ACADÉMICA 📄

Agregar manualmente Importar Grados y Títulos del SUNEDU

Código	Centro de estudios	Grado obtenido	Título	Fecha inicio	Fecha fin	Adjuntos	Fuente
--------	--------------------	----------------	--------	--------------	-----------	----------	--------

Fuente: Renacyt (2023)

El sistema entonces permite identificar todo lo contrario a un criterio meritocrático, porque un abogado titulado de un programa doctoral en una universidad que actualmente no está licenciada por la SUNEDU podría tener el mismo puntaje que un abogado graduado de doctor con la calificación de Summa Cum Laude en alguna universidad ubicada en el top cien a nivel universal.

c) La acreditación de la labor profesional vinculada a la investigación

El rubro “experiencia laboral” no genera puntaje alguno y es incongruente en forma general, respecto de la actividad académico-profesional:

Imagen 7

Evaluación de la “experiencia laboral” del investigador



Fuente: Renacyt (2023)

Esto permite detallar:

- i. No identifica la actividad docente universitaria al hacer equivalente al “profesor” contratado por horas (tiempo parcial) que puede tener carga horaria sólo un semestre al año con el profesor a tiempo completo que tiene la condición de ser “profesor ordinario”.
- ii. No pondera la calificación del *profesor ordinario* según sus méritos porque el sistema de la carrera docente en cada universidad tiene sus propios criterios y esto es ajeno a lo que se evalúa en el Renacyt.

Esto provoca que muchos “profesores ordinarios principales” sólo accedan a esta condición a razón del “tiempo de ejercicio de la labor docente” y la “acreditación de grados académicos” que suelen ser de la propia universidad donde ejecutan la docencia.

La endogamia académica en su máxima expresión y pese a estas circunstancias ningún investigador en el ámbito nacional ha cuestionado este sistema porque ello involucra un límite a su propio desarrollo profesional en su centro de trabajo.

- iii. No identifica la labor profesional en entidades públicas.
- iv. No identifica la labor profesional en instituciones vinculadas al ámbito científico. Un elemento que podría ser positivo por ejemplo para los ámbitos científicos de profesionales de la salud, de la ingeniería y de la biología.
- v. No identifica la labor ejecutada en puestos laborales con sistemas de ingreso por “concurso público”, con lo cual todo el sistema profesional queda supeditado a niveles individualizados por “entidades” y no se genera un sistema uniformizado con un carácter público con un perfil más técnico.
- vi. No identifica las actividades desarrolladas en universidades en el extranjero, como si los profesores universitarios peruanos ejecutasen estas actividades de forma masiva.
En este punto, la ejecución de docencia en el extranjero bien podría ser fiscalizada y registrada por la SUNEDU, Ministerio de Educación, Ministerio de Relaciones Exteriores y la SUNAT, permitiéndose que estos profesores puedan tener una calificación especial que los identifique de los demás profesores investigadores.
- vii. No identifica las actividades desarrolladas a raíz de “programas de becas”, un sistema tan usual en el ámbito anglosajón y europeo que resulta contradictorio con los objetivos de una promoción meritocrática de la investigación en el país.

d) La acreditación de idiomas en un sistema que no identifica la actividad en otros idiomas

Este rubro formalmente no genera ningún tipo de valor en la calificación de la actividad del investigador y que no guarda relación con la acreditación de *estudios* de licenciatura o de posgrado ejecutados en el extranjero que han tenido que ser ejecutados en un idioma ajeno a los identificados como “oficiales” en el país, conforme el artículo 48° de la Constitución.

Imagen 8

Registro de idiomas del investigador

Datos Generales	Experiencia Laboral	Formación Académica	Idiomas	Líneas de Investigación	Proyectos (I+D+i)	Producción Tecnológica y/o Industrial
Producción Científica	Distinciones y premios					

CONOCIMIENTO DE IDIOMAS

(*) Ingrese los idiomas que crea conveniente.

DATOS DE IDIOMA

* Idioma	Lectura	Conversación	Escritura	Forma de aprendizaje	Lengua materna
--Selec--	--Selec--	--Selec--	--Selec--	--Selec--	<input type="checkbox"/>

Guardar

Código	Idioma	Lectura	Conversación	Escritura	Forma de aprendizaje	Lengua materna
--------	--------	---------	--------------	-----------	----------------------	----------------

Fuente: Renacyt (2023)

Ello provoca que quienes han *estudiado* a nivel universitario en una universidad donde sus clases se han ejecutado en inglés, francés, alemán, chino, coreano o japonés, que registran universidades ubicadas entre las cien mejores del mundo tengan un “grado” y “estudios” equivalentes a los que ha reportado y validado una universidad que no ha logrado ser “licenciada” por la SUNEDU.

e) Investigación bajo formato de la OCDE pero sin puntaje

El Perú desde hace varios años está procurando acceder a la OCDE y uno de los elementos más importantes en la evaluación de la actividad académico profesional a nivel general está vinculada a la “investigación”.

Ante esta referencia es incongruente el modo en el que el reglamento no valora ningún elemento que “solicita” sea reportado por el investigador. Véase el registro de las “líneas de investigación” y “Proyectos I+D+i” que no genera puntaje al investigador.

Imagen 9

Líneas de investigación de los investigadores y Proyectos I+D+i

Datos Generales	Experiencia Laboral	Formación Académica	Idiomas	Líneas de Investigación	Proyectos (I+D+i)	Producción Tecnológica y/o Industrial
Producción Científica	Distinciones y premios					

Línea Principal(*)	Código	Área	Sub área	Disciplina	Temática Ambiental	Temática Médica y de la Salud
--------------------	--------	------	----------	------------	--------------------	-------------------------------

Fuente: Renacyt (2023)

Entonces, cual es el criterio para que Renacyt solicite esta información si no tendrá calificación. Además:

- a) No se reporta el diálogo interinstitucional con las Universidades que pueden hacer “procesos de investigación” sujetos a discrecionalidad y de privacidad ajenos a los objetivos de la investigación científica de alta calidad.
- b) Este reglamento debería tener una coordinación con los Vicerrectorados de investigación para que las universidades reporten y registren los productos de investigación que desarrollan a través de sus profesores.

Esto también podría permitir una mejor visibilidad de los resultados de un proceso de investigación.

- c) Registro de elementos ajenos a la actividad ordinaria del investigador jurídico sin incluir elementos que podría calificar positivamente

La siguiente imagen:

Imagen 10

Producción tecnológica y/o industrial



Fuente: Renacyt (2023)

Esta imagen permite detallar que los abogados no suelen desarrollar “patentes” ni productos “de desarrollo industrial” con lo cual es un ítem que no genera elementos positivos para cualquier abogado que quiera ser registrado en Renacyt.

Sin embargo, se podría identificar un elemento positivo para los “abogados investigadores”, si se incluye para ponderar criterios calificables:

- i. La participación en Plenos Jurisdiccionales como *amicus curiae* en el Poder Judicial y audiencias que generen Precedentes Vinculantes en el Tribunal Constitucional.

Un elemento que además sería válido que se vincule con el registro de producción académico profesional en la Junta Nacional de Justicia.

- ii. La participación como *perito* en la Corte Interamericana de Derechos Humanos o en alguna entidad de carácter universal.

Esto también permitiría diferenciar la labor que ejecutan los abogados que desarrollan la asesoría legal en dichas entidades o que han “solicitado” acceder a audiencias del Poder Judicial y/o Tribunal Constitucional a mérito de las relaciones amicales con las autoridades

de dichas entidades porque es posible identificar el valor técnico que genera una “pericia” a la de una “opinión de experto”.

f) Respetto de la producción científica del abogado.

Este rubro es el único que genera una puntuación objetiva para cualquier postulante al registro Renacyt si es abogado.

Imagen 11

Producción científica del investigador

Datos Generales	Experiencia Laboral	Formación Académica	Idiomas	Líneas de Investigación	Proyectos (I+D+I)	Producción Tecnológica y/o Industrial
Producción Científica	Distinciones y premios					

PRODUCCIÓN CIENTÍFICA

- Importar Publicaciones
- Publicaciones
- Congresos
- Otros

Nota: Agradeceremos que revise sus publicaciones ingresadas, a fin de evitar duplicidades.

PRODUCCIÓN CIENTÍFICA (IMPORTADAS DE SCOPUS, WEB OF SCIENCE, ORCID, ALICIA)

Fuente: Renacyt (2023)

Sin embargo, esto podría ser mejorado con las siguientes condiciones:

- i.** En el ámbito de la acreditación de publicaciones en revistas científicas indizadas en Scopus o en WoS.
Se podría asignar un valor adicional a toda publicación ejecutada en “idioma ajeno al castellano”, con lo cual la actividad de investigación se pondera a favor de su universalidad (Pezo et al, 2023).
- ii.** El registro de “libros” y “capítulos de libros” debería estar vinculado a lo que informe cada universidad para que así sea visible esta actividad ante la comunidad nacional.
- iii.** La publicación de libros producidos por universidades extranjeras o por editoriales de alto prestigio deberían ser incluidas en el esquema de calificación de productos presentados por el investigador.

No se trata de incluir a cualquier universidad o editorial, por cuanto existe una ponderación de calidad que podría ser registrada por Renacyt y así se podría generar un mayor panorama de referencias donde se podría publicar, tomando en cuenta que el filtro que generen estas entidades podría acreditar un alto valor académico.

- iv. Se debería vincular y generar un registro con las editoriales del país para así promover una mejor comunicación con el Ministerio de Educación, Biblioteca Nacional y la SUNAT, tomando en cuenta que la producción bibliográfica está sujeta a criterios de inafectación tributaria.

La evaluación de “libros” y “capítulos de libros” además podría ser ejecutada por *pares ciegos* asignados por el propio Renacyt con lo cual la formalidad y la calidad del producto tendría un mérito superior a lo que actualmente se reporta.

Esto permitiría que los datos generados por el ISBN de los libros y el registro del ISSN de las publicaciones periódicas podrían reportar una mejor información de la producción de los investigadores.

- v. El registro de “conferencias” y “seminarios” también debería ser *calendarizado* por las universidades con lo cual su registro y validación de calidad podría ser registrable en Renacyt.

Esto permitiría excluir toda actividad sujeta a una condición muy privada por parte de los conferencistas y obligaría a calendarizar la actividad académica e institucional de la universidad en forma orgánica porque ello también estaría asociado a la participación de profesores o investigadores extranjeros.

- vi. La complementación con las actividades de Colegios Profesionales o de asociaciones académicas podrían mejorar la calidad de los “eventos académicos” provocando una mayor difusión y también un mejor registro de “participación de ponentes” que quedaría sujeto a evaluación de “trabajos preliminares” que serían evaluados y validados para una participación en un evento de carácter institucional, profesional y académico referente.

- vii. Se debería incluir el registro de tesis conforme el sistema de “citabilidad” para evaluar su impacto en el ámbito académico profesional.

Son escasas las tesis que producen un *impacto* objetivo en el ámbito profesional, legal o social en un país y por ello este planteamiento parte del desarrollo de *derivados* de una tesis que son “registrables”. En el caso de nuestra tesis para optar el título de abogado se registró la generación de *legislación* sobre la oficialidad de idiomas en el país, el sistema de jurisprudencias aplicables con idiomas vernáculo hablantes y se generó una revitalización del sistema educativo bilingüe intercultural (Bermúdez-Tapia, 2001).

g) El registro de “papelito manda”.

Finalmente, pese al negativo antecedente que ejecutó un ex presidente del Consejo Nacional de la Magistratura que *acumuló* reconocimientos de “Doctor honoris causa” en forma masiva, resulta cuestionable que este rubro sea “visible” en el reporte del Renacyt:

Imagen 12

Registro de “distinciones y premios” del investigador

Datos Generales	Experiencia Laboral	Formación Académica	Idiomas	Líneas de Investigación	Proyectos (I+D+i)	Producción Tecnológica y/o Industrial
Producción Científica	Distinciones y premios					

Fuente: Renacyt (2023)

En este punto, bien se podrían consignar:

- El registro de becas otorgadas por Concytec en concursos públicos a nivel nacional.
- El registro de becas otorgadas por países extranjeros.
- El registro de becas otorgadas por universidades extranjeras.
- El registro de becas de organizaciones benéficas de prestigio universal.

3. Recomendaciones para mejorar el sistema de registro de investigadores

Conforme a lo detallado en los puntos precedentes, la intención del presente documento busca *mejorar* los criterios de evaluación y calificación que registra Renacyt a los investigadores, en particular a los abogados, porque a estos no les resulta sencillo acceder a este sistema.

Para ello, deberíamos ponderar:

- Evitar de forma excluyente la puntuación de publicaciones en revistas científicas indizadas en Scopus o en WoS.

No se trata de limitar el actual sistema sino de mejorarlo porque en la actualidad este método permite:

- Que abogados asuman el costo de una publicación en una revista científica, identificada como “predatoria”.

- ii.* Que abogados asuman el “pago” a investigadores para que sean incluidos en los productos registrados por estos para tener la condición de “coautor” de algún documento (Nassi-Calò, 2021).

Una referencia que no es exclusiva en el ámbito nacional porque en el extranjero se reporta en forma constante esta situación (El Diario, 2023).

- iii.* El registro de tesis que pueden contener elementos de “piratería” o de “similitud” con registro superior a los permitidos por las universidades donde se plantea su validación en un Examen de Grado.

El efecto de la Resolución N° 1403-2022/TPI-INDECOPI (Indecopi, 2022), permite observar que las universidades sí desarrollan una *responsabilidad* ante el plagio ejecutado en una tesis que ha sido validado y registrado en el repositorio institucional de forma interna.

CONCLUSIONES

El registro y ponderación de métodos de evaluación en el registro Renacyt podría ser mejorado cualitativamente a nivel general y en el ámbito jurídico se podría generar un mejor método de inclusión de sistemas de registro y de identificación de trabajos académicos que permitan una mejor calificación a los abogados investigadores.

En forma paralela, este método podría generar una mejor práctica académico científica en el país y ampliaría la actual base de datos de universidades registradas en producción en revistas científicas que actualmente reporta sólo a la Universidad Cayetano Heredia, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Pontificia Universidad Católica del Perú y Universidad de Ciencias Aplicadas, según el reporte de la World University Ranking 2024 de la Times Higher Education (2023).

Un elemento que validaría nuestra posición porque el “aporte” que ejecutan los abogados investigadores es ínfimo en el registro total de publicaciones en los registros de revistas científicas donde las estadísticas se vinculan sobre todo a la producción de trabajos de investigación de tesis que procuran sustentar en sus universidades, elemento que es registrado según la base de datos de Renacyt (2023).

REFERENCIAS

- ANID (2023, 10 de octubre) *Acceso al portal del investigador*.
<https://ayuda.anid.cl/hc/es/articles/360044223052--Acceso-al-Portal-del-Investigador>
- Bermúdez-Tapia, M. (2000). *Derecho a la educación bilingüe intercultural en el Perú. 1974-1999*. Tesis para optar al título de abogado. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Cañedo Andalia, R., Rodríguez Labrada, R., & Montejo Castells, M. (2010). Scopus: la mayor base de datos de literatura científica arbitrada al alcance de los países subdesarrollados. *Acimed*, 21(3), 270-282.
<https://acimed.sld.cu/index.php/acimed/article/view/14>
- Carreño-Dueñas, D., Corchuelo-Rodríguez, C. A., & Patacón-Ruiz, I. P. (2019). Revistas de Ciencias Sociales y el Derecho en el modelo de clasificación de Publindex: Impacto de la revista científica. *Revista Verba Iuris* 14(42), 113-121. <https://doi.org/10.18041/0121-3474/verbaiuris.42.5662>
- Cetto, A. M., & Alonso-Gamboa, J. O. (2021). Calidad editorial en revistas iberoamericanas de derecho y jurisprudencia desde la perspectiva de Latindex. *Revista IUS* (15).
<https://doi.org/10.35487/rius.v15i0.2021.767>
- CONAHCYT (2023, 10 de octubre) *Sistema Integrado de información sobre investigación científica, desarrollo tecnológico e investigación*.
<https://www.siicyt.gob.mx/index.php/transparencia/informes-conacyt>
- El Diario (2023, 22 de abril). *Se vende "paper" por 2.000 dólares: el mercado negro de textos académicos daña la credibilidad de la ciencia*. https://www.eldiario.es/sociedad/vende-paper-2-000-dolares-mercado-negro-textos-academicos-dana-credibilidad-ciencia_1_10384223.html
- Grossmann, A. & Brembs, B. (2021) Current market rates for scholarly publishing services. *F1000Research* [online], (10). <https://doi.org/10.12688/f1000research.27468.2>.
- INDECOPI (2022, 17 de octubre de 2022) *Resolución N.º 1403-2022/TPI-INDECOPI, Expediente N° 1516-2020/DDA del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual*. <http://servicio.indecopi.gob.pe/portalSAE/>
- Junta Nacional de Justicia (2023, 3 de octubre) *Anexo. Reglamento de concursos para la selección y nombramiento de jueces y fiscales. Acceso abierto*.
<https://www.jnj.gob.pe/wp-content/uploads/2020/11/TABLA-UNIDA-ACCESO-ABIERTO.pdf>

- Livia, J., Merino Soto, C., & Livia Ortiz, R. (2021). Producción Científica en la Base de Datos Scopus de una Universidad Privada del Perú. *Revista Digital De Investigación En Docencia Universitaria*, 16(1), e1500. <https://doi.org/10.19083/ridu.2022.1500>
- MinCiencias (2023, 10 de octubre) *Funciones y deberes*. <https://minciencias.gov.co/ministerio/funciones>
- MinCiencias (2023, 12 de octubre) *CvLAC*. https://scienti.minciencias.gov.co/cvlac/Login/pre_s_login.do
- Nassi-Calò, L. (2021) ¿Cuánto cuesta un artículo? Servicios de publicación académica y sus valores de mercado. *SciELO en Perspectiva*. <https://blog.scielo.org/es/2021/11/10/cuanto-cuesta-un-articulo/>
- Pezo Jiménez, O., Alca Gómez, A., & Fura Pongo, D. R. (2023). Análisis comparativo de la producción científica jurídica de revistas indexadas en Scopus de Latinoamérica en 2022. *Revista De Educación Y Derecho*, (28). <https://doi.org/10.1344/REYD2023.28.42976>
- Predatory Reports (2023, 4 de octubre) *The predatory journals list*. <https://predatoryreports.org/the-predatory-journals>
- RENACYT (2023, 2 de octubre) *Búsqueda de investigadores*. <https://servicio-renacyt.concytec.gob.pe/busqueda-de-investigadores/>
- SERVIR (2023, 4 de octubre) *Autoridad Nacional del Servicio Civil*. <https://www.gob.pe/servir>
- Silva Montoya, O. F., Paredes Navarrete, W. R., Díaz Basurto, I. J., & Soxo Andachi, J. W. (2023). Posicionamiento de las revistas de las ciencias jurídicas en el ámbito Latinoamericano. *Bibliotecas, Anales de Investigación*, 19(2). <http://revistas.bnjm.sld.cu/index.php/BAI/article/view/628>
- Times Higher Education (2023, 27 de septiembre) *World University Rankings 2024: results announced*. <https://www.timeshighereducation.com/news/world-university-rankings-2024-results-announced>
- Túnez López, J. M. & de Pablos Coello, J. M. (2013). El "índice h" en las estrategias de visibilidad, posicionamiento y medición de impacto de artículos y revistas de investigación. Universidad de Valladolid, Facultad de Ciencias Sociales (Ed.) *Investigar la Comunicación hoy. Revisión de políticas científicas y aportaciones metodológicas: Simposio Internacional sobre Política Científica en Comunicación* (pp. 133-150). Facultad de Ciencias Sociales, Jurídicas y de la Comunicación. <https://dialnet.unirioja.es/congreso/6599>
- Túnez López, M. (2013) El 'índice h' de la investigación en Comunicación en España, Portugal y Latinoamérica: Web of Knowledge (Wok), Scopus y Google Scholar. *Comunicación y Sociedad*, 26(4), 53-75. https://www.unav.es/fcom/communication-society/es/articulo.php?art_id=469

Universidad Privada San Juan Bautista (2023) *Proyecto de Investigación N° 0117-2023. Retos de la institucionalidad del Estado de Derecho en el Perú: Análisis de la gobernabilidad, la democracia y el fortalecimiento de DDHH en la atención a emergencias sociales, aprobado con Resolución de Vicerrectorado de Investigación y Responsabilidad Social N° 024-2023-VRIRS-UPSJB (2).* UPSJB.
<https://intranet.upsjb.edu.pe/Downloadfile/Archivos/GANADORES-DE-CONCURSO-FONDOS-UPSJB-2023.pdf>

Velterop, J. (2018) Plan S – y cargos por procesamiento de artículos (APC) [online]. *SciELO en Perspectiva*. <https://blog.scielo.org/es/2018/11/27/plan-s-y-cargos-por-procesamiento-de-articulos-apc/>

LA INCAPACIDAD MORAL PERMANENTE COMO CAUSAL DE VACANCIA PRESIDENCIAL EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ

*PERMANENT MORAL INCAPACITY AS A CAUSE FOR PRESIDENTIAL
VACANCY IN THE POLITICAL CONSTITUTION OF PERU*

Fecha de recepción: 15/11/2023
Fecha de aprobación: 12/03/2024



e-ISSN: 2961-2934

<https://doi.org/10.61542/rjch.53>

Esmeralda Durand Herrera

Universidad de Castilla – La Mancha
esmeralda.durand@alu.uclm.es

 <https://orcid.org/0000-0002-8681-347X>

RESUMEN

Este artículo se centra en la interpretación subjetiva de la vacancia presidencial por incapacidad moral en la Constitución peruana, específicamente en el Art. 113. Examina la evolución histórica de esta interpretación, transitando desde la concepción inicial de incapacidad mental hacia un enfoque ético del comportamiento individual. El análisis se enfoca en casos recientes, como los intentos de destituir a Pedro Pablo Kuczynski en 2018 y la vacancia de Martín Vizcarra en 2020, subrayando la amenaza de un uso discrecional de esta causal con fines políticos. El artículo busca proponer soluciones para prevenir interpretaciones arbitrarias mediante reformas legislativas y constitucionales, respaldadas por un análisis casuístico y doctrinario. Se destaca la necesidad de clarificar y objetivar los criterios de incapacidad moral, evitando su manipulación con motivaciones políticas. La investigación aspira a contribuir a la estabilidad institucional, garantizando que la vacancia presidencial se ajuste a principios constitucionales sólidos y no se convierta en un instrumento discrecional en manos de intereses partidistas.

Palabras clave

Vacancia presidencial, incapacidad moral, interpretación, reforma legislativa.



ABSTRACT

This article focuses on the subjective interpretation of presidential vacancy due to moral incapacity in the Peruvian Constitution, specifically in Article 113. It examines the historical evolution of this interpretation, moving from the initial conception of mental incapacity towards an ethical approach to individual behavior. The analysis focuses on recent cases, such as the attempts to remove Pedro Pablo Kuczynski in 2018 and the vacancy of Martín Vizcarra in 2020, highlighting the threat of discretionary use of this cause for political purposes. The article seeks to propose solutions to prevent arbitrary interpretations through legislative and constitutional reforms, supported by a casuistic and doctrinal analysis. It emphasizes the need to clarify and objectify the criteria of moral incapacity, avoiding its manipulation for political motivations. The research aims to contribute to institutional stability, ensuring that presidential vacancy adheres to solid constitutional principles and does not become a discretionary tool in the hands of partisan interests.

Keywords

Presidential vacancy, moral incapacity, interpretation, legislative reform.

RÉSUMÉ

Cet article se concentre sur l'interprétation subjective de la vacance présidentielle en raison d'une incapacité morale dans la Constitution péruvienne, spécifiquement à l'article 113. Il examine l'évolution historique de cette interprétation, passant de la conception initiale de l'incapacité mentale à une approche éthique du comportement individuel. L'analyse se concentre sur des cas récents, tels que les tentatives de destitution de Pedro Pablo Kuczynski en 2018 et la vacance de Martín Vizcarra en 2020, mettant en évidence la menace d'utilisation discrétionnaire de ce motif à des fins politiques. L'article vise à proposer des solutions pour prévenir les interprétations arbitraires par le biais de réformes législatives et constitutionnelles, soutenues par une analyse casuistique et doctrinale. Il souligne la nécessité de clarifier et d'objectiver les critères d'incapacité morale, évitant ainsi toute manipulation à des fins politiques. La recherche vise à contribuer à la stabilité institutionnelle, en veillant à ce que la vacance présidentielle respecte des principes constitutionnels solides et ne devienne pas un outil discrétionnaire aux mains d'intérêts partisans.

Mots-clés

Vacance présidentielle, incapacité morale, interprétation, réforme législative.

INTRODUCCIÓN

Partiremos de la interrogante de cuáles son los factores primordiales que influyen en la desnaturalización interpretativa de la figura de la vacancia presidencial por incapacidad moral que vulnera los principios reconocidos en la constitución. Para responder a dicha cuestión es necesario tener una aproximación conceptual de lo que es la figura de vacancia presidencial por incapacidad moral, el cual, se encuentra regulado en el Art. 113 de la Constitución Política del Perú y se ha podido identificar que ostenta de una interpretación de índole subjetiva, siendo este abierto y arbitrario.

Ahora bien, la vacancia por incapacidad moral se encuentra regulada dentro de la legislación peruana desde el año 1839, la misma que se encuentra vigente hasta la actualidad en la Constitución de 1993. No obstante, la interpretación que se le ha otorgado a esta figura a lo largo de los años ha ido variando, pues en un inicio era entendido como la incapacidad mental, en la actualidad ostenta de un contenido subjetivo vinculándolo con el comportamiento bueno o malo del individuo. Esta subjetividad pone en peligro a varios principios y garantías que tienen todas las personas y que son reconocidos en la Constitución. Por tanto, advirtiendo ya nuestra posición, consideramos que debe haber una modificación legislativa respecto de la regulación de esta figura que eluda cualquier tipo subjetividad que posibilite la arbitrariedad, es decir que su interpretación no sea antojadiza beneficiando a ciertos grupos políticos, sino que sea acorde al modelo constitucional peruano.

En los últimos años, en el Perú, la vacancia presidencial ha sido abordada dentro de la coyuntura política. En un primer momento, en el año 2018, se presenta la inminente vacancia del expresidente Pedro Pablo Kuczynski, quien, si bien no fue vacado, fue parte de dos mociones de vacancia, por otro lado, en el año 2020 se aprobó una moción de vacancia contra el presidente Martín Vizcarra quien era el mandatario vigente en ese momento.

De esta forma se puede evidenciar que existe una forma constitucional para que el Parlamento pueda vacar al máximo representante del poder ejecutivo; sin embargo, al ser esta una causal muy subjetivada y que se usa de forma discrecional posibilita a que el congreso lo admita tan solo por intereses meramente políticos poniendo en peligro la estabilidad de un país.

Es por ello que, se ha planteado como objetivo general, identificar las posibles vías de solución a la interpretación subjetiva de la causal de vacancia presidencial por incapacidad moral que vulnera los principios reconocidos en la Constitución. Para lo cual, se analizará la figura de la vacancia presidencial en algunos periodos de la historia del Perú, realizando un análisis casuístico de los presidentes vacados. Por último, se analizará los artículos que regulan la figura bajo estudio para identificar la necesidad de una reforma legislativa y constitucional. Tras un método de observación de fuentes doctrinarias se formulará algunas propuestas de solución a manera de conclusión.

1. Antecedentes históricos de la regulación de la Vacancia Presidencial por incapacidad moral en el ordenamiento constitucional peruano

1.1. Constitución de 1828

La figura de la vacancia presidencial por incapacidad aparece en esta Constitución específicamente en su Art. 83, una regulación que es similar a la establecida dentro de la Constitución vigente, pues se estableció que el vicepresidente tomaría el lugar del presidente frente a las situaciones de “imposibilidad moral”. No obstante, se vislumbra que no se encuentra establecida la competencia de un determinado órgano político que se encargue de verificar la denominada “imposibilidad moral”.

1.2. Constitución de 1839

Dentro de esta norma, en su Art. 81 se estableció que el presidente de la república sería vacado cuando incurra en “perpetua imposibilidad física o moral”. Asimismo, en su Art. 82, se fija que frente a un contexto de vacancia del presidente su sucesor sería de forma provisoria el presidente del Consejo de Estado, el cual tendrá el deber de convocar, dentro del plazo de los 10 primeros días de su mandato, a los colegios electorales para que se escoja un nuevo presidente. Es relevante resaltar que dentro de esta Constitución no se fija un órgano político que tenga la competencia de determinar la imposibilidad moral del presidente.

1.3. Constitución de 1856

Esta norma establece en su Art. 83 que el presidente vacaría en razón de “incapacidad moral”, siendo su sucesor, conforme a lo establecido en su Art. 85, el vicepresidente hasta la culminación del período que sigue. En caso de que incurran en vacancia tanto el presidente como el vicepresidente, el encargado de asumir la presidencia es el máximo representante del Consejo de Ministros, así lo dispone su Art. 86. Al igual que los anteriores Constituciones, no se dispuso un órgano político que determine la incapacidad moral del presidente.

1.4. Constitución de 1860

En esta Constitución se regulo la vacancia del presidente en razón de su “perpetua incapacidad moral”, así lo establece el Art. 88 de la norma. El sucesor ante un contexto de vacancia del presidente sería el Primer vicepresidente hasta la culminación de su etapa conforme lo indica el Art. 90 de la misma norma. Dentro de lo descrito en esta norma no se establece un órgano específico que tenga la competencia para determinar la incapacidad moral del presidente.

1.5. Constitución de 1867

La figura de la vacancia del presidente por “incapacidad moral” se estableció en el Art. 80 inciso 2 de esta norma, estableciendo como sucesor al presidente del Consejo de Ministros, quien una vez asumido el cargo tiene un plazo de 3 días para que disponga el procedimiento correspondiente para la elección del Presidente. No se dispone el establecimiento de un órgano competente que declare la incapacidad moral del presidente.

1.6. Constitución de 1920

Dentro de esta Constitución se dispuso en su Art. 115 numeral 1 la vacancia del presidente por “permanente incapacidad moral declarada por el Congreso”, en esta norma, en su Art. 83 numeral 14 se le otorga al Congreso la competencia para determinar la capacidad o incapacidad moral del presidente.

1.7. Constitución de 1933

Dentro de esta norma, se dispuso en el Art. 144 inciso 1 que la vacancia del presidente se da por la “permanente incapacidad moral declarada por el congreso”. La competencia que se le brinda al congreso para determinar la vacancia es fijada en el Art. 123 inciso 12 de la misma norma, el mismo que tendrá que elegir a un sucesor para lo que resta del periodo de gobierno, esta decisión se debe realizar en el transcurso de los tres días que se declara la vacancia.

1.8. Constitución de 1979

La figura de la vacancia presidencial en esta norma fue establecida en el Art. 206 numeral 1, estableciéndose que la vacancia se daba por la “incapacidad moral declarada por el Congreso”. Conforme a lo establecido en el Art. 208 el sucesor sería el primer vicepresidente, o en su defecto el segundo.

El congreso de esta constitución fue diseñado de forma bicameral, incluyéndose dentro de su competencia la facultad para declarar incapaz moral al presidente del Estado conforme lo fija el Art. 186 del mismo cuerpo normativo.

2. La regulación contenida en el Art. 113 de la Constitución de 1993

La disposición fundamental dentro de la Constitución de 1993 referente a la figura de vacancia presidencial por incapacidad moral permanente se encuentra establecida en el Art. 113 numeral 2, en donde se menciona que el cargo de presidente de la República vaca por la permanente incapacidad moral incoado por el Congreso. De esta regulación se puede inferir que se tiene como supuesto de hecho la declaración dada por parte del Congreso sobre la incapacidad moral permanente del presidente, teniendo como consecuencia jurídica la vacancia del presidente de Estado (Atienza & Ruiz Manero, 1991, p. 107).

Conforme a lo establecido en la norma constitucional, es el Congreso quien tiene la facultad de declarar la incapacidad moral permanente del presidente, no obstante, no se señala el momento en el cual este poder del Estado tiene la facultad de hacerlo. Ante ello se tienen distintas posiciones dentro de las cuales tenemos:

- a. Se podría comprender, en una primera interpretación, que la declaración de incapacidad moral permanente es un acto autónomo del Congreso, en donde sólo es suficiente la sola aceptación de la moción que formulo la vacancia por parte de los 2/3 de los congresistas conforme está regulado en el Art, 89 - A del Reglamento del Congreso. Podemos ver que la validez de esta declaración brindada por el congreso no incluye una actividad de análisis por parte de este órgano respecto del comportamiento del presidente, sino tan

solo se circunscribe a la voluntad de estos en aprobar esta declaración de incapacidad. Por tanto, esta facultad del Congreso es enteramente autónoma, no siendo pasible de ser cuestionada, pues no tendrían que demostrar si es efectiva la aplicación de vacancia hacia el presidente.

Esta primera interpretación es sustentada con la figura de la discrecionalidad mayor fijada por el Tribunal Constitucional (2004) mediante la STC Exp. N.º0090-2004-AA/TC¹. Esta figura es aplicable a la actividad que realiza cualquier poder político, definiéndolo el TC como aquella en donde la toma de una decisión no es limitada por algún concepto jurídico, por tanto, el órgano competente para la toma de una determinada decisión tiene la libertad de hacerlo de forma plena. En la misma sentencia el TC señala que esta decisión está supeditada al control político, y por tanto al control jurisdiccional teniendo en cuenta las formalidades procesales que debe cumplir; sin embargo, estos límites no están claramente definidos.

PÉREZ menciona que las sanciones políticas no menoscaban un derecho individual, sino un cargo ocupado por una persona debido a una investidura pública (Pérez-Royo, 2018, p. 358). Pues la forma de actuación de los diferentes poderes constituidos se administra mediante un sistema propio de reglas, en el cual influye mucho las competencias y tensiones de la misma vida política.

- b. Una segunda postura, que es considerada como intermedia, señala que el Congreso al ser un representante de la voluntad del pueblo tiene la facultad plena de determinar qué comportamiento es considerado como incapacidad moral permanente, quedando sujeto a demostrar por parte del mismo, la comisión del acto realizado por el presidente calificado como inmoral.

De acuerdo con lo establecido en el Art. 89-A del Reglamento del Congreso, se fija que la solicitud de vacancia llevará consigo todo el sustento de hecho y de derecho que lo acredite; sin embargo, esta regulación no significa que tenga un amparo constitucional. Dentro de este mismo reglamento no se establece una sanción por el incumplimiento de lo establecido en el mismo, siendo el Congreso en última instancia que se encargará de disciplinar estas cuestiones.

- c. Una última postura, Hart (1958) hace referencia a que se entenderá la validez de la declaración de incapacidad moral permanente del presidente por parte del Congreso, siempre y cuando se cumpla la cláusula implícita en lo establecido en la Constitución

¹ En esta sentencia se indica que la discrecionalidad tiene su justificación en el propio Estado de Derecho, puesto que atañe a los elementos de oportunidad, conveniencia, necesidad o utilidad; amén de las valoraciones técnicas que concurren en una gran parte de las actuaciones de la administración estatal. De conformidad con los mandatos de la Constitución o la ley, la discrecionalidad está sujeta a los grados de arbitrio concedidos, los cuales pueden ser mayor, intermedio o menor. La discrecionalidad mayor es aquella en donde el margen de arbitrio para decidir no se encuentra acotado o restringido por concepto jurídico alguno. Por ende, el ente administrativo dotado de competencias no regladas se encuentra en la libertad de optar plenariamente.

que es cuando el presidente incurra en un acto que lo caracterice como incapaz moral permanente, el Congreso tendrá posibilidad de declararla.

Esta postura presenta el conflicto respecto a la conceptualización de la moralidad, es decir establecer cuáles son los criterios para fijar que algo es acorde a la moral, ya sea establecida por un conglomerado de normas trascendentes como son la moralidad natural, o las normas convencionales sociales que viene a ser la moralidad positiva.

Bajo la primera concepción de moralidad, es decir del realismo moral, San Agustín (1969) menciona que una acción humana específica es moral o no teniendo en cuenta un conjunto de normas inalterables compenetradas con el orden del universo. Por su parte, Habermas (1999) declara que esta postura choca con la complicada tarea de sustentar la existencia de una realidad moral trascendente, es decir una moral que sea independiente del conocimiento humano, además que sirva como herramienta de acceso al cosmos.

Para la segunda concepción de moralidad como convención social, Arendt (2002) se refiere al conjunto de costumbres que, al ser aceptadas y validas dentro de un grupo de personas, determinan el comportamiento de los mismos, y todo acto contrario es reprochable porque es discordante a la misma (p. 31). Esta postura que cataloga a las normas morales como resultado de una convención, se implantan en el sujeto debido a la creencia de ciertos valores.

Se debe tener en cuenta, según Weber (1964), que las representaciones morales son contundentes maquinas sociales, pues en una misma sociedad coexisten distintas concepciones de índole moral, las mismas que son eficaces para poder establecer el comportamiento real de los actores sociales (p. 26).

Respecto de individualizar estas normas sociales, se debe poner bajo análisis el grado de aceptación que tiene dentro de la sociedad ya que la misma no se manifiesta de forma transparente ante los sujetos que la constituyen, es decir estas representaciones morales individuales están deformadas por la experiencia personal de cada persona. Por lo tanto, para Dahl (1985), la contienda respecto a las fronteras que tiene el comportamiento moral se halla en una variación constante, la cual, según, Pierre Bourdieu (2012), es cultivada por las representaciones morales de los actores sociales y las posiciones que ocupan dentro de la sociedad. De esta forma es probable que dentro de una sociedad se formen distintos puntos de vistas ideológicos.

No obstante, Rawls (2012), enuncia que, sí es posible que dentro de una sociedad se afiancen un conjunto de criterios morales que sean aceptados por la mayoría, los mismos que al ser transgredidos por ciertos actos estos serán reprendidos. Se habla de normas morales socialmente objetivadas, las mismas que serán de mayor o menor cantidad y complejidad acorde a la homogeneidad que tenga el esqueleto social (pp. 225-226).

Habiéndose mostrado el conflicto que existe respecto de la concepción de moralidad, Roxin (1997), menciona que se debe tener en cuenta otra complicación más, que está relacionada con el supuesto de hecho de la figura de incapacidad moral permanente, en donde no solo basta con que el presidente sea inmoral, sino que este se encuentre en una

situación de incapacidad moral permanente, trayendo consigo la incógnita sobre si este estado es uno natural y por lo tanto pone de manifiesto el conflicto existente respecto del establecimiento de los criterios para fijar cuando uno incurro en dicho estado (pp. 176-177).

Como consecuencia queda evidenciado que la exigencia normativa referente a que el presidente haya actuado de forma inmoral o se haya constituido como incapaz moral permanente para el Congreso lo declare como tal, se entiende, tomando en cuenta las distintas concepciones de moralidad que pueden tomarse dentro de la sociedad, en el requisito de que el órgano con la facultad para determinar la inmoralidad tenga la capacidad de elaborar un discurso que resguarde la legitimidad de su decisión.

Por último, surge la pregunta, bajo la presente interpretación, si al momento de que el presidente realice un acto entendido como inmoral, el Congreso está obligado o tan solo tiene la facultad de expresar su incapacidad moral permanente. Esta duda, según Moreso (1997), implica determinar si la disposición comentada viene a ser para el Congreso, una norma perceptiva que parte del *ius cogens*, o por el contrario viene a ser una norma permisiva. Ante este cuestionamiento, Fernández (1998), menciona que nuestro ordenamiento jurídico constitucional no establece herramientas por los cuales se pueda obligar al Congreso que cumpla con dicho deber, siendo los únicos medios por los cuales se puede exigir la actuación del Congreso mediante la presión política extrainstitucional (pp. 107–108).

3. Dificultades de la figura de la incapacidad moral como causal de vacancia en el modelo presidencial peruano

Un suceso recordado de la historia que abrió la posibilidad de aplicar la causal de vacancia por incapacidad moral del mandatario del país sucedió durante el gobierno de Alejandro Toledo Manrique. Durante su periodo se descubrieron reuniones entre varios funcionarios en distintas situaciones indebidas, además del reconocimiento de una hija extramatrimonial de su parte, ocasionando un merme en su aprobación por parte del Perú, dando paso a la aplicación de la figura bajo análisis.

Esta situación no era fácil de pasar desapercibido, pues el reglamento del congreso no había establecido en ese momento regulación alguna que regentara la figura de la vacancia por incapacidad moral, menos aún, se había instaurado la cantidad de votos requeridos para la aplicación de la figura estudiada. Es así como se concluyó que era suficiente una mayoría simple para firmar este acuerdo.

Sin duda alguna esta mayoría simple tan solo por parte del Congreso van en contra del modelo presidencial convirtiéndolo en un modelo parlamentario. Ante este contexto, el Tribunal Constitucional (2003), emitió una sentencia popular respecto de antejuicio y juicio político, donde manifestó que no existe procedimiento alguno respecto de la aplicación de la figura fijada en el inciso 2) del Art. 113 de la Constitución vigente por parte del Congreso, que refiere a permanente incapacidad moral o física. Siendo así que no es razonable que se aplique

esta figura al cargo más alto de la nación debido a la votación de una mayoría simple del congreso, pues esto de forma evidente iría en contra del principio de razonabilidad, hecho inadmisibles en un Estado social y democrático de derecho; por lo que, este organismo, que viene a ser el máximo intérprete de la constitución, exhorta al Congreso que fije un procedimiento idóneo para que se llegue al acuerdo de aplicar la figura de la vacancia presidencial por las causales mencionadas, teniendo en cuenta las disposiciones que establece la Constitución debiendo entablarse una votación calificada no menor de los 2/3 de la cantidad legal del Congreso (STC Exp. N.º0006-2003-AI/TC).

Este órgano supremo de interpretación considera que ante una figura tan delicada como lo es la vacancia por incapacidad moral, que trae consigo la inestabilidad política de un país, no puede estar sujeto a votación de una mayoría simple, siendo más razonable que se establezca una votación de dos tercios de la cantidad legal de congresistas. De esta forma se optaría por el consenso de 80 de 120 congresistas para llegar a un acuerdo respecto de la aplicación de esta figura tan relevante.

La recomendación brindada por el TC fue aceptada por el Congreso, pues impuso dentro de su reglamento específicamente en el Art. 89 el procedimiento para la aplicación de la figura de la vacancia por incapacidad moral, también el número de votación calificada para decidirlo.

No obstante, sin despreciar la opinión emitida por el TC, es necesario realizar un estudio más detallado de la figura bajo análisis. Si observamos las antiguas figuras de vacancia como lo son la renuncia admitida por el Congreso, la muerte, incapacidad física, podemos ver que absolutamente todas no necesitan de una contradicción y son de carácter objetivo, un ejemplo de ello es la muerte por la cual no se puede presentar ninguna objeción. En cambio, la figura de vacancia por incapacidad moral, si requiere de contradicción por lo que es necesario tener en cuenta la defensa del mandatario afectado por el mismo. Desde ese punto de vista esta figura quiebra el esquema que siempre han tenido los diferentes supuestos de vacancia presentados durante nuestras constituciones.

Asimismo, la vacancia por incapacidad moral rompe con el modelo presidencial, pues es discordante que se fije una coraza como el que se establece en el Art. 117 de la Constitución al mandatario del Estado, cuando bajo la extensa contemplación de una incapacidad moral puede reducirse el periodo de gobierno de un presidente en manos del congreso. En otras palabras, podemos decir que, si con el modelo presidencial se busca que el presidente presida el gobierno mediante un tiempo firme y prefijado, un modelo diferente al europeo en donde el esquema parlamentario está regido por censuras y disoluciones, donde su mandato solo puede ser cuestionado por situaciones extraordinarias determinantes, es ilógico que el término de este periodo de gobierno culmine en razón de una figura tan indeterminada como lo es la moral.

Teniendo en cuenta lo antes mencionado, se puede decir que la figura de la incapacidad moral como supuesto de vacancia presidencial viene a ser incongruente con el modelo presidencial del gobierno peruano, el cual tiene como eje central que el representante máximo del Poder Ejecutivo ejecute su poder durante un periodo establecido de forma constitucional.

Esto viene a representar una forma de blindaje establecido en el Art. 117 de la Constitución, el cual sería incongruente si el Congreso puede culminar con anticipación este periodo bajo el sustento de una conducta extensamente acomodable a un caso de incapacidad moral. Además, respecto de las diversas causales de vacancia podemos decir que estas se relacionan por ser un suceso que ocurre en la realidad y que tienen como resultado una determinada consecuencia jurídica, lo cual no requiere de mucha discusión, como la muerte, renuncia aceptada, entre otros. Es así como el congreso, respecto a las diversas causales de vacancia mencionadas, solo le incumbe ratificar su existencia, en cambio con respecto a la causal de incapacidad moral si busca interpretarlo bajo planteamientos indeterminados.

Ante este contexto es que muchos autores mencionan que la denominación de moral debe ser entendida como mental. Pues si se llega a entender que la incapacidad moral como incapacidad mental, no existiría dilema alguno y esta causal tendría, al igual que las demás, un carácter objetivo e incuestionable.

Sin embargo, esta solución podría ser muy fácil, pero no es dable que se desconozca los matices que lleva consigo la causal de incapacidad moral, la misma que ya ha ocasionado la pérdida de tres presidentes del estado peruano. Por ello al estar esta causal incorporada en nuestra constitución, es necesario otorgarle algunos alcances que lo hagan compatible con la estabilidad política que requiere la nación del Perú.

Es importante establecer una diferencia entre las figuras de incapacidad moral e infracción constitucional, para exterminar cualquier tipo de duplicidad que nazca entre ellas. La infracción constitucional es una figura amplia y difusa, la cual será determinada mediante una instancia legislativa haciendo uso de su facultad discrecional. Por ejemplo, la incapacidad moral declarada a los presidentes José de la Riva Agüero y Guillermo Billinghurst fueron respuestas a cuestiones políticas, donde la razón de infracción de la Constitución era aplicable igual forma.

De esta manera, si el comportamiento bajo reproche del mandatario del Estado se engloba dentro de los perfiles de la infracción constitucional, no es posible que concierna la figura de vacancia por incapacidad moral. En cambio, solo se debe aplicar la causal de vacancia por incapacidad moral para vetar aquellos comportamientos indebidos que sin duda alguna significarían una infracción a la Constitución. En otras palabras, podemos decir que, si una vulneración a la Constitución significa cualquier afectación a sus disposiciones, incluso los implícitos, existirían ciertos comportamientos que estarían fuera de dicha demarcación. Por ejemplo, en un supuesto de adicción de drogas, ebriedad asidua o, como sucedió, la huida del país del presidente Alberto Fujimori y su posterior renuncia por fax, no pueden ser consideradas infracciones constitucionales, ya que se presentan más como comportamientos opuestos a la solemnidad del cargo de presidente del país.

Por ello, dentro del ámbito de ejercicio de una potestad parlamentaria que debe ser ejecutada con respeto dentro de un Estado constitucional, es aceptable la existencia de la figura de incapacidad moral como causal de vacancia del mandatario del país, vetando todos aquellos

actos que este realice que representen acciones u omisiones que vayan en contra de la dignidad de la persona que ejerza el cargo de presidente de un Estado y por tanto no pueda seguir utilizándolo. Los parámetros de moralidad podría ser todas aquellas conductas que deterioren de forma grave la dignidad presidencial, siendo inevitable la destitución de la persona que lo ejerce ya que debido a esas conductas no se puede mantener como titular del Gobierno.

4. Análisis casuístico sobre la vacancia presidencial por incapacidad moral en el Perú

Como bien se ha indicado, la figura de vacancia presidencial surge en el Perú con la Constitución de 1834, pero es en la Constitución de 1839 que se le agrega la causal de incapacidad moral. No obstante, a pesar de ser una figura nueva, dentro de la historia del Perú ya existen antecedentes respecto de ella.

4.1. Caso José de la Riva Agüero y Guillermo Billinghurst Angulo

El primer presidente vacado por incapacidad moral dentro de la historia del Perú fue don José de la Riva Agüero, posteriormente en el año 1914 el presidente Guillermo E. Billinghurst Angulo es vacado por la misma causal (Mendoza, 2017). La ejecución de esta figura para ambos presidentes se originó producto de un fuerte conflicto ocasionado entre el poder Ejecutivo y el poder Legislativo, además que no contaban con el respaldo necesario para poder gobernar con tranquilidad, pues no tenían mayoría en el Congreso. De esta forma, el poder legislativo se valía de la figura de la vacancia por causal de incapacidad moral para vacar a cualquier presidente que les genere conflicto.

4.2. Caso Alberto Kenya Fujimori Fujimori

Ante el escenario de corrupción que estaba inmiscuido el gobierno de Alberto Fujimori, este renunció a la presidencia del estado peruano mediante un fax desde un hotel fuera del país. Este hecho ocasionó una gran indignación en todos los ciudadanos por lo que el 21 de noviembre del 2000 se reúne el Pleno del Congreso para evaluar la aceptación de renuncia o la aplicación de la vacancia por incapacidad moral.

Este contexto propicio a que se dieran diferentes conceptualizaciones por parte de los congresistas de dicho Parlamento respecto de la figura de la vacancia por incapacidad moral. Por un lado, para el congresista de Perú Posible Fernando Marcial Ayaipoma Alvarado manifestó que la incapacidad moral viene a ser una acción indigna, en otras palabras, un comportamiento inmoral, y en el caso de Alberto Fujimori se ve materializada con el acto de renunciar sin mostrar la cara a su pueblo. Por otro lado, la congresista Patricia Elizabeth Donayre Pasquel del partido Frente Independiente Moralizador estipuló que “la incapacidad moral es un concepto bastante abstracto que envuelve principalmente valores y principios que todos ciudadanos debemos respetar” (Congreso del Perú, 2000a, p. 15); además, lo relaciona con el derecho romano, en donde, cuando se infringe contra la moral y los principios, se le castigaba con la denegación de ejecutar sus derechos y obligaciones; en esa misma línea de

ideas la congresista sostiene que se le debe sancionar al Presidente “por no haber cumplido fehacientemente con sus derechos y obligaciones, y por haber violentado principios elementales, atentando contra la dignidad” (Congreso del Perú, 2000a, p. 17).

El congresista Velit Granda (Congreso del Perú, 2000b), en su participación menciona que, la incapacidad viene ser la ausencia de calidades idóneas para gobernar un estado, del mismo modo que la anterior congresista, utiliza el derecho romano para poder explicar el tema, diciendo que, la torpeza, forma inadecuada de llevar a cabo una acción contrariando la costumbre, como también la infamia, que mancha a quien comete un acto vergonzoso, son causas suficientes para declarar la incapacidad de una persona en su función pública.

Asimismo, la congresista Gloria Helfer (Congreso del Perú, 2000b), menciona: “Tenemos que decidir hoy justamente si este personaje, el señor Alberto Fujimori, ha sido capaz durante su gestión de distinguir entre el bien y el mal, si tiene o no esa capacidad moral”, vinculando de forma explícita la incapacidad moral con la facultad de poder diferenciar lo bueno de lo malo, conduciéndolo a un asunto moral y ético.

En tanto que, el congresista por Perú 2000, Walter Manrique Pacheco separa cada uno de los términos sobre los que se está debatiendo y menciona que con respecto a la vacancia este viene a ser un cargo sin cubrir, por renuncia este viene a ser la dimisión voluntaria de algo que se posee y por último define a la incapacidad como la carencia de aptitud para ejecutar derechos y contener deberes (Congreso del Perú, 2000b).

4.3. Caso Alejandro Toledo Manrique

A lo largo del gobierno del expresidente Toledo, este padeció de un descenso en la aprobación por parte de la población. Las razones de esta reprobación de la gestión de su gobierno son originadas por él mismo y por los militantes de su partido político, debido a un inadecuado manejo político. Durante su campaña electoral el señor Toledo prometió reconocer como su hija a Zaraf Jezabel Toledo Orozco, hecho que no cumplía y se hacía valer de técnicas legales para dilatar el proceso judicial. Esto provocó que su popularidad mermara y sus enemigos políticos se aprovecharan de ello para proponer la posibilidad de vacar al presidente por incapacidad moral (El País, 2001).

La posibilidad de vacar al entonces presidente Toledo, sirvió para que se toquen puntos importantes respecto de la figura de vacancia por incapacidad moral. Los puntos más relevantes eran la ausencia de regulación específica de la figura y la falta de determinación del quórum y número para que el parlamento decida aplicarla. Estos puntos controvertidos fueron tratados por el máximo intérprete de la constitución, otorgando recomendaciones a través de la STC N° 0006-2003-AI/TC, la misma que produjo la creación del artículo 89-A del Reglamento del Congreso, donde se regenta el procedimiento que se debe llevar a cabo para aplicar la figura de la vacancia presidencial por la causal de incapacidad moral.

4.4. Caso Pedro Pablo Kuczynski Godard

Uno de los últimos hechos ocurridos en el Perú, fue la renuncia al cargo de presidente por parte del señor Pedro Pablo Kuczynski, a quien el Congreso lo inculpaba por haber realizado actos indebidos. Estos actos se referían a las relaciones que tenía Kuczynski mediante su empresa Westfield Capital con Odebrecht. El señor Kuczynski, mientras fue ministro de economía durante el gobierno de Toledo, su empresa llegó a concretizar trabajos con Odebrecht. Estos descubrimientos fueron completamente negados por el mismo, los cuales al momento de ser comprobados y manifestados por el mismo representante de Odebrecht dejó en muy mala posición al señor Kuczynski ante la opinión pública (BBC Mundo, 2018).

Al término del año 2017 se le otorgó el indulto al ex presidente Alberto Fujimori, hecho que sirvió de muchas especulaciones, pues se planteó la idea que este acto era parte de la devolución de un favor de Kuczynski hacia Kenji Fujimori por conseguir los votos para eludir su vacancia. Lo que originó un gran escándalo fueron los audios y videos descubiertos entre el ministro Bruno Giuffra y Kenji Fujimori en donde se evidencia de forma clara la negociación que se pacta para evitar la vacancia de Kuczynski. Ante todos los sucesos mencionados, el señor Kuczynski opta por renunciar al cargo de presidente, renuncia que fue aceptada por el Congreso, salvando su carrera política e imagen empresarial de habersele sido aplicado la vacancia por incapacidad moral (BBC Mundo, 2018).

4.5. Caso Martín Vizcarra

Para el año 2020 dentro del contexto político peruano se plantea la moción de vacancia en contra del señor Martín Vizcarra. El pleno del congreso declaró la permanente incapacidad moral del entonces presidente ante un juicio político abierto en su contra. La iniciativa de vacar, al entonces mandatario, se originó debido a un escándalo de corrupción que inmiscuía al señor Martín Vizcarra durante el periodo en que fue gobernador en la provincia de Moquegua. Ante ello, Vizcarra defendió su inocencia, sin embargo mediante varias declaraciones obtenidas por parte de la fiscalía a través de los aspirantes a colaboradores eficaces, se le acusaba de haber recibido hasta 2,3 millones de soles en sobornos para otorgar dos obras públicas, además se filtraron conversaciones privadas entre el señor Martín Vizcarra y el señor José Hernández ex ministro de agricultura, quien tubo conversaciones con los representantes de ICCGSA, quienes realizaron pagos ilícitos a Vizcarra a cambio de la construcción del hospital de Moquegua. Ante estos hechos, se hizo fácil el planteamiento de la moción de vacancia al señor Vizcarra por parte de sus enemigos políticos, pues si bien es cierto son acusaciones fuertes, estas no eran comprobadas y definitivamente se menoscaban el derecho al debido proceso.

5. Trámite y procedimiento establecido en el Artículo 89 del Reglamento del Congreso

Para ocuparse sobre el tema de la cantidad mínima de congresistas que se requiere para admitir a discusión la aplicación de la figura de vacancia presidencial, es necesario tener

presente dos principios, el principio de proporcionalidad y razonabilidad, de gran relevancia e importancia, más aún en asuntos que tienen impacto nacional, debido a que entra en controversia la continuidad del cargo de presidente de un Estado. Siendo esto así, es necesario que al momento de legislar sobre el tema se debe ser lo más objetivo posible.

La legislación vigente menciona por lo menos el 40% de los congresistas hábiles, es decir de encontrarse hábiles los 130 congresistas, es necesario la participación de 52 de los legisladores. Si la primera barrera es de 46 legisladores para requerir la moción de vacancia, la cual se ha podido lograr, demostrando un consenso entre el Parlamento para alcanzar dicho cometido. La siguiente barrera para que la moción sea admitida a debate debe ser mayor; por lo tanto, consideramos que se debería solicitar una mayoría absoluta de 66 congresistas y así la vacancia prospere.

La convergencia referente a los plazos se encuentra dentro del Art. 89-A del Reglamento del Congreso (2023), donde se menciona que:

El Pleno del Congreso acuerda día y hora para el debate y votación del pedido de vacancia, sesión que no puede realizarse antes del tercer día siguiente a la votación de la admisión del pedido ni después del décimo, salvo que cuatro quintas partes del número legal de Congresistas acuerden un plazo menor o su debate y votación inmediata. Si fuera necesario se cita, para este efecto, a una sesión especial. El 83 presidente de la República cuya vacancia es materia del pedido puede ejercer personalmente su derecho de defensa o ser asistido por letrado, hasta por sesenta minutos. (literal c)

Para empezar, el número de días fijados para que se realice la sesión de debate y votación es de tres días como mínimo a diez días como máximo. El plazo mínimo es extremadamente corto para que un sujeto pueda formular de forma adecuada su defensa, atentándose evidentemente contra el debido proceso que la Carta Magna reconoce como un derecho fundamental. Si bien es cierto que se puede llevar a cabo en más de tres días, el tan solo hecho que este sea el plazo mínimo es un atentado contra el debido proceso, porque se puede hacer uso de este corto tiempo para decidir solicitar la vacancia presidencial. De ocurrir ello, de forma evidente se atentaría contra el principio de interdicción de arbitrariedad, proporcionalidad y de razonabilidad, pues si bien el Congreso es el encargado de convenir el plazo para que se realice la sesión, este debe estar acorde a los criterios de razonabilidad evitando cualquier tipo de arbitrariedad.

Seguidamente; la situación se empeora cuando se fija en dicha regulación que “salvo que cuatro quintas partes del número legal de Congresistas acuerden un plazo menor o su debate y votación inmediata”. Si el plazo de 3 días es extremadamente corto y desproporcional para que se ejerza la debida defensa, un plazo menor a ese y que la sesión se origine de forma inmediata atenta de mayor manera contra el principio de interdicción de arbitrariedad, el derecho fundamental al debido proceso y el principio de razonabilidad.

Asimismo, dicha regulación donde se establece la posibilidad de admitir a debate en un plazo menor a tres días no es razonable. Desde el punto de vista del principio de proporcionalidad, todo acto realizado por una autoridad requiere que se efectúe mediante los órganos competentes y acorde a un debido procedimiento, pero sobre todo en concordancia con los principios y valores consagrados dentro de la Constitución. En otras palabras, los actos que realicen las autoridades del Estado no solo deben ceñirse a la legalidad, sino que estos actos deben estar sustentados bajo criterios justificados conforme al modelo constitucional, respetando derechos y libertades contenidos en ella, evitando de esta forma cualquier tipo de norma arbitraria. Por tal razón, consideramos que ese pequeño fragmento que regula un plazo menor a tres días se aleja del principio de razonabilidad, pues de forma evidente dicho mecanismo procesal no es de utilidad, sino más bien se manifiesta como un atentado contra el derecho de defensa y contra el debido proceso que ostenta toda persona.

De esta forma se puede evidenciar que el Art. 89-A, atenta contra el derecho fundamental a un debido proceso, y un adecuado derecho a defensa, ya que los plazos que se fijan dentro de ella no se ciñen a los criterios de razonabilidad. Evidentemente, más aún en un proceso netamente político, esto viene a significar un atentado contra el derecho a la defensa, pues debido al corto tiempo no se tendría las herramientas suficientes para organizar sus argumentos de defensa.

Ante dicho contexto, consideramos que el plazo mínimo debería extenderse a 8 días, con un máximo de 15 días, desde el instante que el presidente es emplazado con dicha moción. Bajo nuestro entendimiento, estos plazos son los más adecuados para que se respete de forma idónea el debido proceso. Asimismo, se cumple con el principio de razonabilidad al otorgarle un tiempo adecuado al presidente para que pueda plantear su defensa y también para el correcto análisis del tema por parte de los legisladores, teniendo en cuenta los medios probatorios presentados por el presidente.

El derecho a la defensa es una figura primordial dentro de este tipo de procedimientos, el cual no se debe dejar de lado, ya que esta debe dar de forma necesaria y oportuna. El inculpado debe ostentar de todas las herramientas adecuadas para ejercer su defensa de forma correcta, teniendo siempre presente que el objetivo de estos procesos es dilucidar los hechos y no sancionar por sancionar y en caso de encontrarse culpable al acusado, aplicar la sanción correspondiente conforme la ley menciona. Por ello, creemos que el propio presidente puede realizar su propia defensa, o escoger ser asistido por un abogado, siempre y cuando lo realice dentro de los 120 minutos que se le otorgan para plantear su defensa. Además, al culminar las dos horas, tanto el presidente como el abogado que escogió para su defensa responderán a las preguntas que le realicen desde el pleno del Congreso, teniendo incluso también la oportunidad de merituar los medios probatorios presentados con anterioridad, respetándose el principio de contradicción.

Concordamos con la recomendación otorgada por el máximo intérprete de la Constitución en la STC Exp. N.º0006-2003-AI/TC, al mencionar que la mayoría simple no

podría ser el mínimo de votos para admitir la declaración de vacancia de un presidente de la República. Este escueto requerimiento “sería atentatorio del principio de razonabilidad, pudiéndose presentar supuestos absolutamente inaceptables en un Estado social y democrático de derecho” (Tribunal Constitucional, 2003). Por ello, teniendo en cuenta la recomendación brindada por el Tribunal Constitucional, el parlamento creó el Art. 89-A de su reglamento regulando la figura de vacancia presidencial por incapacidad moral. Dicho artículo fija que el número requerido de votos para la aplicación de la figura mencionada debe ser 2/3 del total de legisladores, es decir un total de 87 congresistas de 130, con lo que se protegería al presidente.

Conforme a los criterios establecidos por el Tribunal Constitucional (2009) en su STC Exp. N.º 535-2009-AA/TC, podemos acreditar que el voto calificado está sustentado bajo el principio de razonabilidad. En primer lugar, haciendo un análisis del ordenamiento en su conjunto y el sistema constitucionalista peruano se puede notar que el sistema de gobierno peruano es presidencialista, lo que significa que de alguna manera debe existir una protección a su figura. Segundo, debe existir una mirada objetiva a los hechos que circunscriben el caso, pues de ello se puede deducir que el interés de vacar a un presidente se sustenta por conflictos entre poderes del estado, siendo necesario que la barrera para aplicarse la figura de la vacancia sea más alta, garantizando un consenso adecuado por parte del congreso respecto del comportamiento inadecuado que realizó un presidente de la República. Tercero, es la forma más idónea y la que produce menos afectación a sus derechos, siendo en el presente caso a los derechos fundamentales, como lo es el debido proceso, siendo el presidente un ciudadano que también merece respeto ante cualquier proceso jurisdiccional o administrativo.

Desde el punto de vista formal del debido proceso y conforme a lo mencionado por el máximo intérprete de la Constitución en su STC Exp. N.º 4289-2004-AA/TC, este derecho debe ser aplicado en cada proceso ya sea del ámbito jurisdiccional o administrativo, señalando que, “el derecho al debido proceso y los derechos que contienen son invocables y, por lo tanto, están garantizados, no solo en el seno de un proceso judicial, sino también en el ámbito del procedimiento administrativo”(Tribunal Constitucional, 2005a, FJ. 2).

De manera formal, el debido proceso conforme a la STC Exp. N.º 08123-2005-HC/TC son “los principios y reglas que lo integran tienen que ver con las formalidades estatuidas, tales como las que establecen el juez natural, el procedimiento preestablecido, el derecho de defensa, la motivación” (Tribunal Constitucional, 2005b, FJ. 6); en otras palabras, esta viene a ser las formalidades prefijadas, que orientan el camino que se debe seguir un proceso, el cual debe ser el mismo para todos. Para que esto suceda es indispensable regular de forma eficaz la figura de vacancia presidencial por incapacidad moral; con el objetivo que este cumpla con cada uno de los criterios de seguridad y de amparo de derechos del sujeto que se someta a estos procesos, es decir el presidente de turno. Las pautas establecidas de forma previa ayudan a que estas no sean interpretadas a conveniencia de un grupo político, ni sean cambiadas al momento del juego para sacar provecho. Por ello, en la presente investigación se busca fijar los parámetros idóneos para que en la posterioridad un proceso por vacancia por incapacidad moral se realice acorde al debido proceso tanto desde el ámbito formal como sustancial.

La resolución que establezca la vacancia presidencial por incapacidad moral debe contener de forma minuciosa el sustento de hecho y de derecho que hizo que el Parlamento optara por la aplicación de esta figura. De esta forma se busca que exista una motivación de la resolución para comprender las razones que orientaron al congreso a fallar de una determinada forma. La resolución debe estar correlacionada con las normas y principios que contiene el texto constitucional. La finalidad de solicitar una adecuada motivación a la resolución que declara la vacancia presidencial por incapacidad moral es que se eluda cualquier arbitrariedad producida por un Poder del Estado, siendo necesario ejecutarse el principio de interdicción de arbitrariedad, es decir amparar los derechos de los ciudadanos y el presidente ante cualquier arbitrariedad de la Administración Pública.

6. Contradicción interpretativa entre los artículos 117 y 113 de la Constitución

En lo referente a la controversia que se suscita entre los arts. 117 y 113 de la Carta Magna, consideramos que el problema va más allá de tan solo una inadecuada regulación respecto del procedimiento que se debe llevar a cabo para la aplicación de la figura de vulnera toda razonabilidad lógica. García (2013), manifiesta que:

Sin embargo, respetuosamente, discrepamos de lo señalado por el organismo de control de la Constitución, porque estimamos que, en tanto cúspide de nuestro modelo de justicia constitucional, podemos ofrecer un análisis más detallado de la figura misma de la vacancia y ver la compatibilidad de mantener una causal tan indeterminada y difusa como la de incapacidad moral. (p. 399)

En ese contexto consideramos que el problema no se suscita tan solo dentro del artículo 89-A del reglamento del parlamento. Por el contrario, el problema se origina a partir del propio texto constitucional, al presentarse una clara discordancia en las disposiciones constitucionales establecidas en el Art. 117 que regenta las causales por las cuales un presidente puede ser acusado en el periodo de su mandato y en el Art. 113 que fija las causales por las cuales puede ser acusado y también para deslindarse del cargo.

Dentro de la Carta Magna es posible encontrar múltiples contradicciones, siendo la más vital para nuestra investigación la evidenciada entre el Art. 117 y Art. 113 de la misma. La contradicción se suscita respecto a la inmunidad que se le otorga al presidente de un Estado, acorde al modelo presidencial del mismo, con el fin de darle una protección que incide directamente con la protección a la gobernabilidad de Estado. Es así, que en el Art. 117° se regulará las cláusulas excepcionales por las cuales el presidente puede ser acusado durante su mandato. No obstante, dentro del Art. 113, en contra del Art. 117, se estipula otras causales por las que el presidente del Estado puede ser acusado y también por las que debe ser vacado.

La evidente incoherencia no solo se refiere a los artículos en controversia, sino también al modelo de gobierno que tiene el estado peruano, el modelo presidencialista. Este modelo tiene la función de blindar al presidente con el objetivo de proteger la gobernabilidad de un

estado, otorgándole las herramientas políticas idóneas para hacer frente a cualquier tipo de injerencias políticas. Por ello, y acorde al modelo presidencialista, la Constitución le brinda potestades privilegiadas al máximo representante del poder ejecutivo. Entre sus potestades, según Vásquez (2019), están ser “jefe supremo de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional; puede dictar “decretos de urgencia” con fuerza de ley; puede disolver el Parlamento cuando han censurado o negado la confianza a dos Consejos de Ministros”. De forma evidente se puede ver que, a través de estas potestades, el Constituyente le quiso otorgar empoderamiento al presidente.

El Estado peruano tiene un modelo presidencialista desde la Constitución de 1860. En ese sentido, Bernales (2012) enuncia que “la tradición del constitucionalismo peruano se inscribe en el principio de la irresponsabilidad civil y penal del presidente de la República” (p. 576). Normalmente, la responsabilidad que tiene el ejecutivo no recae tan solo en el presidente, sino también lo asume sus ministros porque son responsables de forma solidaria.

Cabe resaltar que el fin principal del modelo presidencialista no es que el presidente sea inalcanzable por las leyes, o de alguna forma realice actividades donde las infrinja. Por ello, es que se crea el Art. 117° de la Constitución, la misma que contiene las acusaciones en donde el presidente puede ser acusado durante su gobierno. Es visible el mensaje que otorga el texto constitucional, pues es verdad que se busca amparar la gobernabilidad de un país; no obstante, esta protección que se da a través de la inmunidad presidencial le da un poder absoluto al presidente. De esta forma, es que debían existir normas que controlen el accionar del máximo representante del poder ejecutivo, para que este no se transforme en una especie de bribón con respaldo legal.

Sin embargo, el Art. 117 tan solo se encarga de ponerle énfasis a la inmunidad presidencial. El apartado mencionado aclara varios puntos respecto a la inmunidad presidencial para ser enjuiciados por delitos comunes; es por ello que Chaname (2015), manifiesta que “no forman parte de este artículo los delitos comunes que pudiese cometer y que no guarden relación con las funciones públicas” (p. 828); en otras palabras, el presidente durante su gobierno no puede ser enjuiciado por delitos comunes, pero si puede ser acusado de cometer actos que van en contra de sus propias funciones del cargo, es decir delitos administrativos. Se encuentran perfectamente enumerados las causales por las que a un presidente puede ser acusado, siendo esta es una lista cerrada; es decir, se le puede acusar por éstas causales y ningún otra más. Este artículo según Cairo (2015) prescribe que “durante ese tiempo, no es posible iniciar válidamente en su contra ningún proceso penal por delitos distintos a los mencionados” (p. 404).

La controversia respecto a la gobernabilidad de una nación traería consigo infinidad de problemas, afectando la estabilidad del Estado, influyendo en la política externa y en la economía, tornándonos en un país inestable, donde la inversión privada no se presentaría. Además, como se mencionó en líneas posteriores, lo que se busca con la inmunidad presidencial es otorgarle estabilidad a la gobernabilidad de una nación, protegiéndolos de políticos

inescrupulosos que se valgan de artimañas para obstaculizar el mandato de su gobierno. Por ello, García Toma (2011), menciona que:

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 117 de la Constitución, en principio, el presidente de la República es “intocable” durante su gestión la intocabilidad del presidente se extiende a los casos de comisión de delitos comunes o no funcionales (homicidios, abortos, lesiones, etc.) el Presidente de la República solo puede ser acusado, durante su período, (por los delitos establecidos en el artículo 117° de la Constitución). (p. 261)

De esta forma, como menciona Lovatón (2017), al menos en el papel es un presidente poderoso; no obstante, se requiere tener una visión más amplia respecto del problema. Se puede contemplar a lo largo del contenido de la Constitución que la inmunidad presidencial no es tan indeclinable como parece, pues esta tiene una vulnerabilidad que se presenta dentro del Art. 113 del texto constitucional, la cual contiene las causales por las que un mandatario puede ser vacado de su cargo. De esta forma, el blindaje que se quiso otorgar al presidente para proteger la gobernabilidad cuenta con un talón de Aquiles que es el Art. 113 de la Constitución, dando la posibilidad a que el máximo representante del Poder Ejecutivo pueda ser vacado produciendo inestabilidad en la gobernabilidad que desde un inicio se buscó proteger.

A lo largo de la presente investigación, habiendo estudiado al artículo 113°, se puede observar que este contiene las razones por las que un presidente puede ser vacado de su cargo, produciendo una contradicción dentro de la Constitución. Por un lado, se tiene al artículo 117, el cual se orienta por otorgar inmunidad presidencial; en donde el presidente no puede ser acusado por delitos comunes, pero si por delitos administrativos en relación a la labor que realiza por medio de su cargo, además de establecer de forma clara que estas causales son una lista cerrada en aras de salvaguardar la estabilidad de una nación. En cambio, con la aparición del Art. 113, se trae abajo la visión de otorgar inmunidad presidencial, pues se establece causales en donde el máximo representante del poder ejecutivo puede ser retirado de su cargo. Cabe resaltar, que las causales contenidas en el Art. 113 son objetivas, pues su interpretación es puramente literal, por ejemplo, las razones de vacancia son por muerte del presidente, por aceptación de su renuncia por parte del Parlamento, por salir del territorio del estado sin autorización del Parlamento o no regresar en el tiempo establecido, y por haber sido castigado por algunas de las infracciones incluidas dentro del Art. 117 del texto constitucional.

No obstante; lo que contraviene de forma directa con el modelo de gobierno, con la Constitución, con la visión de otorgar protección a la gobernabilidad de un Estado, según García Toma (2011), lo precisado en “el inciso 2 del artículo 113 de la Constitución, permite la declaratoria de vacancia de la Presidencia de la República por “incapacidad moral”. Esta regulación viene a significar una herramienta muy útil para aquellas personas que se orientan a desequilibrar el gobierno imperante en base a caprichos políticos, así lo menciona también

Bernales (2012), respecto a esta causal, hay “un peligro de apreciaciones subjetivas por enemistad política de un Congreso mayoritariamente hostil” (p. 571).

De esta forma, existe un fuerte choque entre lo que ampara un artículo y la variedad de posibilidades que apertura el otro para vulnerar al primero. Es decir, el inciso 2 del Art. 113 contradice de forma directa al Art. 117 y al objetivo de otorgar protección al presidente, conforme al modelo presidencialista del gobierno. En esa línea de ideas, es importante que el texto constitucional tenga un solo norte, respetando los principios constitucionales y el modelo que se instauro desde comienzos de la república. Por ello, es necesario que se unan los criterios referidos al tema, es decir que tanto el Art. 113 como el Art. 117 tengan un mismo sentido y que no se contradigan entre ellos.

7. Propuesta de unificación de los Art. 113 y 117 de la Constitución Política del Perú

Es importante señalar que es imprescindible uniformizar los criterios presentes dentro del texto constitucional, referentes a la responsabilidad presidencial, para eludir cualquier tipo de contradicción que afecte la Estabilidad de un país. De esta forma se fijará de forma clara las causales por las cuales un presidente puede ser acusado, siendo importante unir los artículos 113 y 117 del texto constitucional, para otorgar una mejor visión constitucional y suprimir cualquier incerteza respecto de la acusación presidencial.

Como se ha podido evidenciar el Art. 117 de la Carta Magna fija las razones por las que el máximo representante del poder ejecutivo puede ser inculpado durante su gobierno, resaltando que estas causales son las únicas por las que puede ser acusado. No obstante, este enunciado no es completamente seguro ya que en el Art. 113 se fijan otras causales, diferentes al artículo anterior, por las cuales un presidente puede ser acusado y también vacado. Por ello, es necesario que se unifiquen estas dos disposiciones para que así se fije las causales únicas que regenten las razones por las que un presidente puede ser acusado y retirado de su cargo.

La unificación de estos artículos tiene sustento en el propio modelo presidencialista peruano, en donde se busca que el presidente ostente de inmunidad con el fin de que pueda ejercer su mandato establemente sin la intervención inescrupulosa de adversarios políticos. Por ello, se propone que las causales que se originen de la unificación de los artículos antes mencionados sean cerradas, es decir que no existan, además de estas, otras que posibiliten la acusación del presidente para que así se eluda cualquier tipo de incertidumbre respecto a la figura de vacancia presidencial, acorde con el modelo presidencial. Asimismo, es necesario señalar que es importante que el máximo dirigente de un país deba ser vigilado de alguna manera, siendo imprescindible que estas cláusulas sean cerradas, para que facilite la acción de otros poderes del Estado para controlar las acciones del presidente.

Las disposiciones que debe contener esta unificación deben ser relacionadas a las causales por las que se puede vacar al presidente de una nación. En primer lugar, esta ocurre cuando se origina la muerte del mandatario, que no requiere mayor interpretación pues es completamente visible. En segundo lugar, cuando el mandatario renuncia al cargo y el

parlamento acepta dicha renuncia conforme al debido procedimiento. En tercer lugar, cuando el mandatario sale del territorio nacional sin autorización del Congreso o no regresa en el tiempo establecido. Cuarto, cuando impide elecciones en el país, sean de cualquier índole. Quinto, por imposibilitar el adecuado funcionamiento del Parlamento o del Jurado Nacional de Elecciones. Sexto, cuando disuelve el congreso sin el sustento contenido dentro del Art. 134 del texto constitucional. Séptima, cuando de forma contundente se demuestra que ha traicionado a la Patria. Octavo, Cuando el Parlamento declare incapacidad física o moral permanente del mandatario, teniendo en cuenta el procedimiento brindado por ley y la que se propone en la presente investigación, en aras de respetar el debido proceso.

Se plantea la reforma constitucional en base a la figura de mutación constitucional, pues se busca evitar la reforma formal porque según García (2013), esta es “aquella que atiende a la modificación del texto básico mediante un acto normativo y con estricta observancia del procedimiento que la propia Constitución señala” (p. 399). Por ello, la vía más eficaz viene a ser la mutación constitucional, concebida como “aquel fenómeno normativo en que un precepto normativo sufre una modificación de su contenido significativo sin que se haya alterado su expresión literal” (García-Toma, 2013, pp. 43–44).

Por su parte, Quiroga (1985) manifiesta que se produce una transformación en la realidad de la configuración del poder político, de la estructura social o del equilibrio de intereses, sin que quede actualizada dicha transformación en el documento constitucional. El texto de la Constitución permanece intacto; en tanto, García Toma (2013) señala que es un “quehacer jurídico que busca describir el cambio de significado o sentido de la Constitución sin que se altere la expresión escrita; cambios constitucionales por mecanismos o instrumentos diferentes a los de reforma formal de la Constitución Política” (p. 17). Por último, Bidart (2001) menciona que, el derecho comparado puede aclarar una serie abundante y notoria de transformaciones que no inciden en el texto escrito pero que, bajo el nombre de mutaciones constitucionales, son visibles en la Constitución material.

Analizando todos los conceptos mencionados, podemos evidenciar muchos elementos en común que orientan la mutación constitucional, pues este viene a ser un tipo de reforma no formal que está vinculado con la costumbre, y la cual no varía la norma escrita, pero si el significado que contiene la disposición.

Los elementos más relevantes para la mutación constitucional según Bidart (2001) vienen a ser, que esta se produce en las naciones en donde se cuenta con Constituciones escritas y no escritas, la alteración de la norma no se da se manera formal, la realidad está completamente desvinculada con las normas, no existe conciencia de tal mutación.

Ante ello es que se propone que la reforma constitucional a través de la figura de la mutación, a cargo del Tribunal Constitucional. De esta forma se evita cualquier procedimiento burocrático excesivamente largo que depende de voluntades políticas que no siempre están predispuestos a este tipo de reformas.

CONCLUSIONES

La figura de la vacancia por incapacidad moral permanente se encuentra regulada dentro de la legislación peruana desde la Constitución de 1839. En sus inicios esta era vinculada con la incapacidad mental, siendo una causal objetiva; no obstante, en el transcurrir del tiempo la incapacidad moral llegó a tener un contenido subjetivo, al ser una figura vinculada al comportamiento bueno o malo del mandatario.

Con respecto a la dificultad de la figura de la incapacidad moral como causal de vacancia en el modelo presidencial peruano podemos enunciar que esta ocurre debido a que dentro del Art. 117 se estipula que se le debe otorgar inmunidad presidencial al máximo dirigente de un Estado para proteger la gobernabilidad y estabilidad de la nación, sin embargo en razón de lo tipificado en el Art. 113 del mismo texto constitucional, se trae abajo la visión de otorgar inmunidad presidencial, pues se establece causales que contradicen al Art. 117.

Con lo referente al Art. 89-A del Reglamento del Parlamento, teniendo en cuenta los principios constitucionales, podemos enunciar que nos encontramos de acuerdo con lo emitido por el Tribunal Constitucional de forma parcial, ya que consideramos que el procedimiento fijado en dicho artículo vulnera la tutela jurisdiccional efectiva, el principio de interdicción de la arbitrariedad, el debido proceso y el principio de razonabilidad.

Ante ello, es que proponemos la modificación del Art. 89-A del reglamento del Congreso, porque vulnera los principios y garantías antes mencionadas reconocidas en la Carta Magna y para concluir con la presente investigación se propone la unificación de los Art. 117 y Art. 113 del texto constitucional mediante la figura de mutación, para evitar incongruencias respecto a la aplicación de la figura de vacancia presidencial.

REFERENCIAS

- Agustín, S. (1969). Los Soliloquios. En V. Capánaga (Ed.), *Obras de San Agustín* (pp. 436–437). Editorial Católica, S.A.
- Arendt, H. (2002). *La vida del Espíritu*. Paidós.
- Atienza, M., & Ruiz Manero, J. (1991). Sobre principios y reglas. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 10, 101–120. <https://doi.org/10.14198/DOXA1991.10.04>
- BBC Mundo. (2018, marzo 21). Perú: renuncia el presidente Pedro Pablo Kuczynski (PPK) entre acusaciones de corrupción y sobornos. *BBC New Mundo*. <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-43481060>
- Bernales, E. (2012). *La Constitución de 1993: Veinte años después*. Idemsa.
- Bidart Campos, G., & Carnota, W. (2001). *Derecho Constitucional Comparado*. Ediar.
- Bourdieu, P., & Wacquant, L. (2012). El propósito de la sociología reflexiva (Seminario de Chicago). En P. Bourdieu & L. Wacquant (Eds.), *Una invitación a la sociología reflexiva* (pp. 101–300). Siglo XXI Editores. <https://sociologiaycultura.files.wordpress.com/2014/02/bourdieu-y-wacquant.pdf>
- Cairo, R. (2015). Procedencia de acusaciones al Presidente de la República: Artículo 117°. En W. Gutiérrez (Ed.), *La Constitución comentada* (pp. 404–407). Gaceta Jurídica.
- Chanamé Orbe, R. (2015). *La Constitución comentada* (9na edición). Ediciones Legales.
- Congreso del Perú. (2000a). *Resolución Legislativa Declarando la Permanente incapacidad moral del presidente de la república y la vacancia de la presidencia de la República*. Diario Oficial El Peruano. <https://www.congreso.gob.pe/Docs/participacion/museo/congreso/files/mensajes/1981-2000/files/resolucionlegislativa-incapacidadmoral-2000-af.pdf>
- Congreso del Perú. (2000b, noviembre 21). *Diario de los debates, Segunda Legislatura Ordinaria del 2000 - 4° Sesión*. <https://www2.congreso.gob.pe/Sicr/DiarioDebates/Publicad.nsf/SesionesPleno/052564B400212FE1052569A000562CB7>
- Congreso del Perú. (2023). *Reglamento del Congreso de la República*. <https://www.congreso.gob.pe/Docs/constitucion/reglamento/index.html>
- Dahl, R. (1985). *Análisis Político Actual* (J. García Damiano & J. García de Kirchmayr, Eds.; 2da edición). Eudeba.
- El País. (2001, marzo 6). *Una supuesta hija ilegítima de Toledo marca la campaña electoral de Perú*. https://elpais.com/diario/2001/03/07/internacional/983919626_850215.html?event=go&event_log=go&prod=REGCRART&o=cerradoam

- Fernández, J. (1998). *La inconstitucionalidad por omisión. Teoría general. Derecho Comparado. El caso español*. Editorial Civitas.
- García Chávarri, A. (2013). La incapacidad moral como causal de vacancia presidencial en el sistema constitucional peruano. *Pensamiento Constitucional*, 18, 383–402. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/8962>
- García-Toma, V. (2011). La acusación constitucional. *Advocatus*, 25, 245–262. <https://doi.org/10.26439/advocatus2011.n025.396>
- García-Toma, V. (2013). La reforma constitucional en el Perú: implicaciones y retos. *Athina*, 10, 15–52. <https://doi.org/10.26439/athina2013.n010.1170>
- Habermas, J. (1999). *La Inclusión del Otro. Estudios de Teoría Política*. Paidós.
- Hart, H. (1958). Positivismo y separación de la ley y la moral. *Harvard Law Review*, 71(4), 593–629. <http://www.horty.umiacs.io/courses/readings/hart-1958-positivism-separation.pdf>
- Lovatón, D. (2017). En defensa de la Constitución: vacancia por incapacidad moral y debido proceso. *Revista Ideele*, 275. <https://www.revistaideele.com/2022/07/08/en-defensa-de-la-constitucion-vacancia-por-incapacidad-moral-y-debido-proceso/>
- Mendoza, R. (2017, diciembre 12). De la Independencia al Bicentenario: Tres presidentes vacados y otro en la misma ruta. *Diario el Correo*. <https://diariocorreo.pe/politica/de-la-independencia-al-bicentenario-tres-presidentes-vacados-y-otro-en-la-misma-ruta-792438/>
- Moreso, J. J. (1997). *La indeterminación del Derecho y la interpretación de la Constitución*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Pérez-Royo, J. (2018). *Curso de Derecho Constitucional* (16va ed.). Marcial Pons.
- Quiroga León, A. (1985). La interpretación constitucional. *Derecho PUCP*, 39, 323–343. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.198501.010>
- Rawls, J. (2012). *Justicia como equidad: política, no metafísica*. Tecnos.
- Roxin, C. (1997). *Derecho Penal: Parte General*. Civitas.
- Tribunal Constitucional. (2003). *Sentencia Exp. N.º0006-2003-AI/TC- LIMA*. Lima, 1 de diciembre de 2003. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00006-2003-AI.pdf>
- Tribunal Constitucional. (2004). *STC Exp. N.º0090-2004-AA/TC- LIMA*. Arequipa, 05 de julio de 2004. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00090-2004-AA.html>
- Tribunal Constitucional. (2005a). *STC Exp. N.º4289-2004-AA/TC- LIMA*. Pisco, 17 de febrero de 2005. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/04289-2004-AA.pdf>
- Tribunal Constitucional. (2005b). *STC Exp. N.º08123-2005-HC/TC- LIMA*. Lima, 14 de noviembre de 2005. <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/08123-2005-HC.html>

- Tribunal Constitucional. (2009). *STC Exp. N.º 535-2009-AA/TC- LIMA*. Lima, 5 de febrero de 2009. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/00535-2009-AA.pdf>
- Vásquez, A. (2019, enero 24). ¿Puede el Presidente ser acusado constitucionalmente? *Rpp*. <https://rpp.pe/columnistas/aldoalejandrovazquezrios/puede-el-presidente-ser-acusado-constitucionalmente-noticia-1177033>
- Weber, M. (1964). *Economía y Sociedad. Esbozo de sociología comprensiva: Vol. I* (J. Winckelmann, Ed.; 2da edición). Fondo de Cultura Económica.

INCOMPATIBILIDADES DE LOS DELITOS DE LESA HUMANIDAD EN RELACIÓN CON LOS DELITOS DE DESAPARICIÓN FORZADA Y TORTURA

INCOMPATIBILITIES OF CRIMES AGAINST HUMANITY IN RELATION TO FORCED DISAPPEARANCE AND TORTURE

Fecha de recepción: 24/10/2023
Fecha de aprobación: 10/03/2024



e-ISSN: 2961-2934

<https://doi.org/10.61542/rjch.47>

Betty Leonor Guarnizo Miranda

Universidad Señor de Sipán
gmirandabetty@uss.edu.pe

 <https://orcid.org/0000-0002-0876-0579>

RESUMEN

La presente investigación se propone abordar la problemática surgida debido a la inclusión de los delitos de lesa humanidad en el ámbito del derecho internacional, confrontando así el derecho interno. Este escenario ha ocasionado tensiones con el principio de legalidad, reconocido como un derecho fundamental y un principio rector cuya finalidad principal es restringir la capacidad del Estado para imponer sanciones dentro del sistema penal peruano interno. La máxima jurídica que establece la presunción de inocencia hasta que se demuestre lo contrario constituye el fundamento de este principio, donde la clasificación de un acto como delito es esencial para su consideración como tal. Otro aspecto crucial de este principio es la preservación de la legalidad, evidente en la falta de tipicidad de las acciones emprendidas en la persecución. La prohibición de la aplicación retroactiva de la ley, conocida como *lex praevia*, representa una garantía adicional para evitar que una persona sea sancionada por acciones realizadas antes de que la norma se incorporara al sistema legal. La certeza en las obligaciones tributarias, también identificada como *lex certa*, constituye otro componente fundamental de este principio, asegurando que el derecho penal defina de manera suficiente los actos prohibidos para que el ciudadano promedio pueda comprender claramente lo que está prohibido por ley.

Palabras clave

Incompatibilidad de delitos, crímenes de lesa humanidad, desaparición forzada, tortura, principio de legalidad.



ABSTRACT

The present research aims to address the issues arising from the inclusion of crimes against humanity within the realm of international law, thus confronting domestic law. This scenario has caused tensions with the principle of legality, recognized as a fundamental right and guiding principle whose primary purpose is to restrict the state's ability to impose penalties within the internal Peruvian penal system. The legal maxim establishing the presumption of innocence until proven guilty constitutes the foundation of this principle, where the classification of an act as a crime is essential for its consideration as such. Another crucial aspect of this principle is the preservation of legality, evident in the lack of typification of the actions undertaken in prosecution. The prohibition of retroactive application of the law, known as *lex praevia*, represents an additional guarantee to prevent a person from being sanctioned for actions taken before the norm was incorporated into the legal system. Certainty in tax obligations, also identified as *lex certa*, constitutes another fundamental component of this principle, ensuring that criminal law sufficiently defines prohibited acts so that the average citizen can clearly understand what is prohibited by law.

Keywords

Incompatibility of Crimes: Crimes Against Humanity, Forced Disappearance, Torture, Principle of Legality

RÉSUMÉ

La présente recherche vise à aborder les problèmes découlant de l'inclusion des crimes contre l'humanité dans le domaine du droit international, confrontant ainsi le droit interne. Ce scénario a provoqué des tensions avec le principe de légalité, reconnu comme un droit fondamental et un principe directeur dont le but principal est de limiter la capacité de l'État à imposer des sanctions dans le système pénal péruvien interne. La maxime juridique établissant la présomption d'innocence jusqu'à preuve du contraire constitue le fondement de ce principe, où la classification d'un acte en tant que crime est essentielle pour sa considération en tant que tel. Un autre aspect crucial de ce principe est la préservation de la légalité, évidente dans l'absence de typification des actions entreprises dans la poursuite. L'interdiction de l'application rétroactive de la loi, connue sous le nom de *lex praevia*, représente une garantie supplémentaire pour empêcher qu'une personne soit sanctionnée pour des actions entreprises avant que la norme ne soit incorporée dans le système juridique. La certitude des obligations fiscales, également identifiée sous le nom de *lex certa*, constitue un autre composant fondamental de ce principe, garantissant que le droit pénal définit suffisamment les actes interdits pour que le citoyen moyen puisse comprendre clairement ce qui est interdit par la loi.

Mots-clés

Incompatibilité des crimes : Crimes contre l'humanité, disparition forcée, torture, principe de légalité

INTRODUCCIÓN

Uno de los impactos significativos de la globalización radica en impulsar la humanización del derecho internacional, colocando el respeto por la dignidad humana, tanto individual como colectiva, como el eje central del sistema legal. Las normas de *ius cogens* a menudo entran en conflicto con las del derecho internacional, señalando así la presencia de algún tipo de orden público en cada nación. La cuestión de los derechos humanos se presenta como particularmente propicia para estas normas constitucionales de orden público a nivel internacional, como subraya Henkin (1986) al discutir las normativas de derechos humanos que el sistema internacional ha adoptado y proclamado como fundamentales.

A pesar de ciertas discrepancias con la estructura convencional de los crímenes de lesa humanidad, las obligaciones tributarias impuestas por la legislación nacional requieren que la naturaleza jurídica y la esencia de un delito específico sean validadas desde una perspectiva legal. Este dilema surge debido a que un delito de tortura, como el que ocurre en el centro administrativo de un país, puede ser considerado tanto un acto de daño como un abuso de poder, ya que este tipo de delito suele ser cometido por funcionarios públicos, como la policía y el ejército, generando así incompatibilidades. La argumentación de que el impacto en el bienestar humano por sí solo justifica la internacionalización y la clasificación como crimen de lesa humanidad es válida, ya que la mayoría de los crímenes que afectan el bienestar humano, como el asesinato y el aborto, son considerados crímenes en sí mismos.

Sin embargo, surge una línea divisoria entre lo que constituye un crimen contra la humanidad y lo que es de interés exclusivo nacional, en virtud de las leyes de las distintas naciones. Esta situación plantea la interrogante sobre si las desapariciones forzadas deben considerarse o no como crímenes de lesa humanidad. La relevancia de esta investigación reside en la propensión del derecho internacional a internacionalizar los delitos, dando lugar a *ius cogens*, la aplicación de estándares internacionales al derecho nacional peruano, a pesar de las diferencias en la conceptualización de ciertos tipos de delitos en el derecho internacional y en el derecho nacional peruano, especialmente en casos de tortura y desapariciones forzadas bajo el principio de legalidad.

Al respecto, Garibian & Puppo (2012) indica que el *ius cogens* significa una limitación al derecho interno, mientras que Cebada Romero (2002) precisa hablar sobre el *ius cogens* es hablar de una norma que tiene una fuerza tal, que no puede ser derrotada; en ese sentido la investigación se dirige a responder las siguientes interrogantes ¿los delitos de tortura, tipificados como crímenes de lesa humanidad según la legislación penal peruana, y desaparición forzada resultan incompatibles con el sistema nacional peruano a la luz de la internalización de los delitos de naturaleza internacional al sistema penal interno?, ¿el derecho penal internacional se implementa directamente en el sistema penal peruano?, ¿la incorporación inmediata de crímenes de lesa humanidad al sistema penal peruano afecta el principio de legalidad? y ¿los elementos asociados a la desaparición forzada tienden a asemejarse a los del secuestro?

En principio, una idea asociada al delito de lesa humanidad, es aquella que entiende que, aquel que afecte un derecho tan humano como sustancial debe pagar por sus acciones, ya sea el infractor o un tercero (Hurtado, 2020). Ahora bien, la desaparición forzada es entendida como aquella privación de la libertad de una o más personas por parte de un representante de un país, nación o grupo con el permiso, apoyo o consentimiento de esa persona, independientemente de la forma (Sferrazza, 2019). Sin embargo, frente a estas figuras delictivas, el Estado no brinda protección adecuada mediante el suministro de información, se niega a reconocer la mencionada privación de libertad, no informa sobre el paradero de la persona o impide el acceso a recursos legales y derechos procesales asociados.

La desaparición forzada se lleva a cabo junto con cualquier otro abuso sexual igualmente grave. De acuerdo con Ambos (2014) se establece que cualquier acto inhumano similar, que tenga como resultado intencionado un sufrimiento significativo o que represente un grave riesgo para la seguridad física o la salud física o mental, también se considera un crimen de lesa humanidad. Este enfoque se centra principalmente en prevenir la perpetración de conductas de esta índole.

Hill-Cawthorne (2016) refiere que cuando se trata de desaparición forzada el agente activo siempre son representantes del Estado o con la permisividad de un determinado gobierno o Estado, por tanto, debería ser éste quien asuma su responsabilidad con el evento, porque son los miembros del Estado los que comente el delito, por lo que debería imponerse un candado para no alentar este tipo de actos contra los seres humanos (Manero, 2012).

Siguiendo la idea, Sferrazza (2018) precisa que, en efecto, podrá existir una desconexión del delito internacional con el sistema penal interno, pero surge como una prevención, para obtener por parte del gobierno de turno conciencia sobre lo que pasaría, sino se respetan los derechos humanos de los ciudadanos.

Por su parte, con relación a la tortura, Blengio (2021), señala que, es todo acto violento que se inflija a una persona de manera intencional y que le produzca un dolor un sufrimiento. Pasquet (2022), enfatiza que, lo que se busca con la delimitación de la tortura como crimen de lesa humanidad es que se eviten esos vejámenes contra los ciudadanos de un determinado país, dado que es probable que un Estado para cubrir sus actos no criminalice tales actos. Por ello, se entiende que la tortura es una extensión de tratos crueles que en si se configuran con el principio de plasticidad de la dignidad humana, es decir, un delito de lesa humanidad. (Macaulay, 2007)

1. Materiales y métodos

En este artículo se aplicó el enfoque deductivo, propuesto por primera vez por Aristóteles y Francisco Bacon y definido por inferir conclusiones a partir de premisas o generalizaciones (Prieto, 2017). Además, se siguió un diseño descriptivo, explicativo y predictiva, por tanto, el objetivo es producir nuevos conocimientos o modificar principios

teóricamente existentes para lograr la consolidación del conocimiento científico. (Alvitres, 2020).

Al discutir el diseño descriptivo, Bunge (2017) sostiene que, en virtud de las normas teóricas relacionadas con los crímenes de lesa humanidad, y más específicamente en lo que respecta a los delitos, las problemáticas se plantean y detallan en el curso de los resultados mediante la aplicación del método hermenéutico jurídico para verificar la legalidad de los delitos de coacción y tortura.

Según Escudero & Cortez (2017) la estructura de la investigación no adoptó un enfoque experimental, ya que no se realizaron manipulaciones de variables en el estudio. En lugar de ello, los investigadores indican que la consecución de sus objetivos no se logró mediante la manipulación de variables; más bien, se limitaron a observar las interacciones y comportamientos de manera natural para posteriormente analizarlos.

Este estudio es cuantitativo porque se analizaron los datos n autores como Hernández-Sampieri & Mendoza (2018), afirmaron que este método tiene como objetivo probar una hipótesis poniendo una serie de pasos que se llevan a cabo en un orden específico; esta orden, en práctica, no se puede omitir ningún paso.

Con la finalidad de obtener resultados se aplicó la encuesta a una población conformada por un grupo de 30 especialistas en derecho penal a quienes se les aplica la técnica de investigación encuesta y como instrumento se aplicó un cuestionario de tipo *square* que ha servido para obtener los resultados que se han descrito en las tablas correspondientes.

Casas Anguita et al. (2003) indican que la encuesta es una técnica que permite de una mejor forma la recolección de datos, coincidiendo con Montes (2000), quien indica que la encuesta es un conjunto o grupo de preguntas que se dirigen a obtener un objetivo con relación a un tema específico.

De este modo, el instrumento utilizado fue el cuestionario con preguntas abiertas y cerradas, siguiendo a Hernández Rodríguez (2012), que considera que el primer tipo de interrogantes permiten al encuestado expresarse en su respuesta y las segundas, incidirán en delimitar un tema concreto.

2. Resultados

A continuación, se exponen los resultados obtenidos, los cuales serán objeto de análisis en la próxima sección.

Abordando la pregunta inicial acerca de si el derecho internacional penal se aplica de manera inmediata al sistema penal peruano, se ha creado la siguiente tabla que presenta en detalle los resultados:

Tabla 1

Aplicación inmediata del derecho penal internacional en el sistema penal peruano

¿Considera que el derecho penal internacional se aplica de forma inmediata en el derecho penal peruano?		
Respuesta	Frecuencia	%
Totalmente de acuerdo	15	50.00
De acuerdo	4	13.33
Ni de acuerdo ni en desacuerdo	0	0.00
En desacuerdo	10	33.33
Totalmente en desacuerdo	1	3.34
Total	30	100.00

En la Tabla 1, se observa que, frente a la pregunta planteada sobre si se considera que el derecho internacional se aplica de manera inmediata en el derecho penal peruano, un total de 30 especialistas en derecho penal respondieron de la siguiente manera: el 50% indicó estar totalmente de acuerdo, el 13.33% manifestó estar de acuerdo, el 33.33% expresó estar en desacuerdo, mientras que el 3.34% precisó estar totalmente en desacuerdo.

Asimismo, al abordar la segunda interrogante acerca de si la aplicación inmediata de un delito de lesa humanidad en el sistema penal peruano afecta el principio de legalidad, se ha elaborado la tabla que se detalla a continuación:

Tabla 2

El delito de lesa humanidad y el principio de legalidad del sistema penal peruano

¿Considera que un delito de lesa humanidad aplicado al sistema penal peruano afecta el principio de legalidad peruano?		
Respuesta	Frecuencia	%
Totalmente de acuerdo	18	60.00
De acuerdo	4	13.33
Ni de acuerdo ni en desacuerdo	2	6.67
En desacuerdo	6	20.00
Totalmente en desacuerdo	0	0.00
Total	30	100.00

En la Tabla 2, al responder a la pregunta sobre si creen que los crímenes de lesa humanidad asociados al sistema penal peruano tienen un impacto en el principio de legalidad en el Perú, un total de 30 expertos en justicia penal dieron las siguientes respuestas: el 60% manifestó estar totalmente de acuerdo, el 13% expresó estar de acuerdo, el 6% indicó estar en desacuerdo, el 7% señaló estar en desacuerdo y el 20% afirmó no estar de acuerdo.

Por otro lado, al considerar la tercera interrogante acerca de si los elementos típicos del delito de desaparición forzada se corresponden con el delito de secuestro, se ha elaborado la tabla que se describe a continuación:

Tabla 3

Elementos típicos del delito de desaparición forzada y el secuestro

¿Considera que los elementos típicos del delito de desaparición forzada son los mismos del delito de secuestro?		
Respuesta	Frecuencia	%
Totalmente de acuerdo	13	43.34
De acuerdo	7	23.34
Ni de acuerdo ni en desacuerdo	5	16.66
En desacuerdo	5	16.66
Totalmente en desacuerdo	0	0.00
Total	30	100.00

En la Tabla 3, al abordar la pregunta sobre si los elementos típicos del delito de desaparición forzada son los mismos que los del delito de secuestro, se observa que un total de 30 especialistas en derecho penal dieron las siguientes respuestas: el 43.34% respondió que están totalmente de acuerdo, el 23.34% indicó estar de acuerdo, el 16.66% expresó no estar ni de acuerdo ni en desacuerdo, mientras que el 16.66% precisó estar en desacuerdo.

Finalmente, con el propósito de resolver la interrogante acerca de si los elementos típicos del delito de tortura se corresponden con los delitos de lesiones y abuso de autoridad, se ha elaborado la siguiente tabla:

Tabla 4

Elementos típicos del delito de la tortura y los delitos de lesiones u abuso de autoridad

¿Considera que los elementos típicos del delito de tortura son los mismos del de abuso de autoridad?		
Respuesta	Frecuencia	%
Totalmente de acuerdo	6	20.00
De acuerdo	7	23.34
Ni de acuerdo ni en desacuerdo	0	0.00
En desacuerdo	3	10.00
Totalmente en desacuerdo	14	46.66
Total	30	100.00

En la Tabla 4, en la cual se indagó si los componentes típicos del delito de tortura son equivalentes a los del delito de abuso de poder, según las observaciones y respuestas de un total de 30 expertos en justicia penal, el 20% afirmó estar totalmente de acuerdo, el 23% indicó estar de acuerdo, el 10% expresó no estar de acuerdo y el 46% precisó estar totalmente de acuerdo.

3. Discusión

No cabe duda, desde una óptica internacional, de que estas relaciones se estructuran conforme a la primacía del derecho internacional sobre el derecho interno, de acuerdo con el monismo del derecho internacional. En este contexto, el artículo 27 de la Convención o Tratado de Viena de 1969 establece que las obligaciones o compromisos de un Estado no pueden entrar en conflicto con tratados extranjeros que haya ratificado mediante el uso del derecho nacional. Este último resulta inválido cuando se aplica en contravención con el derecho internacional.

Según Montoya Vivanco (2013), el argumento dualista sostiene que el derecho internacional no tiene un impacto inmediato en el derecho nacional hasta que es internalizado, mientras que el argumento monista sostiene que el derecho internacional determina la efectividad de los sistemas jurídicos nacionales, utilizando los mecanismos establecidos.

En otras palabras, el razonamiento monista se basa en una comprensión compartida del sistema internacional y los sistemas jurídicos nacionales, lo que implica que las normas del derecho internacional deben incorporarse automáticamente al derecho nacional. El argumento dualista se basa en el punto de vista opuesto de que el sistema jurídico nacional y el sistema jurídico internacional son sistemas jurídicos distintos que operan independientemente uno del otro y necesitan un mecanismo único que va más allá de la ratificación o adhesión de un tratado.

Al derecho nacional, estatal o nacional le sigue el derecho internacional. En este sentido, todas las naciones se suman al sistema penal internacional para crímenes de lesa humanidad en lugar de que se aplique directamente a todos los casos. La tesis opta por el monismo en el sistema penal peruano, lo que significa que en la práctica es inmediatamente aplicable porque el Perú considera los tratados internacionales como normas constitucionales jerárquicas, aunque obviamente esto es así en la Constitución de 1979 pero no en la Constitución de 1993.

Huerta Tocildo (2000) argumenta que la Corte Constitucional atribuye al principio de legalidad la condición de derecho fundamental y principio rector, cuyo propósito principal es restringir la capacidad del Estado para imponer sanciones. La doctrina contemporánea sostiene que este principio constituye el fundamento de las leyes o principios mencionados anteriormente, respaldado por una serie de garantías históricas que surgieron después de la Ilustración.

Este principio se sustenta en tres aspectos fundamentales. En primer lugar, la preservación de la ley, respaldada por la máxima jurídica ampliamente reconocida de "inocente hasta demostrar lo contrario", lo que implica que, si un acto no está tipificado como delito, no puede considerarse como tal. En el ámbito penal, las acciones deben estar tipificadas para ser

consideradas delictivas. Otra garantía significativa de este principio es la certeza en las obligaciones tributarias (*Lex certa*), que establece que el derecho penal debe garantizar que los actos prohibidos estén claramente definidos para que el ciudadano común pueda comprender lo que está prohibido. La garantía de analogía estricta, que exige que las instancias judiciales apliquen el derecho penal de manera literal y coherente con el asesoramiento jurídico, prohíbe la aplicación de la ley a casos idénticos o casi idénticos.

En este sentido, se sostiene que es correcto afirmar que, si un delito no está tipificado en el sistema penal peruano, no se justifica iniciar acciones penales. En relación con la desaparición forzada, se afirma correctamente que estas conductas fueron llevadas a cabo principalmente por Estados, especialmente en la década de los años 60.

Parayre (2020) señaló que el término "desaparición forzada" se refiere al arresto, detención o secuestro de otra persona por o con el permiso, Ayuda o aprobación de una persona, tal como se utiliza ese término en el proyecto de la Comisión de Derecho Internacional de la ONU sobre crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad. no revelar, sin la aprobación del Estado o de un grupo político, los motivos de la detención de una persona ni ningún detalle sobre su paradero o destino previsto, hecho con la intención de protegerte de la ley durante mucho tiempo. Aunque el secuestro puede ser un delito grave, ya que no todos son iguales, es acertado decir que entran dentro de esta definición.

Por último, pero no menos importante, resulta necesario señalar que incluso si el sistema peruano adopta un razonamiento monista, los tratados internacionales de derechos humanos serán automáticamente reconocidos si se aplican de manera inconsistente a los crímenes de lesa humanidad. Las características tradicionales del Estado o gobierno, en este caso, el gobierno de Perú, establecen ciertos tipos de crímenes. Sin embargo, este enfoque no facilita un análisis adecuado de esos crímenes más allá de la lógica subyacente que los rige.

CONCLUSIONES

Debe quedar claro que esta incompatibilidad es un crimen de lesa humanidad que se refiere a crímenes de lesa humanidad al determinar si son compatibles los delitos de tortura y desaparición forzada, ambos entendidos como crímenes de lesa humanidad según el derecho penal peruano. Debido al monismo observado en el Perú, el Código Penal se crea automáticamente dentro del sistema, lo que incide en conceptos fundamentales del derecho, incluida la idea de toda legalidad y sus garantías, como la idea de que no puede haber delito sin derecho y la idea de que el derecho penal no puede aplicarse retroactivamente.

Si bien esto no siempre es así en todos los países, aclaro que en este caso el derecho penal internacional es directamente aplicable al sistema penal peruano. En el caso del Perú, esto es posible gracias a un argumento monista al que luego sigue el derecho penal internacional. La situación actual es que el Perú considera los tratados internacionales como normas de jerarquía constitucional, y aunque no está establecido explícitamente en la Constitución de 1993, la Corte

Constitucional ha sido encargada de determinar el rango constitucional de los tratados internacionales de derechos humanos.

Tras analizar si la aplicación inmediata de un delito de lesa humanidad en el sistema penal peruano afecta el principio de legalidad, se ha establecido que, si en efecto se contraviene dicho principio debido a que no se produce un análisis como tal del delito incorporado en el sistema penal interno, sino que se adopta, así como proviene del derecho penal internacional.

Tras analizar si los elementos típicos del delito de desaparición forzada se condicen con el delito de secuestro, resulta correcto afirmar que en cuanto a la primera se trata de actos de secuestro que realiza el Estado, que bien podría ser una forma agravada de secuestro como tal y no necesariamente un delito de *lesa* humanidad, pues qué diferencia hay entre el acto de secuestro que es tipificado como la privación de libertad del sujeto pasivo de la acción sin que exista un medio de cualquier índole que lo justifique; por tanto, sí se condicen en su tipo base, pero que bien se produciría como una forma de agravación.

Los elementos del delito de tortura son concordantes con los delitos de agresión y abuso de poder; sin embargo, se ha establecido que el delito de tortura debe interpretarse como una prohibición de actos ilícitos que restrinjan el acceso de otros a la información. A veces las lesiones son causadas por empleados del gobierno (casi todos los policías y militares). De ello se deduce que se consideran delitos que implican la fusión ideal de daño y abuso de poder.

REFERENCIAS

- Ambos, K. (2014). *Treatise on International Criminal Law*. Oxford University Press.
- Alvitres, V. (2000). *Método Científico. Planificación de la Investigación*. Editorial Ciencia.
- Blenzio, M. (2021). El respeto a la autonomía y el consentimiento informado con especial referencia a la vulnerabilidad y la violencia obstétrica. En Colegio Médico de Uruguay, *Temas de Bioética* (pp. 90-107). <https://www.colegiomedico.org.uy/libro-temas-de-bioetica/>
- Bunge, M. (2017). El Planteamiento Científico. *Revista Cubana de Salud Pública*, 43(3). <http://www.revsaludpublica.sld.cu/index.php/spu/article/view/1001/906>
- Casas, J., Repullo, J., y Donado, J. (2003). La encuesta como técnica de investigación. Elaboración de cuestionarios y tratamiento estadístico de los datos. *Atención Primaria*, 31(8), 527-538. [https://doi.org/10.1016/S0212-6567\(03\)70728-8](https://doi.org/10.1016/S0212-6567(03)70728-8)
- Cebada, A. (2002). Los conceptos de obligación erga omnes, ius cogens, y violación grave a la luz del nuevo proyecto de la CDI sobre Responsabilidad de los Estados por hechos ilícitos. *Revista electrónica de estudios internacionales*, (4). <http://www.reei.org/index.php/revista/num4/agora/conceptos-obligacion-erga-omnes-ius-cogens-violacion-grave-luz-nuevo-proyecto-cdi-sobre-responsabilidad-estados-hechos-ilicitos>
- Escudero, C. y Cortez, L. (2017). *La Investigación Científica*. Ediciones UTMACH.
- Garibian, S. y Puppo, A. (2012). Acerca de la existencia del ius cogens internacional: una perspectiva analítica y positivista. *Isonomía - Revista De teoría Y filosofía Del Derecho*, (36), 7-47. <https://doi.org/10.5347/isonomia.v0i36.216>
- Henkin, L. (1986). *Derecho y política exterior de las naciones*. Grupo Editor Latinoamericano.
- Hernández-Sampieri, R. & Mendoza, C. (2018). *Metodología de la investigación. Las rutas cuantitativa, cualitativa y mixta*. Editorial Mc Graw Hill Education,
- Hernández, O. (2012). *Estadística Elemental para Ciencias Sociales*. (Tercera Edición). Editorial Universidad de Costa Rica.
- Hill- Cawthorne, L. (2016). *Detention in Non-International Armed Conflict*. Oxford University Press.
- Huerta, S. (2000). Principio de legalidad y normas sancionadoras. En Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, *El principio de legalidad. Actas de las V Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional* (pp. 11-76). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. <https://www.cepc.gob.es/publicaciones/monografias/el-principio-de-legalidad-actas-de-las-v-jornadas-de-la-asociacion-de-letrados-del-tribunal-6>

- Hurtado, F. (2020). Fundamentos Metodológicos de la Investigación: El Génesis del Nuevo Conocimiento. *Revista Cientific*, 5(16), 99-119. <https://doi.org/10.29394/Scientific.issn.2542-2987.2020.5.16.5.99-119>
- Parayre, S. (2020). La desaparición forzada de personas como violación continuada de los derechos humanos y su incidencia en la determinación de la competencia *ratione temporis* de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos. *Revista IIDH*, (29), 25-67. <https://repositorio.iidh.ed.cr/handle/123456789/1042>
- Pasquet, V. (2022). Análisis del concepto de tortura, trato cruel, inhumano y degradante en la sentencia “IV vs. Bolivia” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista de Derecho Público*, (59), 117 – 131. <https://doi.org/10.31672/59.6>
- Prieto, A. (2017). *Flipped learning. Aplicar el modelo de aprendizaje inverso*. Narcea
- Rojas, R. (2013). Guía para realizar investigaciones sociales. Plaza y Valdés.
- Sferrazza, P. (2018). La desaparición forzada como hecho ilícito permanente en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista de Derecho*, 31(1), 185-207. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502018000100185>
- Sferrazza, P. (2019). La definición de la desaparición forzada en el derecho internacional. *Ius et Praxis*, 25(1), 131 – 194. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122019000100131>
- Machado, F. (2010). Argumentos contra la tortura y los tratos crueles, inhumanos y degradantes. *Estudios Constitucionales*, 8(1), 137-168. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002010000100006>
- Macaulay, F. (2007). Os centros de ressocialização no estado de São Paulo: Estado e sociedade civil em um novo paradigma de administração prisional e de reintegração de ofensores. *Revista do Estudos Criminais*, 7(26), 63-86. <https://bd.tjdft.jus.br/jspui/handle/tjdft/10749>
- Manero, A. (2012). Colombia y la responsabilidad internacional por desapariciones forzadas. *Anuario Español de Derecho Internacional*, (28), 105-141. <https://doi.org/10.15581/010.28.2533>
- Montes, G. (2000). Metodología y técnicas de diseño y realización de encuestas en el área rural. *Temas Sociales*, (21), 39-50. <http://www.scielo.org.bo/pdf/rts/n21/n21a03.pdf>
- Montoya, Y. (2013). Los Crímenes de Lesa Humanidad y el Principio de Legalidad en la Sentencia recaída en el Caso Fujimori. Breve comparación con la sentencia del Tribunal Supremo español en el caso Scilingo. *Revista Foro Jurídico*, (12), 128-135. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/13807>

LA ACTUACIÓN DEL ABOGADO PARTICULAR EN LA ETAPA INTERMEDIA DEL PROCESO PENAL

*THE ROLE OF THE PRIVATE ATTORNEY IN THE INTERMEDIATE
STAGE OF THE CRIMINAL PROCESS*

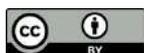
Karen Liliana Rojas Jiménez

Universidad Señor de Sipán

rjimenezk@uss.edu.pe

 <https://orcid.org/0000-0002-4703-8896>

Fecha de recepción: 23/10/2023
Fecha de aprobación: 11/03/2024



e-ISSN: 2961-2934

<https://doi.org/10.61542/rjch.46>

Xiomara Cabrera Cabrera

Universidad Señor de Sipán

xiomarcabreraca@uss.edu.pe

 <https://orcid.org/0000-0002-4783-0277>

RESUMEN

El presente artículo consistió en identificar los criterios de evaluación que posibilitaron poner de manifiesto de manera clara una vulneración al ejercicio del derecho de defensa, con la finalidad de otorgar a los operadores de justicia la facultad de admitir de forma extemporánea el escrito de absolución del requerimiento acusatorio y lo establecido en el artículo 350 inciso 1 del CPP. Establecer criterios claros para el derecho a la defensa fue considerado esencial para asegurar un juicio justo. Este derecho buscó proteger al imputado de la potestad punitiva del Estado mediante la defensa material y técnica, siendo esta última ejercida por un abogado defensor. El enfoque es cualitativo con un diseño de la investigación transversal, descriptivo-explicativa, dogmática-propositiva con el carácter proyectivo. Los resultados obtenidos manifestaron la necesidad de nuestra propuesta de investigación para aprobar un proyecto de ley que fue proponer medidas concretas destinadas a mejorar la actuación del abogado particular en la etapa intermedia y, por ende, la calidad de la defensa. Finalmente, con la investigación se concluyó que fue esencial garantizar derechos fundamentales como la presunción de inocencia y el debido proceso. Para enfrentar adecuadamente las acusaciones, el acusado debió estar informado de los cargos y contar con la asistencia de un experto legal que lo representara y asesorara.

Palabras clave

Etapa intermedia, debido proceso, presunción de inocencia, proceso penal.



ABSTRACT

The objective of this article was to determine the assessment standards that made it possible to manifestly demonstrate an impact on the right of defense, with the purpose of granting justice operators the power to untimely admit the written acquittal of the accusatory requirement and what is established in article 350 paragraph 1 of the CPP. Establishing clear criteria for the right to defense was considered essential to ensure a fair trial. This right sought to protect the accused from the punitive power of the State through material and technical defense, the latter being exercised by a defense attorney. The approach is qualitative with a transversal, descriptive-explanatory, dogmatic-prepositive research design with a projective nature. The results obtained expressed the need for our research proposal to approve a bill that was to propose concrete measures aimed at improving the performance of the private lawyer in the intermediate stage and, therefore, the quality of the defense. Finally, the investigation concluded that it was essential to guarantee fundamental rights such as the presumption of innocence and due process. To adequately confront the accusations, the accused should have been informed of the charges and had the assistance of a legal expert to represent and advise him.

Keywords

Intermediate stage, due process, presumption of innocence, criminal process.

RÉSUMÉ

L'objectif de cet article était de déterminer les normes d'évaluation permettant de démontrer de manière évidente un impact sur le droit de la défense, dans le but de conférer aux opérateurs de justice le pouvoir d'admettre prématurément l'acquiescement écrit de l'exigence accusatoire et ce qui est établi à l'article 350, paragraphe 1, du CPP. Établir des critères clairs pour le droit à la défense était considéré comme essentiel pour garantir un procès équitable. Ce droit visait à protéger l'accusé du pouvoir punitif de l'État à travers une défense matérielle et technique, cette dernière étant exercée par un avocat de la défense. L'approche est qualitative avec une conception de recherche transversale, descriptive-explicative, dogmatique-prépositive avec une nature projective. Les résultats obtenus ont exprimé le besoin pour notre proposition de recherche d'approuver un projet de loi qui devait proposer des mesures concrètes visant à améliorer la performance de l'avocat privé à l'étape intermédiaire et, par conséquent, la qualité de la défense. Enfin, l'enquête a conclu qu'il était essentiel de garantir des droits fondamentaux tels que la présomption d'innocence et le droit à un procès équitable. Pour confronter adéquatement les accusations, l'accusé aurait dû être informé des charges et avoir l'assistance d'un expert juridique pour le représenter et le conseiller.

Mots-clés

Étape intermédiaire, droit à un procès équitable, présomption d'innocence, procédure pénale.

INTRODUCCIÓN

En Perú, el concepto de derecho a la defensa es considerado esencial para asegurar un juicio justo. Este derecho busca proteger al imputado de la potestad punitiva del Estado mediante la defensa material y técnica, siendo esta última ejercida por un abogado defensor. Siguiendo este enfoque, el procedimiento penal evita que se cause un daño injusto al acusado mediante acciones arbitrarias. (Ghesquiere, 2010)

En la fase intermedia, es crucial dar prioridad al derecho de defensa. Esto incluye la capacidad del acusado de solicitar la desestimación de los cargos, hacer frente a errores procesales, aclarar la acusación, resolver excepciones y utilizar otras estrategias de defensa. No basta con garantizar este derecho en esta etapa; es igualmente importante asegurar que la defensa tenga éxito.

La fase intermedia en el sistema jurídico penal de Perú representa un momento de trascendental importancia, sirviendo como vínculo entre la investigación preparatoria y el juicio oral, según lo establecido en el Código Procesal Penal (CPP) del 2004. Durante este periodo, se adoptan decisiones cruciales en relación con la admisibilidad de pruebas y se definen los parámetros que regirán el juicio subsiguiente. En este contexto, la función del abogado privado emerge como vital para asegurar el respeto de los derechos del acusado y la ejecución de un proceso equitativo y transparente. No obstante, la inacción o negligencia por parte del abogado particular en esta fase puede conllevar consecuencias gravosas para la defensa del acusado, impactando directamente en su derecho a un juicio justo y, en última instancia, en la integridad del sistema de justicia. (Sucari, 2022).

La falta de participación activa, la preparación inadecuada o la ausencia total del abogado particular pueden llevar a una serie de problemas, como la admisión de pruebas ilícitas o la imposibilidad de presentar alegatos o pruebas que podrían ser cruciales para la defensa (Bernardi-Zambrano y Pinargoty-Alonzo, 2021). Esta situación no solo pone en riesgo la libertad del acusado, sino que también socava la confianza en el sistema judicial y puede llevar a resoluciones judiciales. (San Martín, 1997)

Los abogados deben actuar para proteger los intereses de sus clientes, de modo que no haya vulnerabilidad y, sobre todo, deben garantizar las condiciones suficientes para un juicio justo (Santana-Ramos, 2018). Sin embargo, ahora vale la pena preguntarse, ¿Qué sucede en los casos en el propio imputado que ha elegido a su abogado defensor, este no ha comparecido a la audiencia preliminar y/o no ha presentado el escrito absolutorio de la acusación?, ¿Debe el a quo permitir la admisión del recurso de absolución de la demanda acusatoria después del plazo legal establecido al advertir la vulneración del derecho a la defensa?

El objetivo principal de esta investigación es determinar si el derecho a la defensa se ve afectado cuando la sentencia absolutoria y las disposiciones del artículo 350, apartado 1, del CPP no se presentan dentro del plazo especificado. Lo que significará proporcionar a los

profesionales del Derecho normas claras de evaluación para demostrar este impacto y permitirles aceptar la absolución y las disposiciones del artículo 350, párrafo 1, del CPP.

Ahora bien, según la Casación N°864-2016-Del Santa (Corte Suprema, 2017), para que el proceso penal se considere legítimo, es esencial dar al acusado la oportunidad de defenderse, y no se puede renunciar voluntariamente a este derecho. Debido a este razonamiento, el gobierno nombra defensores públicos para que asuman la representación legal de las personas que no tienen abogado propio. El derecho a una defensa justa, recogido en documentos internacionales como la Declaración Universal para los Derechos Humanos (DUDH) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), así como en un caso judicial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, reconoce que tener representación legal no es suficiente, pero también subraya la importancia de contar con una defensa eficaz. Sin embargo, a pesar de ello, la Corte Interamericana de Derecho Humanos (Corte IDH), ha impuesto sanciones a varias naciones latinoamericanas por no cumplir con su obligación de proporcionar una defensa legal competente, ya que han nombrado a un defensor público únicamente para cumplir con un requisito de procedimiento.

Esta problemática no es exclusiva de Perú; se observa en varios países y plantea serias preocupaciones sobre el derecho a un juicio justo. La falta de una defensa adecuada puede llevar a la admisión de pruebas ilícitas, a juicios sesgados y, en última instancia, a condenas injustas (Amnistía Internacional, 2020)

Según Transparencia Internacional (2020), cuando el abogado privado no actúa durante la fase intermedia, puede ser indicio de problemas mayores en el sistema judicial, como recursos insuficientes, corrupción y formación inadecuada de los abogados. Los problemas mencionados tienen el potencial de disminuir la confianza en los establecimientos jurídicos y debilitar los principios de la justicia. (World Justice Project, 2021)

En Perú, el artículo 139 de la Constitución y el artículo IX del Título Preliminar del CPP tutelan el derecho a la defensa. Sin embargo, en los últimos tiempos, nuestro país ha sido objeto de sanciones por parte de la Corte IDH, debido a que no se brindó una defensa suficiente e idónea al procesado en el caso Villavicencio vs. Perú.

La falta de participación activa, la preparación inadecuada o la ausencia total del abogado particular pueden llevar a una serie de problemas, como la admisión de pruebas ilícitas o la imposibilidad de presentar alegatos o pruebas que podrían ser cruciales para la defensa (Bernardi-Zambrano y Pinargoty-Alonzo, 2021) Esta situación no solo pone en riesgo la libertad del acusado, sino que también socava la confianza en el sistema judicial y puede llevar a resoluciones judiciales erróneas (San Martín, 1997).

En el Perú, donde el sistema de justicia enfrenta numerosos desafíos, incluida la percepción de corrupción y la falta de recursos, la no actuación del abogado particular en la etapa intermedia puede exacerbar estos problemas y contribuir a un ciclo de desconfianza y falta de fe en las instituciones legales del país (Torres, 2020)

Este tema es de vital importancia y merece un análisis detallado para entender las dimensiones del problema, sus causas y posibles soluciones. A través de este estudio, se busca arrojar luz sobre la afectación de la defensa ante la no actuación del abogado particular en la etapa intermedia en el sistema penal peruano, con el objetivo de proponer medidas que puedan mitigar estos efectos negativos y garantizar un proceso judicial más justo y equitativo para todas las partes involucradas (Velastegui, 2023)

Rodríguez (2021), en un estudio en Ecuador, señala que garantizar el debido proceso a través de una defensa penal confiable, significa evitar ciertas acciones, como no impugnar las pruebas presentadas, no presentar pruebas cruciales, no solicitar testimonios o no objetar los argumentos contrarios, porque dan luces de una defensa penal ineficaz. La eficacia de una defensa técnica viene determinada, entre otros factores, en la medida en que presenta argumentos y pruebas sólidos en apoyo de los intereses del acusado.

En Colombia, Vergara Padilla (2017), al investigar sobre las consecuencias sociales de tener una defensa justa y equilibrada en un sistema de justicia penal donde tanto la fiscalía como la defensa tienen los mismos recursos y oportunidades, verificó que los abogados no cumplen cabalmente con sus deberes al no utilizar los recursos legales disponibles, no presentar las pruebas apropiadas y basarse únicamente en elementos que no están respaldados por la ley durante los juicios, originando que las pruebas presentadas en el juicio sean únicamente aportadas o descubiertas por la Fiscalía, y no haya ninguna asistencia adicional.

Por otro lado, Montero y Salazar (2019), indica que, si bien el proceso directo es eficaz para resolver conflictos con rapidez, puede que no garantice plenamente el derecho del acusado a una defensa. Aunque el método directo puede acelerar la resolución de conflictos, no garantiza suficientemente el derecho del acusado a una defensa justa. El proceso de investigación también limita la capacidad del acusado para presentar pruebas y testigos a su debido tiempo, lo que puede obstaculizar su capacidad para demostrar su inocencia o atenuar su responsabilidad. De este modo, el proceso se centra más en los aspectos procesales que en el fondo del asunto.

Del mismo modo, Mejía & Vilchez (2018) manifiestan que la incapacidad de los abogados defensores de los imputados, carentes del conocimiento suficiente del proceso legal, es también un factor en la vulneración de su derecho a la defensa, lo que los lleva a persuadir a sus patrocinados para que usen estrategias alternativas, como un anticipo de terminación, para reducir su sentencia, cuando es realidad, lo hacen porque carecen de las habilidades necesarias para defender adecuadamente a los acusados, debido a la falta de pruebas penales o a la complejidad del caso.

Ulloa (2020), señala que la aportación defectuosa del abogado defensor público forja un estado de abandono que perjudica al imputado. Desarrolla la definición del derecho de protección como precaución constitucional, que se encuentra regulado en el proceso penal. Analiza las situaciones en las cuales no basta la representación de un abogado defensor acreditado en el juicio oral, sino que, el derecho a la protección va más allá que eso, señalando que el abogado defensor deberá estar preparado y con experiencia del manejo de nuevas

técnicas de litigación para poder ejercer una defensa eficaz. El nuevo Código Procesal Penal, trae consigo el nuevo régimen acusatorio adversarial, que requiere que el abogado en un juicio oral se encuentre preparado teniendo conocimientos del principio de oralidad y contradicción, la elaboración de la teoría del caso, alegatos de apertura, objeciones entre otros.

Otro elemento a tener en cuenta, es el tiempo asignado para preparar la defensa técnica en un proceso inmediato, considerado por Fang (2018) como insuficiente y propone que se duplique, y es que, tener un tiempo limitado dificulta una defensa efectiva o una investigación exhaustiva a favor del imputado, por tanto, al momento de evaluar la participación del defensor en el proceso penal y en espacial, en la etapa intermedia debe hacerse de una óptica holística para determinar la posible afectación de los derechos fundamentales del imputado.

1. Materiales y Métodos

La investigación es de enfoque cualitativo, la que de acuerdo Hernández-Sampieri & Mendoza (2018), el fenómeno se estudia de forma sistemática, en la que el investigador lleva a cabo un examen simultáneo de los hechos y los estudios previos para desarrollar una teoría que sea coherente con el fenómeno observado.

El diseño de investigación obedece a un enfoque jurídico dogmático, comparativo y propositiva según el autor menciona que el diseño de la investigación desde un enfoque jurídico con respecto En este caso, se utilizó este tipo de investigación en la que se analizará y ahondará más sobre la afectación de la defensa ante la no actuación del abogado particular en la etapa intermedia, analizando casos, decretos y leyes relacionados a lo desarrollado.

Se utilizó como técnica la entrevista y la su guía como su instrumento, el que se aplicó a cinco especialistas en materia penal, entre ellos: 02 jueces, 01 fiscales y 02 abogados, bajo un muestreo no probabilístico a conveniencia; información que se logró procesar a través de tablas, construidas teniendo en consideración elementos convergentes como criterio de predominante para el análisis de los datos.

2. Resultados

En las tablas siguientes se muestran los resultados de las entrevistas realizadas, organizadas conforme a las preguntas realizadas, encaminadas al logro de los objetivos planteados en la presente investigación.

Tabla 1

Impacto de la inacción del defensor en etapa intermedia

¿Cómo impacta la inacción del abogado particular en la calidad de la defensa durante la etapa intermedia del proceso penal?		
E-1	E-2	E-3

<p>En la etapa intermedia del proceso legal, se realiza el control de acusación, siendo esta fase crucial para que el abogado presente todas las pruebas que respalden su tesis de defensa. Esta tesis, que ha sido formada desde el inicio de la investigación preparatoria, se consolida en esta etapa. Aunque existen oportunidades para corregir errores formales en el juicio, no se puede reemplazar la presentación de pruebas en la etapa de Juicio Oral. Por lo tanto, la etapa intermedia representa entre el 60% y 65% del trabajo total que el abogado debe realizar.</p>	<p>La inacción del abogado sea particular o público impacta severamente en la defensa que debió ejercer en la etapa intermedia, puesto que no solo deja de realizar un control adecuado de la acusación (formal y materialmente) sino que puede dejar sin medios probatorios a su patrocinado para la etapa de juzgamiento.</p>	<p>Siendo que la etapa intermedia se controla el pedido de sobreseimiento, evidente que la incisión del abogado y de la defensa puede consignar un sustento de defensa ineficaz, en el sentido al omitirse el planteamiento del argumento jurídicos o facticos a favor de su cliente se pone en riesgo su libertad y demás derechos.</p>
---	---	--

E-4	E-5
<p>La impactación es negativa respecto a su patrocinado por qué no permite la prueba de descargo o refutar las pruebas de cargo por parte de fiscalía para posteriormente ser actuadas en el juicio oral.</p>	<p>Un abogado que no actúa en esta etapa crucial es una pieza perdida en el complejo rompecabezas del sistema penal peruano. Es esencial que se mueva, que hable, que defienda. Por el bien del acusado, del sistema y de sí mismo.</p>

Tabla 2

Mecanismos legales para mitigar la defensa ineficaz

<p>¿Qué mecanismos legales existen para mitigar los efectos negativos de la no actuación del abogado particular en esta etapa, y cuán efectivos son en la práctica?</p>		
E-1	E-2	E-3
<p>Difícil de reemplazar, hay 2 excepciones puntuales, pero no necesariamente en el tema</p>	<p>No existe mecanismos legales destinados particularmente a mitigar los efectos negativos</p>	<p>Por ejemplo, en caso de las medidas técnicas de defensa propuesta por escrito por</p>

de reemplazar sino complementar, ya no se puede reemplazar esa etapa. ¿Y cuáles son esas? El de ofrecer pruebas nuevas que tienen sus propios requisitos y sus propios procedimientos de ofrecer esas pruebas nuevas, y las llamadas pruebas complementarias, son las 2 posibilidades que se tienen. Repito, las pruebas nuevas tienen sus propios requisitos, no es que cualquier documento se ingrese como prueba nueva y la llamada prueba complementaria, más allá de eso no se puede sustituir la negligencia o las omisiones que se han hecho en la etapa intermedia.

de la no actuación del abogado. Se podría utilizar la nulidad en actuados, pero no procede en esta etapa, si no que será posible de ser vista ya en apelación de sentencia. Por otro lado, podría el juez de investigación preparatoria tomar la iniciativa de advertir al acusado de las deficiente o poco diligente actuación de su abogado, para instarlo a cambiar de defensor.

que luego no son sustentadas originalmente de manera correcta, podrían interponerse los recursos impugnatorios que la ley prevé luego podrían recursos procesales como nulidades procesales (Siempre que cuenten con los presupuestos para ellos) los expertos en la práctica de constituir una defensa ineficaz, poniendo en serio riesgo la libertad del imputado.

E-4

Los artículos 373 y 422 del CPP, son mecanismos de prueba en juicio Oral, el primero en esta etapa de juicio Oral y el segundo en la etapa de apelación. La aceptación de los medios probatorios dependerá del argumentó del abogado defensor y la calidad de la prueba referente a la pertinencia, conducencia y utilidad.

E-5

En la práctica, la efectividad de estos mecanismos varía. Si bien están diseñados para proteger los derechos del imputado, su aplicación depende de diversos factores, como la valoración de los jueces, la calidad de los abogados de oficio y la sobrecarga del sistema judicial.

Tabla 3

Percepción de los acusados de la calidad de su defensa particular en etapa intermedia

¿cómo perciben los acusados la calidad de su defensa cuando su abogado particular no actúa de manera adecuada en la etapa intermedia? ¿hay algún impacto psicológico o emocional en los acusados?		
E-1	E-2	E-3
El derecho actual es lógico y razonable, y las personas, incluso sin conocimientos legales, pueden discernir si su defensa fue adecuada. El proceso judicial tiene un fuerte impacto psicológico en los acusados. Es gratificante para ellos cuando el juicio concluye favorablemente, pero puede llevar a preocupación, depresión y frustración cuando no es así.	Los acusados a veces no se dan cuenta de esa actuación indebida de su abogado, por desconocimiento. Sin embargo, cuando el acusado advierte que su abogado en esta etapa no actúa profesionalmente va ingresar en un estado de zozobra e incertidumbre puesto que está a portas de enfrentar el juicio oral sin tener las condiciones mínimas para obtener resultados positivos.	Como que afecta emocionalmente acuerdo cuando admite que el abogado al que confió su libertad no hace un buen trabajo habitualmente, el cliente sospecha de su abogado y la experiencia enseña que casi siempre pensando que se coludió con la otra parte.
E-4	E-5	
Si, primero es una sensación de desprotección, una sensación de que fueron engañados y de que posiblemente el resultado sea en contra de ellos, en el entendido que se basan por el principio de confianza esto es que aquellos confían en la persona que contrataron para que se le represente.	Es importante destacar que cada individuo es único, y la manera en que percibe y reacciona a la inacción de su abogado puede variar según su personalidad, historia de vida, apoyo familiar y otros factores.	

Tabla 4

Responsabilidades éticas y legales de los abogados particulares

¿Qué responsabilidades éticas y legales enfrentan los abogados particulares que no actúan de manera adecuada en la etapa intermedia, y cuáles son las consecuencias para su carrera profesional?		
E-1	E-2	E-3
En el tema ético, la mayoría de los colegas que conozco no siento que tengan la carga ética o algún cargo de conciencia de no haber actuado oportunamente, porque hay pocos abogados que viven el problema del cliente, se preocupan y la asimilan como si fuera personal, entonces en ese sentido puede darse cuenta de que psicológicamente puedan sentirse mal también los abogados, luego de haber hecho una defensa que no ha salido de la mejor forma, o que pudieron hacer algo más.	Desde nuestro punto de vista el abogado tiene responsabilidad ética ante su colegio profesional y también legal por el incumplimiento del contrato de prestación de servicios que pueda dar lugar en el primer supuesto a una sanción ética, pero también a una demanda de indemnización por daños y perjuicios y finalmente el desprestigio profesional.	Las responsabilidades éticas donde a partir del código y/o reglamento ético representativo por el colegio profesional. Luego si se incidió en responsabilidad penal o civil, serán las leyes penales y civiles que determinan su sanción.
E-4	E-5	
La ley orgánica del Poder Judicial en el artículo 288° establece que los abogados deben actuar con probidad y buena fe, al igual que el Código de ética de cada colegio de abogados en el entendido que cada abogado actúa con lealtad y probidad.	Los abogados, como profesionales del derecho, tienen una serie de responsabilidades éticas y legales que deben cumplir en el ejercicio de su profesión. Cuando no actúan de manera adecuada, especialmente en etapas cruciales como la intermedia de un proceso penal, enfrentan diversas consecuencias que pueden afectar su carrera profesional.	

Tabla 5

Medidas para mejorar la supervisión y rendimiento de los abogados particulares

¿Qué medidas podrían implementarse para mejorar la supervisión y rendimiento de los abogados particulares durante la etapa intermedia del proceso penal, con el fin de garantizar una defensa más efectiva para los acusados?		
E-1	E-2	E-3
Es difícil que haya una medida, no hay una institución que pueda hacer el control, es un poco subjetivo. El colegio de abogados es el único ente que puede hacer un cierto control, pero es difícil ver que hagan una calificación, evaluando si tal actuación estuvo bien o mal, no hay un medio eficaz por ahora y están en la libertad los abogados de hacer cosas bien o cosas mal, lo único que va repercutir es en su imagen, en su reputación de profesional y que tengan más o menos clientes, pero que haya una institución que se pueda implementar en el sentido que por ahí pueda haber un control, es difícil.	Desde nuestro punto de vista debería existir un mecanismo de exclusión de la defensa por falta de diligencias o defensa ineficaz, que permita al juez disponer que el abogado salga del proceso y se pueda designar otro abogado particular o efecto, un defensor público.	Lo idóneo es que los colegios de profesionales de abogados refuercen no solo los mandatos de sus respectivos códigos y reglamentos de ética, si no refuercen sus mecanismos de control y sanción de sus respectivos tribunales de ética, centrados en cualquier tipo de corrupción para aquellos abogados defensores negligentes que constituyen defensores ineficaces.
E-4	E-5	
Normativamente se prevé dos documentos, la nueva prueba en juicio oral y la nueva prueba en la apelación: el juez debe evaluar cada caso en concreto para facilitar la incorporación de prueba obtenida en etapa posterior a	Implementar estas medidas requiere un esfuerzo conjunto de las autoridades judiciales, colegios de abogados y la sociedad civil. Sin embargo, garantizar una defensa efectiva es esencial para la justicia y los derechos de los	

fin de facilitar el principio de igualdad de armas. acusados, por lo que es una inversión que vale la pena realizar.

En términos generales, se puede observar que todos los participantes entrevistados indican que existen dos tipos de documentos normativos relacionados con la presentación de pruebas tanto en juicios orales como en apelaciones. Es responsabilidad del juez analizar cada situación específica para permitir la admisión de pruebas presentadas en etapas posteriores, lo que garantiza el principio de equidad entre las partes. Tanto la ley orgánica del Poder Judicial, en su artículo 288°, como el Código de Ética de los colegios de abogados, establecen que los abogados deben obrar con integridad, honestidad y buena fe, haciendo hincapié en la lealtad y la probidad en el ejercicio de su profesión.

La regulación establece dos documentos para la presentación de pruebas tanto en juicios orales como en apelaciones, y es responsabilidad del juez asegurar la equidad entre las partes al evaluar estas pruebas. Tanto la ley orgánica del Poder Judicial como el Código de Ética de los colegios de abogados hacen hincapié en la integridad y la honestidad en la conducta de los abogados. Se percibe una sensación de vulnerabilidad y desconfianza entre algunos individuos hacia los profesionales que contratan para representarlos. Los artículos 373 y 422 del Código Procesal Penal definen los procedimientos de prueba en juicios orales y apelaciones, y la aceptación de estas pruebas depende de la argumentación y calidad de las mismas. Sin embargo, existen inquietudes acerca de las restricciones para presentar pruebas de descargo en el juicio oral, lo cual podría tener repercusiones negativas para el representado.

3. Discusión

Como bien se ha podido notar, los entrevistados señalan que se establecen normativamente dos tipos de documentos relacionados con la presentación de pruebas en juicio oral y en apelación, siendo el juez quien tiene la responsabilidad de evaluar cada situación específica para permitir la inclusión de pruebas presentadas en etapas posteriores, garantizando así el principio de igualdad de armas entre las partes. La ley orgánica del Poder Judicial, en su artículo 288°, y el Código de ética de los colegios de abogados, establecen que los abogados deben actuar con integridad, honestidad y buena fe, enfatizando la lealtad y probidad en su ejercicio profesional. La importancia de las normativas, la responsabilidad del juez en la evaluación de pruebas y la ética profesional de los abogados en el contexto de un proceso legal. Todo esto se hace en aras de garantizar un proceso justo, equitativo y basado en la igualdad de armas entre las partes involucradas en el sistema legal.

Tal como indica Rodríguez (2018), ciertas acciones, como no impugnar las pruebas presentadas, no presentar pruebas cruciales, no solicitar testimonios o no objetar los argumentos contrarios, indican claramente una defensa penal ineficaz. La eficacia de una defensa técnica

viene determinada, entre otros factores, por la medida en que presenta argumentos y pruebas sólidos en apoyo de los intereses del acusado.

Estrada (2016), habla de una defensa técnica privada inadecuada cuando un abogado privado no representa adecuadamente a un acusado en un caso legal. Hay varios factores que pueden llevar a esta situación, entre ellos la limitación de recursos, el tiempo inadecuado para la preparación del caso, la falta de conocimientos o habilidades jurídicas, o una carga de trabajo abrumadora que impide al abogado prestar la debida atención a cada caso.

El desempeño del Juez de Investigación Preparatoria en el proceso penal, particularmente en su capacidad y criterio para considerar un escrito de absolución del requerimiento acusatorio, desempeña un papel fundamental. Este documento, presentado por la defensa, es una solicitud formal que busca la absolución del imputado, a menudo argumentando la insuficiencia de pruebas o la posible violación de derechos fundamentales. La decisión de admitir este escrito no se toma a la ligera, ya que implica un examen minucioso del proceso, una evaluación detallada de las pruebas presentadas y un análisis exhaustivo de la investigación realizada. De esta forma, San Martín (1997), tenía razón cuando explicaba que esta circunstancia no solo representa una amenaza para la libertad del acusado, sino que también mina la confianza en el sistema judicial y puede resultar en decisiones judiciales equivocadas.

Con lo expuesto, resulta claro que la asistencia legal especializada es esencial para asegurar un proceso justo y equitativo, donde el acusado tenga la oportunidad de enfrentar las acusaciones en su contra de manera efectiva. Desde una perspectiva constitucional, se resalta la imperativa necesidad de ofrecer una defensa especializada en momentos críticos del proceso penal. Se reconoce que esta asistencia legal, proporcionada por profesionales del derecho, no solo resulta vital para que el acusado comprenda y enfrente de manera adecuada las acusaciones en su contra, sino que también representa un pilar esencial para garantizar un proceso justo y equitativo. En última instancia, este análisis subraya la importancia de salvaguardar los derechos del acusado como un principio constitucional fundamental en la búsqueda incansable de la justicia.

CONCLUSIONES

En primer lugar, no puede desconocerse que la responsabilidad fundamental del juez en el proceso, más allá de la normatividad, tiene la tarea de evaluar cada circunstancia y decidir si es pertinente admitir pruebas presentadas en etapas más avanzadas del proceso esto implica un alto grado de objetividad y criterio jurídico.

Aunque la normatividad establece ciertos lineamientos sobre cuándo y cómo presentar pruebas, la capacidad del juez de hacer excepciones en base a la evaluación de la situación específica indica un sistema que valora la justicia sustancial por encima de la justicia formal, es decir, busca que el resultado sea justo, aunque para ello se deba flexibilizar el procedimiento.

Después de la exposición de evaluación el sistema descrito busca equilibrar la necesidad de seguir procedimientos formales con la importancia de asegurar resultados justos y equitativos en el proceso judicial, siendo así, la discrecionalidad del juez es una herramienta clave para lograr este equilibrio, pero también es esencial que se ejerza con prudencia y objetividad.

Es esencial que las normas y principios constitucionales aseguren el derecho del acusado a una defensa especializada en el proceso penal. Desde una óptica constitucional, garantizar derechos fundamentales como la presunción de inocencia y el debido proceso implica reconocer la importancia de una defensa especializada. Esto no solo permite que el acusado comprenda y responda adecuadamente a las acusaciones en su contra, sino que también fortalece la equidad y la imparcialidad del proceso legal. En última instancia, asegurar una defensa especializada no solo protege los derechos individuales del acusado, sino que también contribuye a la integridad y legitimidad del sistema judicial en su conjunto.

REFERENCIAS

- Amnistía Internacional. (2020). *El papel fundamental de una defensa adecuada en el sistema de justicia penal. Informe Anual 2020*. <https://www.amnesty.org/es/what-we-do/>
- Bernardi-Zambrano, M. y Pinargoty-Alonzo, M. (2021). Límites en la aplicación de los derechos humanos en el proceso penal ecuatoriano. *Polo del Conocimiento*, 6(9), 462-473. <https://polodelconocimiento.com/ojs/index.php/es/article/view/3054>
- Corte Suprema del Perú (2017). Casación N°864-2016-Del Santa, 27 de setiembre de 2017. <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2020/12/Casacion-864-2016-Del-Santa-LP.pdf>
- Estrada, S. (2022). La defensa penal de oficio. *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad -REDS*, 9, 178-189. <https://www.dykinson.com/revistas/revista-de-derecho-empresa-y-sociedad/729/>
- Fang, L. (2018). *Necesidad del derecho a la defensa eficaz en el proceso inmediato reformado*. [Tesis de Maestría. Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo]. <https://repositorio.unprg.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12893/7403/BC-1145%20FANG%20RIVERA.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Ghesquiere, M. F. (2010). *El testigo sin rostro en Costa Rica*. [Tesis de licenciatura. Universidad de Costa Rica]. <http://repositorio.sibdi.ucr.ac.cr:8080/jspui/handle/123456789/4134>
- Hernández-Sampieri, R. & Mendoza, C. (2018). *Metodología de la investigación. Las rutas cuantitativa, cualitativa y mixta*. Editorial Mc Graw Hill Education
- Mejía, A. y Vilchez, K. (2018). *Efecto Jurídico del Acuerdo Plenario Extraordinario N°2-2016/CIJ-116 en la protección del Derecho de Defensa: en el distrito de Cajamarca durante el año 2016*. [Tesis para optar el título de abogado. Universidad Privada Antonio Guillermo Urrel]. <http://repositorio.upagu.edu.pe/handle/UPAGU/690>
- Montero, D. y Salazar L. (2020). *Derecho de defensa en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Universidad de Costa Rica. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r32676.pdf>
- Rodríguez, M. (2018). La defensa penal eficaz como garantía del debido proceso en Ecuador. *Universidad y Sociedad*, 10(1), 33-40. <https://rus.ucf.edu.cu/index.php/rus/article/view/758>
- San Martín, C. (1997). La fase intermedia en el proceso penal peruano. *Ius et Veritas*, (15), 285-294. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15745>
- Santana- Ramos, E. (2018). El rol del abogado ante la ética y el ejercicio profesional. *Revista de la Facultad de Derecho*, (44), 1-28. <https://doi.org/10.22187/rfd2018n44a5>

- Sucari, R. (2022). Las convenciones probatorias en el Código Procesal Penal: dificultades para su aplicación en el sistema procesal penal peruano. *Revista de Derecho de la Universidad Nacional del Altiplano de Puno*, 7(1), 42-60. <https://doi.org/10.47712/rd.2022.v7i1.170>
- Torres, M. (2020). Impacto de la no actuación del abogado particular en la etapa intermedia del proceso penal en el sistema de justicia peruano. *Revista de Derecho y Sociedad*, (55), 120-135. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/issue/view/1692>
- Transparencia Internacional (28 de enero 2021). *La corrupción y la COVID-19 empeoran el retroceso democrático*. <https://www.transparency.org/es/press/2020-corruption-perceptions-index-reveals-widespread-corruption-is-weakening-covid-19-response-threatening-global-recovery>
- Ulloa, J. (2020). *La defensa ineficaz y su represión en los actos procesales del proceso penal en el distrito judicial de Lima, periodo 2015 – 2018*. [Tesis de maestría. Universidad de San Martín de Porres]. <https://hdl.handle.net/20.500.12727/6068>
- Velastegui, R. (2023). El alcance de la garantía del habeas corpus en el Ecuador. *Ciencia Latina Revista Científica Multidisciplinar*, 7 (1), 6094-6116. https://doi.org/10.37811/cl_rcm.v7i1.4905
- Vergara, J. (2021). *El impacto social para la defensa en un sistema penal de tendencia acusatoria con igualdad de armas frente a la Fiscalía en la ciudad de Bogotá*. [Tesis de doctorado. Universidad Libre]. <https://repository.unilibre.edu.co/handle/10901/10483>
- World Justice Project (2021). *Rule of Law Index 2021*. <https://worldjusticeproject.org/wjp-rule-law-index-2021-launch>

LA CONSTITUCIONALIDAD DEL PROCESO DE EXTINCIÓN DE DOMINIO*

THE CONSTITUTIONALITY OF THE EXTINCTION OF DOMINION PROCESS

Josue Fernando E. Bobadilla Chero

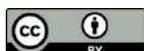
Universidad César Vallejo

jbobadillach@ucvvirtual.edu.pe

 <https://orcid.org/0000-0003-2962-2690>

Fecha de recepción: 04/11/2023

Fecha de aprobación: 09/03/2024



e-ISSN: 2961-2934

<https://doi.org/10.61542/rjch.51>

Rogger Javier Brayan Vásquez Serna

Universidad César Vallejo

jvasquezser@ucvvirtual.edu.pe

 <https://orcid.org/0000-0002-8889-1471>

RESUMEN

El presente artículo pretende dilucidar las cuestiones controversiales que se ocasionan a partir de la entrada en vigor del Decreto Legislativo N°1373, en cuyo mérito surge la siguiente interrogante: ¿El proceso de extinción de dominio contraviene el ordenamiento constitucional peruano? Problemática que es desarrollada identificando en primer orden el génesis de esta institución en el ámbito internacional pasando a su análisis en el contexto normativo peruano, así es como se concluye que el proceso de extinción de dominio se opone al marco constitucional peruano en el extremo en que no está contemplado como una forma de extinción de la propiedad, en consecuencia; vulnera derechos constitucionales. La investigación obedece a un diseño descriptivo- analítico, a partir de la revisión de literatura jurídica y normativa, que evidenciaron la necesidad de plantear reformas constitucionales para evitar la arbitrariedad del proceso de extinción de dominio.

Palabras clave

Extinción de dominio, propiedad, debido proceso, derechos fundamentales.

*Artículo producto del proyecto de investigación del Semillero de Investigación “Pablo Magnaud” de la Universidad César Vallejo en la sede de Trujillo, Perú.



ABSTRACT

This article aims to elucidate the controversial issues that arise from the entry into force of Legislative Decree No. 1373, in which merit the following question arises: Does the process of extinction of ownership contravene the Peruvian constitutional order? This problem will be developed by first identifying the genesis of this institution at the international level and then analyzing it in the Peruvian normative context, thus concluding that the process of extinction of ownership is opposed to the Peruvian constitutional framework in the extreme in that it is not contemplated as a form of extinction of property, consequently, it violates constitutional rights. The research obeys a descriptive-analytical design, based on the review of legal and normative literature, which evidenced the need to propose constitutional reforms to avoid the arbitrariness of the process of extinguishment of ownership.

Keywords

Extinction of ownership, property, due process, fundamental rights.

RÉSUMÉ

Cet article vise à élucider les questions controversées qui découlent de l'entrée en vigueur du Décret Législatif n° 1373, suscitant la question suivante : le processus d'extinction de la propriété contrevient-il à l'ordre constitutionnel péruvien ? Ce problème sera développé en identifiant d'abord la genèse de cette institution au niveau international, puis en l'analysant dans le contexte normatif péruvien, concluant ainsi que le processus d'extinction de la propriété est contraire au cadre constitutionnel péruvien dans la mesure où il n'est pas envisagé comme une forme d'extinction de propriété, violant par conséquent les droits constitutionnels. La recherche obéit à une conception descriptive-analytique, basée sur l'examen de la littérature juridique et normative, mettant en évidence la nécessité de proposer des réformes constitutionnelles pour éviter l'arbitraire du processus d'extinction de la propriété.

Mots-clés

Extinction de propriété, propriété, procédure régulière, droits fondamentaux.

INTRODUCCIÓN

La Extinción de Dominio, y principalmente, sus antecedentes, surgen a modo de una institución sancionadora desde la época de la Edad Media, no obstante, su denominación era muy diferenciada a como la solemos identificar en la actualidad, consignándola como “confiscación de bienes” y empleándola como una garantía individual, especialmente en el tiempo de las monarquías europeas. En posterioridad, la figura en mención es aludida en América en la primera Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos del año 1824 en su artículo 147°, no obstante, es mencionada como la prohibición de la pena de confiscación, sin abordar más sobre el tema (García, 2021).

Siguiendo esta línea, recién en el año 1988 el término es acuñado propiamente como “Extinción de Dominio” en la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, realizada en Viena un 20 de diciembre de 1988, específicamente en el artículo 5° de esta normativa, se incorpora conceptos sustanciales asociados con la institución de confiscación como una prioridad de la política criminal, es así como proporciona una serie de estrategias y recomendaciones a los Estados para que incorporen en sus ordenamientos jurídicos una forma de afectación del Derecho real de propiedad con fines de “decomiso penal”, como parte de una estrategia para combatir actos de narcotráfico u otros delitos ilícitos conexos (Oficina de Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito, 1988, pp. 6–7).

En ese sentido, no podemos dejar de mencionar que la Convención antes mencionada, también presenta una postura respecto a la afectación de bienes, donde postula la adaptación de parámetros que posibiliten un “embargo preventivo o incautación” como una medida cautelar. Aunado a ello, la Convención también contempló la propuesta de inversión de la carga probatoria, pero fue una consideración controversial para los Estados, en la medida en que la materia en comentario se dio con los fines de cumplir con la fase inicial consagrada en las cargas de investigación y prueba de cargo de la fiscalía, presupuestos que dificultan la efectiva inversión probatoria cuando previamente se debe demostrar la existencia de la obtención de un bien por actos ilícitos y desvirtuar la presunción de buena fe de los titulares reales de bienes, entre otras cargas probatorias *sine qua non*.

Posteriormente, en diciembre de 1990 en la Convención Europea sobre Blanqueo, Detección, Embargo y Confiscación de los productos de un delito; se emitió una norma como medida de lucha contra la criminalidad por la necesidad de perseguir una política criminal común encaminada a la protección de la sociedad mediante estrategias de investigación, basándose en la jurisdicción de orden público para impedir de la obtención de productos mediante delitos, por ello esta Convención propuso a las Unidades de Investigación de las Autoridades Competentes de los Estados, a ocupar, confiscar y requisar los bienes, dinero o ventajas patrimoniales obtenidas mediante ilícitos que atenten contra el Orden Público. Fue en este año donde se consignó por primera vez en un ordenamiento, la figura de la Extinción de

Dominio sobre derechos obtenidos por la comisión un delito (Unidad de Equipo Técnico Institucional del Código Procesal Penal [UETI-CPP], 2019, p. 44).

No obstante, en las Convenciones anteriores aún no se había establecido una específica legislación de la Extinción de Dominio, por ello, a inicio de los dos mil en la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de Palermo, se propuso a los Estados miembros la cooperación para combatir la delincuencia organizada transnacional; es aquí donde se pone en perspectiva las consecuencias perjudiciales de conductas ilícitas de carácter transnacional que ameritan la actuación conjunta de los Estados parte para su represión y consecuente decomiso (Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito, 2000).

En 2004, en la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción, también conocida como “Convención de Mérida”; a pesar de replicar las recomendaciones de comiso contempladas en Viena (1988) y Palermo (2000), se presenta una relevante innovación de la institución de Extinción de Dominio, pues fue el primer documento de carácter internacional en sugerir la adaptación de instituciones de confiscación como condena, consignando en su artículo 54° a la Extinción de Dominio como una de sus modalidades más representativas, además de implementar otros criterios importantes que convenciones anteriores no habían considerado, como la búsqueda de bienes no legales bajo la denominación de “recuperación de activos”. (Larrea, 2021)

Más adelante en 2011, surgió uno de los hechos más importantes que permitió consolidar la figura de Extinción de Dominio dentro de los ordenamientos jurídicos latinoamericanos, incluyendo a Perú, se trata de la Ley Modelo sobre Extinción de Dominio conocida como UNODOC, donde establece una definición concreta de la extinción de dominio en el artículo 2, considerándola como : “una consecuencia patrimonial de actividades ilícitas consistente en la declaración de titularidad a favor del Estado por sentencia de autoridad judicial”, otorgándole una naturaleza jurisdiccional autónoma de otro proceso (Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, 2011, p. 4).

Aunado a ello, brindó presupuestos que convenios anteriores no habían considerado, como la retroactividad, un criterio muy cuestionado en la actualidad y justamente uno de los puntos a tocar en párrafos posteriores, también consideró la imprescriptibilidad y la presunción de buena fe, reflejando la vinculación con las normas de rango constitucional como son las garantías procesales, medidas cautelares y los derechos de comparecencia al proceso, debida notificación e incluso al recurso de apelación; así como la valoración de derechos fundamentales vulnerados en su tramitación.

A causa del marco jurídico internacional precedente, se emite en el ordenamiento jurídico peruano, el Decreto Legislativo N°1373 sobre Extinción de Dominio, promulgado el 04 de agosto de 2018, donde nuestra legislación contempla esta figura por primera vez en el artículo 3, considerándola como:

Una consecuencia jurídica-patrimonial que traslada a la esfera del Estado la titularidad de bienes cuyo objeto, instrumento, efectos o ganancias surjan de actividades ilícitas, mediante sentencia emitida respetando el debido proceso, sin indemnización ni contraprestación alguna a favor del requerido o terceros. (inciso 10)

También consolidó sus principales características como su autonomía, carácter patrimonial y real y su ámbito público, es así que, por Resolución Administrativa N°122-2019-CE-PJ, el 20 de marzo de 2019, el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial constituyó el Sub-Sistema Nacional Especializado en Extinción de Dominio con la disposición de 21 Juzgados Especializados y 3 Salas de Apelaciones Especializadas a nivel nacional, conformadas con un subsistema de un Juzgado Transitorio Especializado en Extinción de Dominio y la Sala de Apelaciones Transitoria Especializada en Extinción de Dominio de la Corte Superior de Justicia de La Libertad (El Peruano, 2019).

En definitiva, la Ley Extinción de Dominio pese a ser una normativa novedosa en nuestra legislación, posee características especiales como ser independiente de los pronunciamientos de un proceso penal, civil, administrativo o arbitral; también es susceptible a cuestionamientos respecto de su autonomía, creando así la controversia sobre si existe o no un tipo de relación con otras ramas del derecho aun cuando su actuación procesal toma como forma el desarrollo de un proceso civil; así como de poseer una característica real, por la cual su pleno ejercicio se encuentra destinado a recobrar los derechos reales o ventajas provenientes de actividades delictivas, aun cuando eso signifique vulnerar el derecho constitucional a la defensa, debido proceso, tutela jurisdiccional efectiva y propiedad.

En atención a ello es que surge la siguiente problemática: ¿determinar si el proceso de extinción de dominio contraviene el ordenamiento constitucional peruano?, en ese sentido, se debe considerar realizar un minucioso análisis e interpretación de esta normativa, especialmente con el objetivo de lograr su constitucionalidad en el marco normativo peruano, considerando que posee aspectos que limitan el desarrollo de derechos constitucionales. En ese orden de ideas, consideramos importante este tema como investigación al contemplar muchos vacíos legales, controversias y limitaciones que bien se podrían solventar con su revisión y corrección normativa.

Asimismo, el desarrollo de análisis tiene una justificación teórica, puesto que, está basada en explicar y aportar los motivos por los cuales el proceso de extinción de dominio podría contravenir el ordenamiento constitucional y afectar derechos constitucionales, con ello, se despliega una justificación práctica, en la medida que se busca describir la problemática relacionada a los actos de vulneración de derechos constitucionales a personas que soportan el proceso de extinción de dominio; además, se sustenta en una justificación metodológica, en la medida que se busca difundir aspectos problemáticos, realistas y fehacientes que surgen con la aplicación del proceso de Extinción de Dominio. Por último, se trata de una justificación legal debido a que aborda la posible contravención al ordenamiento constitucional al aplicar el proceso de Extinción de Dominio.

1. Extinción de Dominio: reflexiones

Según Rojas (2020), el proceso de Extinción de Dominio se define como “una estrategia de política criminal que opera de forma independiente al proceso penal, destacando que consta de dos fases distintas: *i*) la investigación del patrimonio; y, *ii*) etapa judicial”, resaltando la importancia de la segunda etapa, al ser las actuaciones jurisdiccionales las más importantes, puesto que esta fase será determinante para corroborar el cumplimiento o no del objeto del proceso antes referido.

1.1. Adecuación del marco jurídico internacional

Es preciso dilucidar respecto a la adecuación del marco convencional al régimen normativo específico de la legislación peruana; pues, si bien hoy en día es posible referirnos al orden público internacional, haciendo alusión a la concordancia de posturas de los diversos Estados del mundo (Coppelli, 2018), posibilitada en la medida en que comparten criterios de desarrollo y coordinación, no es posible postular la identidad de las sociedades pertenecientes a este orden público internacional, ello debido a los diversos procesos históricos que caracterizan a cada país y que han ocasionado la consolidación de su identidad individualizada como sociedad.

Dicho lo anterior, tratándose del marco normativo peruano, la implementación de la institución de Extinción de Dominio ocasiona un conflicto con el ordenamiento jurídico constitucional vigente, pues no basta con la sola habilitación del Decreto Legislativo N°1373 para limitar derechos fundamentales de la persona requerida, sin antes adecuar los parámetros constitucionales para su implementación. Lo anterior obedece al claro resquebrajamiento de los límites normados por la Constitución en la medida en que se vulneran derechos fundamentales, reconocidos en instrumentos internacionales, como la propiedad y sus formas de extinción y, en segundo lugar, las garantías procesales también reconocidas en el marco internacional como la tutela jurisdiccional efectiva, derecho a la defensa, presunción de inocencia y buena fe, y el debido proceso al invertirse la carga probatoria. (Palomino, 2021)

1.2. El proceso de Extinción de Dominio

Por otro lado, un punto relevante es el desarrollo de la regulación adjetiva de la figura de Extinción de Dominio, pues si bien nos estamos refiriendo a una institución que se vale del uso de la potestad *Ius Punendi* del Estado para legitimar la confiscación del patrimonio de una persona (Díaz, 2023), la misma utiliza un esquema procesal de naturaleza privada y es aquí donde debemos precisar que dicho esquema es utilizado para resolver pretensiones jurídicas del derecho civil, el cual se caracteriza por no requerir de la facultad sancionadora del Estado, en cambio, son las relaciones privadas las que dan origen a dichos procesos, siendo que la relación jurídica conformada por un fiscal y un sujeto que ha realizado conductas típicas que contravienen el orden normativo y, en consecuencia; ha obtenido un patrimonio, no reviste de carácter particular.

Estando a lo anterior, es posible argüir que, en la medida en que la Extinción de dominio no se desarrolle en un esquema procesal de naturaleza sancionadora como lo son los procesos penales o los procedimientos administrativos sancionadores, contraviene los alcances del debido proceso toda vez que su marco procesal no es idóneo al intentar dilucidar como cuestiones privadas consecuencias de origen ilícito, afectando la naturaleza y finalidad de Decreto Legislativo N°1373.

1.3. Retroactividad de la norma

Respecto de la retroactividad aplicada al Decreto Legislativo número 1373, a primera vista se podría aducir que se trata de una clara contravención al principio de irretroactividad (Díaz y Díaz, 2023), en específico de normas sancionadoras; sin embargo, es necesario valernos de un análisis mucho más flexible en aras de la contemplación de un panorama más amplio a cuyo recaudo podamos encontrar argumentos suficientes que legitimen la aplicación temporal desnaturalizada en el tiempo de este dispositivo normativo.

Siendo ello así, debemos analizar en primer orden la antijuricidad de la conducta atribuida al sujeto requerido, para ser más precisos, identificar el bien jurídico que esta institución busca proteger; en atención a ello, debemos decir que la finalidad de implementar esta institución en el ordenamiento jurídico peruano es la de garantizar la seguridad económica y la licitud de los derechos reales, tal como se establece el Decreto Legislativo N°1373, y con ello brindar un panorama justo con igualdad de oportunidades para todos los agentes económicos, a la vez que se satisfacen los marcos convencionales internacionales que han sido ratificados por el Perú (Rivera, 2021). Empero, surge la cuestión de, si es suficiente la búsqueda de seguridad económica para legitimar la desnaturalización de la aplicación temporal de la norma.

En segundo lugar, respecto de la aplicación *ex ante* a la vigencia de la norma en comentario, se debe identificar el momento de consumación de los supuestos de hecho contemplados en la Ley de Extinción de Dominio, en este sentido, podríamos decir que, conforme a las definiciones brindadas por la misma norma, nos encontraríamos frente a dos supuestos base; el primero es la procedencia ilícita de bienes patrimoniales y el segundo la sola insostenibilidad de patrimonio, cada uno de ellos con sus modalidades. Independientemente del análisis, para arribar a la configuración de estos supuestos, debemos referirnos específicamente al análisis de su vigencia en el tiempo.

Es así que, para tales efectos, hemos de valernos de la doctrina penal en lo referido a las clases de delitos según su ejecución, así la cuestión se resume a, si se trata de una acción de consumación instantánea, o, por el contrario, se trata de una acción que continúa vulnerando el bien jurídico protegido de manera permanente. A nuestra opinión, los supuestos de hecho contemplados en la norma de Extinción de Dominio, se subsumen en los parámetros de un ilícito permanente, y no cabría mención entonces de aplicación retroactiva de esta norma como lo señala el numeral 2.5 del artículo II del Título Preliminar de la norma; esto es, que: “la

extinción de dominio se declara con independencia de que los presupuestos para su procedencia hayan ocurrido con anterioridad a la vigencia del presente decreto legislativo”.

1.4. La seguridad económica

No cabe duda de que las diversas estructuras criminales que se forman a nivel nacional e internacional generan ganancias económicas muy elevadas, las cuales no están sujetas a ningún tipo de control legal, ya sea tributario, aduanero, etc.; en consecuencia, se genera un desequilibrio económico en el mercado. (Blanco, 1997)

En ese sentido, y con el fin de salvaguardar la seguridad económica, el Estado combate la delincuencia, no solo para sancionar penalmente a los implicados del delito, sino también para evitar y recuperar todos aquellos beneficios de carácter patrimonial cuya fuente proviene de actividades ilícitas como la minería ilegal, lavado de activos, trata de personas, tráfico ilícito de drogas, o cualquier otra actividad ilícita susceptible de generar riqueza.

2. El carácter reservado de la indagación patrimonial

El análisis de la teoría general del proceso ha incentivado a los estudiantes y operadores del Derecho a plantearse la siguiente interrogante: ¿Cuándo inicia un proceso? Antes de dar una posible respuesta a tal pregunta, es importante mencionar que, según Priori (2015), “dentro del Estado Constitucional, el proceso es visto como un sistema de garantías constitucionales, orientadas a la solución de un conflicto o una incertidumbre jurídica”. (pp. 348-349). Es así como todas esas garantías forman parte de lo que se conoce como el derecho a una Tutela Jurisdiccional Efectiva desde el inicio de todo proceso judicial.

En ese orden de ideas, el proceso se tiene por iniciado desde que una persona ejerce su derecho de acción mediante la interposición de una demanda, denuncia, querrela, etc. (Franco, 2010), según corresponda, lo cual obliga al juez a realizar una serie de actos procesales materializados en resoluciones, autos o decretos judiciales. Aunque el juez, previa calificación, declare inadmisibile o improcedente la demanda, se entiende que hubo un proceso judicial, aun cuando no haya existido emplazamiento y, en consecuencia; ausencia de contestación de demanda. Si bien es cierto, no hubo relación jurídica procesal que vincule al demandado con el demandante, si existió proceso, en tanto que, se solicitó tutela y el órgano jurisdiccional emitió una respuesta.

Teniendo en cuenta esta base doctrinal, como señala Zúñiga (2023), nuestro ordenamiento jurídico ha sido diseñado para que, dentro del proceso y solo a través de este, se lleven a cabo la solicitud, concesión y ejecución de derechos, medidas cautelares, medidas limitativas y restrictivas de derechos, pero no antes, más aún si en el proceso de Extinción de Dominio, resultan aplicables de forma supletoria normas del Código Procesal Penal y Procesal Civil. Es por ello que, a nuestro criterio, el Proceso de Extinción de Dominio parece ir en contra de esta regla, puesto que el artículo 12 del Decreto Legislativo 1373 reconoce dos etapas: *i*) una de indagación patrimonial, dirigida por el fiscal especializado; y, *ii*) otra de carácter judicial, la misma que inicia con la admisión de la demanda de Extinción de Dominio.

Sin embargo, se ha podido identificar cierta deficiencia y contradicción, en tanto y en cuanto, la norma antes citada reconoce cuales son las etapas del proceso, otorgándole un carácter reservado únicamente a la primera, esto es, a la etapa de indagación patrimonial, con lo cual el requerido no tiene conocimiento de los actos procesales llevados a cabo en esta etapa, conforme al último párrafo del art. 13 del decreto en mención, generándose una contradicción con lo estipulado en el art. 139, inciso 14 de la Constitución Política (1993), que señala: “El principio de no ser privado del Derecho a la defensa en ningún estado del Proceso (...)”.

Esta situación es preocupante porque el Decreto Legislativo 1373 no solo contraviene una norma de rango constitucional, sino que, de acuerdo al art.14, inciso 14.1, literales e y f, también faculta al fiscal, durante esta etapa reservada, a solicitar o ejecutar medidas cautelares, así como requerir a la autoridad judicial el levantamiento del secreto de las comunicaciones, secreto bancario, reserva bursátil, reserva tributaria y otras medidas que resulten idóneas, aun cuando no se ha puesto de conocimiento el proceso de extinción de dominio al requerido.

3. A manera de solución

En principio, vale decir que nuestra postura no está en contra de que los bienes patrimoniales que constituyan objeto, instrumento, efectos o ganancias que tienen relación o que se derivan de las actividades ilícitas pasen al dominio del Estado, siempre y cuando se respeten los derechos establecidos y que forman parte de la Constitución. Si bien el Estado peruano ha adoptado este proceso, tomando como inspiración los diversos tratados internacionales que versan sobre la materia y que han sido objeto de comentario en la parte inicial del presente trabajo, sin embargo, su concreción normativa resulta medianamente disruptiva al marco constitucional vigente, pues la Carta Magna no contempla como forma de extinción de la propiedad, la institución de Extinción de Dominio.

En ese sentido, a todas luces es necesario un mayor desarrollo legislativo respecto al proceso de Extinción de Dominio, regulado en el Decreto Legislativo 1373 y su reglamento, de tal manera que se adecue al ordenamiento jurídico constitucional peruano, con la finalidad de que se equiparen los marcos de actuación por parte de la fiscalía y el requerido en este proceso.

CONCLUSIONES

El derecho a la propiedad, al igual que otros derechos con rango constitucional, no es absoluto, puede ser limitado y para tal fin, es necesario regulación expresa en el ordenamiento jurídico. En ese sentido, la Constitución Política del Perú, prevé las formas legales mediante las cuales este derecho puede ser privado, regulando en su art. 70 situaciones de necesidad pública o seguridad nacional, ocasionando la expropiación, previa indemnización. Por su parte, la norma civil en su art. 968, solo reconoce la extinción de la propiedad por adquisición de tercero, destrucción, pérdida total o consumo del bien, expropiación y, por último, abandono del bien durante veinte años.

En tal sentido, se evidencia que, ni nuestra norma constitucional ni el Código Civil prevén el proceso de Extinción de Dominio como una forma de extinción de la propiedad, por

lo que este proceso estaría contraviniendo el ordenamiento constitucional peruano, llevándolo a ser considerado arbitrario. No obstante, debe rescatarse que esta institución persigue una finalidad trascendental en busca de salvaguardar la seguridad económica de los mercados, asegurándose de que aquellos bienes patrimoniales obtenidos de manera ilícita, o bienes que, siendo lícitos, pero son destinados a fines ilegales, sean trasladados a la esfera patrimonial del Estado y, en consecuencia; sean sometidos a su control y disposición.

De este modo, si bien el proceso de Extinción de Dominio resulta ser de gran importante para el Estado, sin embargo, para garantizar los derechos de los involucrados, debe reformarse la Constitución, como lo hizo, en su momento, Colombia, para regular la Extinción de Dominio como forma de limitación a la propiedad y, posteriormente, regular su procedimiento procurando salvaguardar el derecho a la defensa, debido proceso y tutela jurisdiccional efectiva.

REFERENCIAS

- Blanco, I. (1997). Criminalidad organizada y mercados ilegales. *Eguzkilore: cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, (11), 213-231. <http://hdl.handle.net/10810/25489>
- Consejo Ejecutivo del Poder Judicial (2019). *Resolución Administrativa N°122-2019-CE-PJ*, 20 de marzo de 2019. https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/c805bc8049a0d532b5fef7a6217c40f1/RA_122_2019_CE_PJ+-+20_03_2019.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=c805bc8049a0d532b5fef7a6217c40f1
- Coppelli, G. (2018). La globalización económica del siglo XXI. Entre la mundialización y la desglobalización. *Estudios Internacionales*, 50(191), 57-80. <https://revistaei.uchile.cl/index.php/REI/article/view/52048>
- Díaz, J. (2023). *El estado de derecho en los procesos de lavado de activos frente al procedimiento de incautaciones y pérdida de dominio*. [Tesis doctoral, Universidad Nacional Pedro Ruíz Gallo]. <https://hdl.handle.net/20.500.12893/11695>
- Díaz, J. & Díaz, S. (2023). *La aplicación en el tiempo del Decreto Legislativo N° 1373 sobre el proceso de extinción de dominio y su consecuencia en el principio constitucional de irretroactividad de las normas*. [Tesis de grado, Universidad Tecnológica del Perú]. <https://repositorio.utp.edu.pe/handle/20.500.12867/8242>
- El Peruano (01 de abril de 2019). *Judicatura afianza lucha contra el crimen organizado. Poder Judicial crea Subsistema de Extinción de Dominio*. <https://elperuano.pe/noticia/77166-poder-judicial-crea-subsistema-de-extincion-de-dominio>
- Franco, E. (2010). Importancia de la Acción Penal Pública en el Derecho Procesal Penal. *Revista Jurídica de la Universidad Católica Santiago de Guayaquil*, (27), 81-116. <https://www.revistajuridicaonline.com/2010/10/importancia-de-la-accion-penal-publica-en-el-derecho-procesal-penal/>
- García, A. (2021). *Análisis jurídico de la aplicación del artículo 22 de la constitución política de los estados unidos mexicanos en el sistema penal en relación con la corte interamericana de los derechos humanos, como medio de justicia en favor de las víctimas de los delitos denominados graves*. [Tesis de grado, Universidad Autónoma del Estado de México]. <http://ri.uaemex.mx/handle/20.500.11799/140551>
- Larrea, A. (2021). Recupero de activos en casos de corrupción. *Revista Jurídica Derecho de la Universidad Mayor San Andrés*, 10(14), 81-96. http://www.scielo.org.bo/scielo.php?pid=S2413-28102021000100005&script=sci_arttext
- Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito (2000). *Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional y sus protocolos*. Naciones

Unidas.

<https://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-s.pdf>

Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (2011). *Ley Modelo Sobre Extinción de Dominio*. Naciones Unidas. https://www.unodc.org/documents/legal-tools/Ley_Modelo_Sobre_Extincion_de_Dominio.pdf

Oficina de Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito (1988). *Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas*. Naciones Unidas. https://www.unodc.org/pdf/convention_1988_es.pdf

Palomino, J. (2021). *El derecho fundamental a la propiedad frente a la extinción de dominio*. [Tesis de Segunda Especialidad, Pontificia Universidad Católica del Perú]. <https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/19033>

Poder Ejecutivo (2018). Decreto Legislativo N°1373. *El Peruano*. 4 de agosto de 2018 <https://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/DecretosLegislativos/01373.pdf>

Priori, G. (2015). Sobre cuándo se inicia un proceso. *Ius et Veritas*, 50(24), 344–351. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/14825/15380>

Rivera, M. (2021). *Análisis sobre la constitucionalidad de la acción de extinción de dominio respecto de los bienes mezclados*. [Tesis de maestría, Universidad Privada Antenor Orrego]. <https://repositorio.upao.edu.pe/handle/20.500.12759/7481>

Rojas, F. (2020). El proceso de Extinción de Dominio - Segunda Parte: Etapa Judicial. *Ius360*. <https://ius360.com/el-proceso-de-extincion-de-dominio-segunda-parte-etapa-judicial-freddy-rojas/>

Unidad de Equipo Técnico Institucional del Código Procesal Penal (2019). *Extinción De Dominio Compendio Normativo*. Fondo Editorial del Poder Judicial. <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/fe9d12804b41fc859228bf1973f11d8b/EXTINCTION+DE+DOMINIO.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=fe9d12804b41fc859228bf1973f11d8b>

Zúñiga, L. (2023). *El Derecho Procesal Penal*. Fondo Editorial PUCP.

LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO DE FAMILIA EN EL CASO: “HIJOS DE RICARDO MORÁN”*

THE EVOLUTION OF FAMILY LAW IN THE CASE: "CHILDREN OF RICARDO MORAN"

Emilly Maite Castillejo Pulido

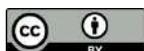
Universidad César Vallejo

emillymaite@ucvvirtual.edu.pe

 <https://orcid.org/0000-0001-6429-6515>

Fecha de recepción: 28/10/2023

Fecha de aprobación: 08/03/2024



e-ISSN: 2961-2934

<https://doi.org/10.61542/rjch.49>

Melitsen Abigail Portilla Cortez

Universidad César Vallejo

mportillaco20@ucvvirtual.edu.pe

 <https://orcid.org/0000-0002-3366-8344>

RESUMEN

El Derecho evoluciona en respuesta a los cambios de la sociedad a lo largo del tiempo, asegurando que las leyes sean relevantes y efectivas en una sociedad en constante transformación. Sin embargo, el caso peruano es particular porque aún se muestra renuente a las nuevas estructuras de familia, como ocurrió inicialmente con Ricardo Morán y su familia monoparental, pero que fuere corregido por el Tribunal Constitucional, con su reciente sentencia en el Expediente N°00882-2023-PA/TC, al ordenar el reconocimiento de la nacionalidad peruana a los hijos de Ricardo Morán, concebidos bajo Técnicas de Reproducción Humana Asistida en los Estados Unidos. De este modo, el presente trabajo se introduce al análisis de las implicancias de esta decisión para el Derecho de Familia, partiendo de garantías como igualdad y no discriminación, llevándonos a revisión del Derecho Constitucional para evaluar los posibles límites y beneficios de lo dispuesto por el Supremo interprete de la Carta Magna.

Palabras clave

Derecho de Familia, igualdad, no discriminación, familia, reconocimiento.

*Artículo producto del proyecto de investigación del Semillero de Investigación “Pablo Magnaud” de la Universidad César Vallejo en la sede de Trujillo, Perú.



ABSTRACT

Law evolves in response to changes in society over time, ensuring that laws are relevant and effective in a constantly changing society. However, the Peruvian case is particular because it is still reluctant to new family structures, as initially occurred with Ricardo Moran and his single-parent family, but which was corrected by the Constitutional Court, with its recent ruling in Case No. 00882-2023-PA/TC, ordering the recognition of Peruvian nationality to the children of Ricardo Moran, conceived under Assisted Human Reproduction Techniques in the United States. In this way, the present work is introduced to the analysis of the implications of this decision for the Family Law, starting from guarantees such as equality and non-discrimination, leading us to review the Constitutional Law to evaluate the possible limits and benefits of what the Supreme interpreter of the Magna Carta ordered.

Keywords

Family Law, equality, non-discrimination, family, recognition.

RÉSUMÉ

La loi évolue en réponse aux changements de la société au fil du temps, garantissant que les lois restent pertinentes et efficaces dans une société en constante évolution. Cependant, le cas péruvien est particulier car il reste réticent aux nouvelles structures familiales, comme cela s'est initialement produit avec Ricardo Moran et sa famille monoparentale, mais qui a été corrigé par la Cour constitutionnelle, avec sa récente décision dans l'affaire n° 00882-2023-PA/TC, ordonnant la reconnaissance de la nationalité péruvienne aux enfants de Ricardo Moran, conçus par des techniques de procréation médicalement assistée aux États-Unis. De cette manière, le présent travail se propose d'analyser les implications de cette décision pour le droit de la famille, en partant de garanties telles que l'égalité et la non-discrimination, nous conduisant à examiner le droit constitutionnel pour évaluer les limites et les avantages possibles de ce que l'interprète suprême de la Constitution a ordonné.

Mots-clés

Droit de la famille, égalité, non-discrimination, famille, reconnaissance.

INTRODUCCIÓN

La sociedad cambia con el tiempo y con ello el Derecho, es así que este último evoluciona para reflejar y abordar las transformaciones por las que atraviesa la humanidad. Esto garantiza así que las leyes aplicables a las diversas situaciones sean pertinentes y efectivas para la sociedad en constante cambio. Sin embargo, en el Perú la aplicación y el conocimiento de las nuevas generaciones es paupérrimo, por ello es que surgen cada vez nuevos vacíos legales en determinados casos, como lo fue en el caso de la familia Morán Vargas.

Del mismo modo, la sociedad peruana ha experimentado a lo largo de los años cambios significativos en la formación de las instituciones familiares, estos cambios han llevado a la formación de familias monoparentales, de convivencia y otras de diversa composición. Así, el derecho de familia entra a tallar evolucionando para reconocer, proteger y garantizar los derechos de todos los miembros de una familia sin discriminación alguna, teniéndose por igual el hecho de las responsabilidades y la crianza de los hijos por cualquiera de las partes.

No obstante, a pesar de que las leyes garantizan una sistematización entre la Constitución, el derecho sustantivo y el derecho adjetivo, junto con la implementación de tratados internacionales relacionados con los derechos humanos (Bermúdez-Tapia, 2011), es necesario recalcar que no siempre se logra llegar a un acuerdo unánime entre los jueces que deben analizar casos debido a que los procesos se colocan más allá que un sistema judicial ordinario, procediendo a un proceso judicial convencional.

En el caso objeto de análisis, si bien se aprecia una estrecha vinculación con la procreación de los menores y el trato del padre respecto a la legislación peruana; aunque la decisión jurisdiccional, no versó sobre circunstancias relacionadas a la concepción de los menores, porque recordemos que la figura de la maternidad subrogada aún no se encuentra regulada en el Perú, es por ello que no habría motivos por el cual el Tribunal Constitucional se pronuncie en ese extremo.

Ahora bien, lo que sí se torna objeto de evaluación, es la constitucionalidad de los apartados 20 y 21 del Código Civil, toda vez que prescriben que la inscripción de los hijos no procede si alguno de los progenitores devela la identidad del otro, lo cual resulta incoherente porque a la madre sí se le permite, debiéndose para ello aplicar una interpretación extensiva en virtud de evitar privar a que los menores sean inscritos en el registro de identidad, aunado al principio del interés superior del niño que les asiste.

A partir del caso en comento, se ha constatado que una parte considerable de la población mantiene una percepción errónea sobre las demandas del señor Morán, quien ha estado abogando por sus derechos durante casi cinco años. Es importante aclarar que su objetivo no es promover la regulación de las uniones homoafectivas ni del vientre de alquiler. En lugar de ello, su lucha se centra en el reconocimiento de su identidad y la inscripción en el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC) para sus hijos. Esta demanda se basa en el principio del interés superior del niño, el cual garantiza el bienestar y el progreso de los

menores en todas las decisiones y acciones que les afectan. Por tanto, resulta incomprensible que los menores vivan sin estar debidamente inscritos y reconocidos según lo estipula la legislación peruana.

Ahora bien, sin importar la situación en que surjan los casos, debe prevalecer la protección y respeto de los derechos de los niños lo cual abarca aspectos como la custodia, el cuidado, la educación, la atención médica y otros factores que influyen en la vida de los menores para el desarrollo íntegro sin distinción alguna respecto a otros en la sociedad en la que se sienten identificados.

Por otro lado, si bien la sentencia del caso no es un precedente vinculante, sin embargo, puede servir como jurisprudencia. De hecho, es una sentencia exhortativa porque se refiere a la petición de la modificación del artículo 21 del Código Civil, situación que genera desafíos legales y sociales significativos en cuanto a la identidad y el estatus legal de los niños en Perú.

Aunado a lo anterior, se tiene el artículo 8 del Código de Niños y Adolescentes que establece el derecho de vivir en un entorno familiar, sin embargo, a pesar de que en los códigos y la Constitución se enfatiza la importancia de proteger la familia, no se establece una definición precisa de ésta, lo que se ha visto afectado por las nuevas formas de familia instauradas en la realidad peruana; sin ir tan lejos no hace poco la palabra “familia” se vio entendida por familias monoparentales siendo estas una formación de una madre con sus hijos, situación que aún no es tan bien vista. No obstante, hoy se puede apreciar que no únicamente es la madre, sino que el padre y con ayuda de la biomedicina puede integrar un tipo de familia moderna.

Ahora bien, la legislación se ajusta principalmente al modelo de familia nuclear que todos conocemos, la que puede ser considerada como adecuada por la mayoría, pero a la vez, no ser inclusiva con respecto a otros tipos de familias o enfoques alternativos para la crianza de hijos. Es por ello, que el presente trabajo intentará analizar las implicancias en el Derecho de Familia que puedan producirse a partir de la reciente sentencia del Tribunal Constitucional en el caso del reconocimiento en RENIEC de los hijos de Ricardo Morán.

1. Los hijos de Ricardo Morán: El Caso

A través de la implementación de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TERAS) en los Estados Unidos, el reconocido productor y presentador de televisión Ricardo Morán Vargas pudo dar vida a su anhelo de convertirse en padre de dos adorables niños. Este proceso involucró la fertilización de una célula sexual femenina donado y la gestación mediante un vientre de alquiler. Como resultado, Ricardo Moran ha construido una familia monoparental en la que no se busca establecer una figura materna para los niños, figura completamente válida y regulada en los Estados Unidos. No obstante, en una declaración pública, Morán reveló que sus dos hijos menores se encontraban en una situación complicada en Perú. A pesar de haber nacido en suelo estadounidense, carecían de documentos de identidad peruanos (DNI), lo que les imponía restricciones para abandonar el país. Este obstáculo se debía a la objeción por parte

de RENIEC debido a la ausencia de un apellido materno, y a las limitaciones legales que le impedían omitir la revelación del nombre de la madre de acuerdo con la legislación peruana.

La lucha del productor peruano, comenzó en el año 2019, cuando anunció el nacimiento de sus hijos. En ese momento, se acercó al Registro Nacional de Identificación y Estado Civil para otorgarles la nacionalidad peruana, pero su solicitud fue denegada. A partir de entonces, Ricardo Morán emprendió una cruzada para inscribir a sus hijos en RENIEC, recurriendo al Poder Judicial con el fin de obtener su respaldo, ya que consideraba que estaba siendo discriminado.

Es así que, en diciembre del 2021, Morán presentó contra el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil una demanda de amparo, con la finalidad que las resoluciones regionales que manifestaron la improcedencia de los recursos de apelación contra las otras resoluciones se declaren nulas. Las solicitudes de inscripción administrativa fueron declaradas improcedentes por falta del apellido materno. Es importante señalar que el principal desafío que enfrentó Morán fue la negativa de RENIEC a aceptar su solicitud debido a la particularidad de que sus hijos no tenían una madre legalmente reconocida, dado que nacieron a través de un vientre subrogado.

Después de agotar sus recursos en el Poder Judicial, Ricardo Morán decidió acudir al Tribunal Constitucional (TC). Aquí, presentó su caso y mantuvo un intenso debate con los magistrados de esta institución. Tras varios meses de espera, finalmente, el 13 de octubre del 2023, se anunció que el TC le dio la razón a Ricardo Morán, y RENIEC deberá inscribir a sus hijos, reconociéndose como ciudadanos peruanos. El TC ordenó la inmediata inscripción de los menores con los apellidos de su padre y la confirmación de su nacionalidad peruana. Esto marca un hito en la lucha por el reconocimiento de la diversidad de estructuras familiares y los derechos de los niños nacidos a través de técnicas de reproducción asistida.

Finalmente, el Congreso de la República fue exhortado por el Tribunal Constitucional para modificar el Código Civil, permitiendo que unos de los padres puedan inscribir a sus hijos sin mencionar el apellido del otro. Además, sugirió la creación de un registro privado que incluyera los nombres de ambos padres, en caso de que el menor quisiera conocer a su otro progenitor en el futuro.

Esta batalla legal fue importante porque permitió que Ricardo Morán obtuviera el reconocimiento legal de sus hijos y estableció un precedente en relación con la discriminación de género en el registro de nacimientos. La decisión del Tribunal Constitucional fue histórica y ha generado un debate sobre la exigencia de revisar y actualizar las leyes relacionadas con la inscripción de nacimientos en Perú. Es necesario destacar que el caso de Ricardo Morán no es el único en el que se ha planteado la problemática de la gestación subrogada.

En Perú, no está regulada ni prohibida la gestación subrogada, lo que ha generado situaciones legales complejas y controversias porque se han encontrado frente a vacíos que no se encuentran regulados. Así pues, de acuerdo a la resolución del Tribunal Constitucional, ellos

dejaron de lado las circunstancias en que nacieron los hijos de Morán y solo se enfocaron en la discriminación que sufrió el productor de televisión por ser varón, ya que de acuerdo al artículo 21 del Código Civil, las madres sí pueden inscribir a sus hijos sin revelar los apellidos del padre, pero un hombre no puede hacer lo mismo.

La sentencia resalta la importancia de que un niño conozca la identidad de ambos padres. Empero, considera que no es coherente que la inscripción y el derecho al nombre o a la nacionalidad al conocimiento de la identidad de ambos padres sean dependientes, especialmente cuando la ley otorga a la madre ese derecho sin expresar ninguna causa. Siendo esta afirmación una discriminación de género en el registro de nacimientos, surgiendo la de garantizar la equidad de derechos para los padres en cualquier circunstancia.

2. Derecho de familia puesto a prueba

2.1. Contradicción de las normas

Actualmente, la definición de familia se ha visto afectada por el hecho de que ya no se piensa en la idea de familia nuclear, sino que se ha evolucionado. No obstante, la integración del derecho de familia en cuanto a la regulación de las nuevas instituciones familiares en el Perú ha sido tardía en comparación a otros países latinoamericanos para reconocer los nuevos modelos familiares más allá que los tradicionales, esto es, debido a que se ha visto obstaculizada por la costumbre y los pensamientos de la sociedad peruana.

Sin embargo, tal como señala Figueroa & Villegas (2022) el derecho peruano entró en una contradicción en cuanto en su Constitución, en su artículo 52°, establece el derecho a la nacionalidad peruana para los hijos de peruanos nacidos en el extranjero. Por lo tanto, los hijos de Morán tienen el derecho de obtener su nacionalidad, un derecho que se les negó bajo el pretexto de la falta de regulación legal para familias diversas. Es así que, el caso materia de análisis presenta una figura conformada por un padre soltero con dos hijos, aparentemente es una imagen no tradicional pero común, pero se torna complicada al tener dentro de ella la institución de este método de reproducción.

Por otro lado, el marco civil en su regulación señala que el artículo 21 del Código Civil prescribe la inscripción del nacimiento por parte de la madre, no siendo impedimento alguno brindar o no el nombre del padre, al considerar este asunto desde una perspectiva centrada en la defensa de los múltiples derechos humanos involucrados, y al adoptar una interpretación que favorezca los intereses de las personas y busque preservar el bienestar prioritario de los niños. De igual manera, nos lleva a hacer una interpretación extensiva con el núm. 2 del art. 2 de la Constitución, en tanto esta situación nos conduce a la comprensión de que tanto el padre como la madre tienen el derecho de registrar al hijo con sus apellidos si no desean mostrar la identidad del otro. En otras palabras, si el padre decide no divulgar la identidad de la madre, tendrá la posibilidad de inscribir al hijo con sus propios apellidos.

Asimismo, a la vista del Caso María Eugenia Morales contra Guatemala, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2001) indicó que, “el derecho a contraer matrimonio y fundar una familia está sujeto a ciertas condiciones del derecho nacional, aunque las limitaciones que por esa vía se introducen no deben ser tan restrictivas que se dificulte la propia esencia del derecho”, tanto es así que la constitucionalización referente al derecho familiar incluye la capacidad de tomar decisiones sobre la cantidad, el tiempo y, la elección de no tenerlos si así se prefiere.

Así, el caso de Ricardo Morán no es único, sino que destaca como un ejemplo que pone de manifiesto la contienda por reconocer de los derechos de las familias formadas por parejas de una distinta forma de procrear a los hijos. En consecuencia, esta restricción se considera un acto de discriminación, ya que oculta la plena existencia de padres solteros y padres homosexuales en el país, lo que constituye un obstáculo para acceder al Registro Civil.

2.2. *Las limitaciones del Derecho de Familia*

Es necesario mencionar que, a pesar de tener una evolución histórica de los cuerpos normativos civiles y constitucionales, la aplicación respecto a la sociedad no ha sido la misma, sino que ha involucionado por el mismo carácter de la falta de aceptación de las nuevas generaciones y los nuevos retos en las sociedades actuales.

Ahora bien, nos encontramos frente a un marco de complejas relaciones o formaciones familiares gracias a la biomedicina que en Perú aún es un tema que debe desarrollarse, el sometimiento de las instituciones familiares frente a los nuevos retos de aceptación y reconocimiento de estas mismas, y, por último, la falta de objetividad por parte del tribunal y administradores de justicia en virtud de los valores morales, sociales y éticos ligados a una cultura religiosa y tradicional.

Frente a anterior, Bermúdez-Tapia (2023) indica que esos tres factores se deben a que, ante el presente caso existe una percepción de la sociedad que colisiona con la evolución del Derecho de Familia propiamente dicho, que a pesar de tener la capacidad de analizar y resolver situaciones conflictivas de forma independiente y activa, es importante destacar que en casos particulares, la evaluación de estos criterios puede ser complicada, ya que su interpretación va a devenir y puede variar significativamente dependiendo, de cómo se interprete el caso.

Por otro lado, la legislación peruana sobre relaciones familiares muestra lagunas en casos relacionados con la biomedicina y la gestación subrogada. La falta de regulaciones específicas crea desafíos, como en el caso de Ricardo Morán, quien recurrió a la gestación subrogada en los Estados Unidos debido a la falta de marco normativo claro en Perú. Las inconsistencias legales en la inscripción de nacimientos y la posibilidad de alterar la identidad del hijo por parte de la madre plantean cuestiones de doble estándar.

No obstante, el Derecho de Familia, pese a ser un derecho que actualmente se ha visto cambiante frente a las nuevas sociedades se enfrenta a un creciente número de casos que no pueden ser atendidos eficazmente en el sistema judicial debido a la falta de adaptación a las

realidades sociales cambiantes, y es que la estructura procedimental no se ha modificado significativamente, lo que lleva a procesos judiciales prolongados y a la necesidad de un código procesal de familia autónomo que pueda tratar casos de manera más eficiente y efectiva.

Además, no puede dejarse de lado quiénes son los que aplican e interpretan las leyes peruanas, muchos de los magistrados muestran ciertas deficiencias de conocimiento en aspectos relacionados con cambios sociales y culturales, lo que puede llevar a una errónea valoración de los hechos y la intromisión de sesgos morales y religiosos en sus decisiones judiciales. Esto subraya la importancia de la actualización de la legislación y la necesidad de evitar la evaluación basada en valores subjetivos.

2.3. Debate sobre la maternidad subrogada en el Perú

Como bien se conoce las técnicas de reproducción asistida son procedimientos médicos que ofrecen apoyo a las personas o parejas que enfrentan dificultades para concebir un hijo de forma natural. (Jouve, 2017). Estas técnicas implican el manejo de óvulos, espermatozoides o embriones en un entorno de laboratorio con el objetivo de lograr un embarazo. Tienen como finalidad fundamental la fecundación, ya sea in vitro o in vivo, y posteriormente, procuran la anidación del embrión en el útero de la mujer (indistintamente de ser o no la madre) para su progreso hasta el alumbramiento. (Morales, 2010).

En el contexto de la maternidad subrogada, es importante destacar que el libre desarrollo de la personalidad al que se tiene derecho permite a las personas tomar decisiones respecto a sí mismas. En este caso, son las embarazadas las que determinan de su cuerpo y de su capacidad física para albergar a un nuevo ser humano. (Bartolomé, 2018).

Ahora bien, para el caso de Ricardo Morán, la patria potestad de sus menores hijos fue declarada por el Condado de Los Ángeles, a través de la sentencia en el Exp. N°19STPT00660 del Juzgado Civil de California, al haber sido procreados a través de maternidad subrogada. El fallo reconoció únicamente la filiación con respecto al padre y admitió la renuncia a la filiación tanto de la gestante como de la que donó el óvulo. Este reconocimiento se basó en un acuerdo contractual de maternidad subrogada celebrado por las partes involucradas. Es relevante mencionar que en esa jurisdicción ese tipo de contrato, es válido.

Por ende, en el caso materia de análisis no puede llevarse a un debate en torno a la maternidad subrogada, porque la cuestión surge cuando, a pesar de que existe una declaración de filiación a través de un fallo extranjero, Ricardo Morán inicia un proceso de amparo en el que argumentó violaron sus derechos a la nacionalidad, igualdad, identidad y no discriminación.

Ahora bien, el juez constitucional de primera instancia rechazó la demanda de amparo, argumentando que la sentencia extranjera debería haber seguido un proceso de exequátur (fundamento décimo). Es así que hay que tener en cuenta que esta figura es el proceso a través del cual un tribunal o autoridad de un país otorga reconocimiento y validez a una sentencia o resolución de un tribunal extranjero, permitiendo que sea ejecutada dentro de sus fronteras. (Monge-Talavera, 2022). Por ello, es que como no se encuentra regula ello en el territorio

peruano, el problema abarca en el ámbito de la inscripción de los menores, mas no la manera en la que los menores fueron procreados.

3. El papel del Tribunal Constitucional

Ahora bien, recordemos que el RENIEC es un ente que actúa bajo los pasos del derecho administrativo, es decir que la denegación de la solicitud de inscripción con los dos apellidos del padre se encontraba amparado por lo dispuesto en los artículos 20 y 21 del Código Civil peruano. Aparentemente, estaríamos frente a una especie de legalidad, sin embargo, es plausible el análisis de la identidad y de la igualdad que protege la Constitución, toda vez que la negación de la identidad de la madre por parte de Morán no conoce quién es la donante de óvulos y sólo se encuentra familiarizado con la mujer que sirvió como madre para engendrar a los niños bajo un contrato de maternidad subrogada (Hanco y Gómez, 2023). Por ende, si analizamos este tipo de contratos surten efectos en el país americano tanto para la madre que gestó como para quien brindó sus óvulos, sin embargo, ninguna de ellas aceptó el registro de los menores.

Debido a ello, es que el derecho de “familia” aún se encuentra abordada al hecho de ser una familia tradicional o monoparental donde la mujer cría sola a sus hijos, pero el objetivo de Morán para recurrir a la gestación subrogada buscaba establecer una familia monoparental con la única diferencia fuera de ser padre e hijos. En este sentido, ¿Habría una obligación de manifestar cuál es la identidad de la madre? la respuesta se torna negativa porque se violaría el principio de que ninguna persona está obligada a cumplir lo que la ley no manda.

Por otro lado, es importante mencionar cuál fue el papel que cumplió el Tribunal Constitucional en el caso en concreto, sobre la constitucionalidad de la inscripción de nacimiento de los hijos del productor sin necesidad de poner en conocimiento el nombre de la madre. El TC ha dejado claro pues una regla jurídica aplicable para el artículo 21 del Código Civil con lo establecido en el artículo 2.2 de la Carta Magna sobre la igualdad del padre y la madre al momento de la inscripción de los menores, manteniendo ambos ninguna distinción. Así bien Castillo (2023) indica que es innegable la presencia de la norma que ha sido instaurada por el mismo Tribunal Constitucional, no obstante, la legitimidad de este precedente tanto formal y material es un tema aparte.

De este modo, sin recurrir a la norma internacional o a la carta magna, que procuran garantizar el derecho a la identidad, lo que se necesitaría es el solo hecho de una interpretación extensiva o análoga del artículo en cuestión sobre la inscripción del nacimiento, tal como lo justifica Paulett (2020), citando el principio "donde existe igual razón existe igual derecho", apoyada en la interpretación *ratio legis* y *pro homine*, aplicable al caso en concreto, esto es, si se presenta una inscripción de una madre sin el nombre del padre, lo mismo debería ser aplicado para en el caso que un padre inscriba a sus hijos sin el nombre de la madre, es decir, aplicar materialmente, el principio de igualdad (Andrade et al., 2022).

3.1. Precedente e impacto de la sentencia

A partir de la resolución del TC, en la que ordenara al RENIEC inscribir a los niños sin requerir la revelación de quién es la progenitora, ha originado que se presente un Proyecto de Ley destinado a garantizar el derecho de igualdad para padre y madre en Perú. La congresista María del Carmen Alva, es la creadora de la denominada: "Ley que equipara el derecho del padre y la madre a inscribir a sus hijos con sus apellidos". Este modifica el apartado 21 del CC del siguiente modo:

Quando la madre o el padre no revele la identidad del otro progenitor, podrá inscribir a su hijo con sus apellidos. En este caso, en un documento separado al acta de nacimiento se deben consignar los motivos por los que no se revela la información del otro progenitor, así como detalles sobre el proceso de concepción del niño. Este documento tiene la condición de reservado y deberá ser lacrado y permanecerá en posesión del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil. (El Peruano, 2023).

Asimismo, se introduce el artículo 21-A, que permite al nacido acceder al DNI agregado a la partida de nacimiento al alcanzar la mayoría de edad, previa resolución judicial que disponga su deslacrado. El develar la identidad del otro progenitor en absoluto tendrá efectos jurídicos en relación a la filiación.

Por su parte el congresista Jorge Luis Flores Ancachi y otros congresistas han presentado el Proyecto de Ley 5808/2023-CR, titulado "Ley que modifica el D. Leg. 295, del Código Civil que autoriza la inscripción y reconocimiento de la identidad nacional de aquellos que nacen a través de fecundación in vitro o asistida" (Mamani, 2023). Este proyecto tiene como objetivo enmendar el artículo 21 del Código Civil con el fin de abordar la existencia de un vacío legal en el reconocimiento por parte del Estado peruano de la identidad nacional de menores nacidos mediante técnicas de fecundación in vitro, siempre y cuando al menos uno de los progenitores sea de nacionalidad peruana.

CONCLUSIONES

Llegados a este punto, queda claro que la palabra "familia" no significa solo el modelo nuclear tradicional formado por el padre, madre e hijos. La evolución del concepto en los últimos años ha permitido reconocer diferentes modelos de familia e integrarlos en la dinámica social. Sin embargo, la incorporación de esta diversidad al Derecho siempre ha sido lenta y obstaculizada por sectores conservadores o religiosos. En particular, existe una mayor resistencia a patrones que se desvían de los tradicionales, como las familias con padres del mismo sexo o las parejas que utilizan tecnologías de reproducción asistida. Perú es uno de los países latinoamericanos rezagados en el reconocimiento de nuevos modelos familiares. Como prueba de ello, se puede citar la Ley de Derecho de Familia, que está en vigor desde 1930 y fue aprobada casi sin modificaciones. Estos retrasos no solo obstaculizan el reconocimiento y la reunificación de familias no tradicionales. Peor aún, la inmovilidad de este concepto y la

renuencia de los sectores conservadores a unirse han llevado a violaciones de derechos que solo pueden abordarse reconociendo estas nuevas estructuras de familia.

El caso en comento, subraya la necesidad de actualizar el sistema normativo para abordar situaciones complejas y cambiantes, escudando las potestades de los menores y evitando inconsistencias legales. También resalta la importancia de la formación legal y la autonomía de los magistrados para aplicar de manera efectiva en situaciones de conflicto familiar el principio del interés superior del niño. Es urgente establecer los parámetros legales que contribuyan a resolver un problema latente relacionado con los niños y niñas que han nacido a través de tratamientos de reproducción asistida, porque sostienen el derecho fundamental de tener una identidad, un nombre y una nacionalidad, y, lo que es más importante, el derecho a crecer en una familia que promueva su desarrollo óptimo, salvaguardar su interés superior y, sobre todo, les permita ser felices. La ley debe buscar regular la inscripción y el reconocimiento de la nacionalidad de los niños concebidos a través de tecnologías de reproducción asistida, asegurando que tengan derechos y reconocimiento legal, especialmente cuando uno de sus padres es peruano.

La falta de regulación legal en el Perú, en lo que respecta a la maternidad subrogada, constituye una violación al derecho a la identidad. La exigencia de que la madre biológica sea la misma persona no solo oculta la maternidad subrogada como una opción reproductiva, sino que también genera una serie de obstáculos legales para que los padres biológicos reconozcan e inscriban a su hijo. Además, coloca en una situación de vulnerabilidad a las gestantes subrogadas al no contar con un marco legal que regule su condición. En tal sentido, el caso de Ricardo Morán no es único, sino un ejemplo que destaca la lucha por el reconocimiento en el Perú de los derechos de las familias homoparentales.

El luchar por la inscripción de sus hijos destaca la necesidad de actualizar la legislación sobre el Derecho de Familia para reconocer nuevos modelos familiares y evidencia las graves violaciones de derechos humanos que resultan de la preferencia por mantener los criterios legales en lugar de optar por la inclusión. No hay justificación para negar la nacionalidad y el DNI a los gemelos Morán, ya que nuestra Constitución y nuestro Derecho Privado y de Familia están basados en la protección de los derechos humanos y el interés superior del niño. La negativa va más allá de la simple adherencia a los procedimientos y parece estar relacionada con prejuicios morales personales que se anteponen al mandato constitucional de reconocimiento.

De este modo, es crucial capacitar a los funcionarios en derecho convencional y constitucional, para que puedan identificar y aplicar principios vinculados a los derechos humanos y colmar vacíos legales que puedan presentarse en la práctica judicial, sumada a la sensibilización sobre el daño que pueden causar sus prejuicios en su posición. Si bien el caso de Ricardo Morán terminó con el reconocimiento de los derechos de sus menores hijos, queda un largo camino por recorrer y mucha tarea pendiente.

REFERENCIAS

- Andrade, G., Zambrano, M. & Paucar, C. (2022). La custodia de los menores y el principio de igualdad. *Universidad y Sociedad*, 14(S3), 248-256. <https://rus.ucf.edu.cu/index.php/rus/article/view/2954>
- Bartolomé, A. (2018). Los derechos de la personalidad de la mujer gestante ante una gestación subrogada. El derecho a la integridad física y psíquica y el derecho a la protección de datos de carácter personal y habeas data. *Revista Iberoamericana de Bioética*, 6, 01–13. <https://doi.org/10.14422/rib.i06.y2018.002>
- Bermúdez-Tapia, M. (11 de septiembre de 2023). El caso de los “hijos de Morán” y la necesidad de comprender el proceso de desarrollo del Derecho. *Polemos. Portal Jurídico Interdisciplinario*. <https://polemos.pe/el-caso-de-los-hijos-de-moran-y-la-necesidad-de-comprender-el-proceso-de-desarrollo-del-derecho/>
- Bermúdez-Tapia, M. (2011). *La Constitucionalización del Derecho de Familia*. Ediciones Caballero Bustamante https://www.academia.edu/50699375/La_Constitucionalizaci%C3%B3n_del_Derecho_de_Familia
- Castillo, L. (13 de octubre de 2023). Ricardo Morán: La regla jurídica creada por el TC (análisis). *La Ley*. <https://laley.pe/2023/10/13/ricardo-moran-regla-juridica-tc-analisis/>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2001). *Informe final Caso María Eugenia Morales de Sierra contra Guatemala*. Cátedra UNESCO de Derechos Humanos en la Universidad Nacional Autónoma de México. https://catedraunescodh.unam.mx/catedra/mujeres/menu_superior/Doc_basicos/2_instrumentos_regionales/3_Casos_CIDH/31.pdf
- El Peruano (19 de octubre de 2023). *Presentan proyecto para que padres inscriban a sus hijos sin revelar identidad de la madre*. <https://www.elperuano.pe/noticia/225729-presentan-proyecto-para-que-padres-inscriban-a-sus-hijos-sin-revelar-identidad-de-la-madre>
- Figueroa, V., & Villegas, M. (2022). *La observación que imposibilita al padre, inscribir a su menor hijo (Concebido por Fecundación In Vitro) ante el Reniec. Caso Ricardo Moran* [Tesis para optar el título de Abogado, Universidad Peruana Los Andes]. <https://hdl.handle.net/20.500.12848/6440>
- Hanco, P. y Gómez, S. (2023). *Afectación del derecho a la identidad y al interés superior del niño en el caso Ricardo Moran, Perú 2022*. [Tesis para optar el título de abogado, Universidad Tecnológica del Perú]. <https://hdl.handle.net/20.500.12867/7935>
- Jouve, N. (2017). Perspectivas biomédicas de la maternidad subrogada. *Cuadernos de Bioética*, XXVIII (2), 153-162. <https://www.redalyc.org/pdf/875/87551223002.pdf>

- Mamani, E. (5 de setiembre de 2023). Proponen que padres puedan inscribir a sus hijos nacidos por fecundación in vitro sin revelar identidad del donante. *Lp Pasión por el Derecho*. <https://lpderecho.pe/proponen-padres-inscribir-hijos-nacidos-fecundacion-in-vitro-revelar-identidad-donante/>
- Monge-Talavera, L. (2022). Reconocimiento de sentencias extranjeras de divorcio en Perú. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 14(2), 1160-1177. <https://doi.org/10.20318/cdt.2022.7238>
- Morales, J. (2010). Ciencia, ética y derecho. A propósito de la inseminación artificial y la fecundación extrauterina. *Ius et Praxis*, 41, 105-132. <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2010.n041.1524>
- Paulett, K. (2020, diciembre 17). Legalidad versus derecho a la identidad: El caso de los hijos de la familia Morán Vargas. *La Ley*. <https://laley.pe/2020/12/17/legalidad-versus-derecho-a-la-identidad-el-caso-de-los-hijos-de-la-familia-moran-vargas/>
- Tribunal Constitucional del Perú (2023). *STC Exp. N.º 00882-2023-PA/TC*, Lima, 26 de setiembre de 2023. <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2023/00882-2023-AA.pdf>



ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE LAMBAYEQUE

Consejo Directivo 2023-2024



CHORNANCAP
REVISTA JURÍDICA
ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE LAMBAYEQUE

Auspiciado por:



UNIVERSIDAD NACIONAL
PEDRO RUIZ GALLO

