CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LAMBAYEQUE

IPSO JURE

AÑO 14 Nº 57 MAYO 2022

POR UNA MEJORA EN LA CALIDAD DEL SERVICIO DE IMPARTICIÓN DE JUSTICIA

PRESENTACIÓN

Juan Riquelme Guillermo Piscoya
Presidente de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque

CONSEJO DIRECTIVO DE LA REVISTA
IPSO JURE

- Dr. Juan Guillermo Piscoya, Presidente de Corte y Presidente del Consejo Directivo de la revista.
- Dr. Edwin Figueroa Gutarra, director de la revista y representante de los señores Jueces Superiores.
- Dra. Rosa Vera Meléndez, en representación de los señores Jueces Especializados.
- Dras. Hellen Guevara Jiménez y Evelyn Alejo Quiroz, en representación de los señores Jueces de Paz Letrados.
- Auxiliares jurisdiccionales de apoyo: Pahola Samillán Ruiz y José Quiñones Quiñones.

NUMERO DE DEPÓSITO LEGAL 2014-07044

INDICE

PALABRAS DEL DIRECTOR 5

EL DERECHO A COMPRENDER LAS ACTUACIONES JUDICIALES Y LAS REGLAS DE BRASILIA
EDWIN FIGUEROA GUTARRA 6

CINCO IDEAS PARA LA FORMACIÓN DEL JURISTA DE MEDIADOS DEL SIGLO XXI
MANUEL ATIENZA 25

EL APARENTE CONFLICTO ENTRE JUECES Y REGISTRADORES EN LA INSCRIPCIÓN O ANOTACION DE RESOLUCIONES JUDICIALES
ANGEL FREDY PINEDA RIOS 40

LA NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO A LA OBJECIÓN Y SU RELACIÓN CON LA LIBERTAD DE CONCIENCIA EN EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL PERUANO
ACUÑA FABIÁN LEANDRO MARCELINO 58

LA DESAPARICIÓN, NUEVA MODALIDAD DE VIOLENCIA DE GÉNERO CONTRA LAS MUJERES
JOSÉ LEONIDES AGIP VÁSQUEZ 72

PALABRAS DEL DIRECTOR

Estimados amigos:

Nos encontramos próximos a celebrar un nuevo aniversario de esta Corte Superior de Justicia - el centésimo segundo desde 1920- y ello nos llena de júbilo, alegría y hondas expectativas por las expectativas de mejoras en el servicio de justicia, exigibles siempre en todos los ordenamientos jurídicos. Dentro de esas proyecciones, el concepto de reforma de la justicia representa una bandera que enarbolan los Estados.

Es cierto que el concepto de reforma judicial, como suele decir el reconocido maestro español Manuel Atienza, parece tener un permanente rostro ajado, en referencia a que se recurre al mismo término muchas veces. Y seguramente resulta muy cierta esa aseveración, en cuanto numerosas reformas judiciales han ocurrido con cierta frecuencia en diversos países del mundo, y parece ser que la situación no habría cambiado radicalmente en aquellos lugares donde ha tenido lugar.

Seguimos la secuencia de ese razonamiento y nos encontramos con que la justicia es un bien en constante proceso de construcción, reafianzamiento y replanteamiento. No hay una versión estática final de la justicia que nos permita decir “Hasta aquí llegamos y esto es el final”. Creemos, por el contrario, que la justicia se somete, una y otra vez, a un constante proceso de reformulación de sus postulados procedimentales, aunque conservando sus fines primordiales.

Lo antes citado nos lleva a definir que, efectivamente, la búsqueda de la paz social, la dilucidación de una controversia con arreglo a las leyes y la Constitución, así como0 el fon del conflicto, entre otros, son fines primordiales de todo sistema de justicia, pero, a su turno, los modos de ejecución tienden a variar según las coyunturas sociales que vivamos y, en ese norte de ideas, aspiramos a que no pierda la justicia, en esas tareas de procedimiento, sus objetivos esenciales.

De ahí que numerosos intentos de reforma de los Poderes Judiciales han sido entendidos como planteamientos incompletos y, en puridad, advertimos que no es así, pues si se trata de reformas de la justicia, hemos de decir que, las más de las veces, esas reformas propenden a lograr la más óptima fotografía posible de ese escenario de mejoras, pero, objetivamente, el sistema de justicia se replantea constantemente y éste asume nuevos retos.

Veamos, para sustento de nuestra idea, cómo ha cambiado el sistema de justicia desde la pandemia en marzo de 2020, y hoy la virtualidad de las audiencias es un fenómeno que no va a ceder ni se va a detener aún así la pandemia amaine. Entonces, los Poderes Judiciales se ven precisados a reencaminar sus prioridades, sus exigencias y, en verdad, sus presupuestos, a efectos de afianzar un esquema de justicia virtual que, en esencia, permite un mayor acceso a la justicia, como derecho inalienable de sus ciudadanos.

Una audiencia virtual, es verdad, desplaza la exigencia física de realización de una diligencia, permite acortar distancias, y representa menores costos de realización, en todos los sentidos, en comparación a la tradicional cultura presencial de las audiencias de antaño. Desde esa perspectiva, observamos que una reforma de un Poder Judicial exige recoger, en su camino de planteamiento, todas las circunstancias de consideración para un esquema de efectivización.

De ahí que sea necesario tomemos en cuenta que la justicia demande reformas ante la ciudadanía, mas éstas no deben perder, en su ejecución, las numerosas atingencias que aporta la reconfiguración constante de la realidad, y puede ocurrir, como en efecto tiene lugar, que una reforma judicial pueda tener lugar respecto de una situación en un contexto determinado, pero que, a su fecha de ejecución, ya se hayan configurado nuevas circunstancias de reexpresión que hacen aparecer incompleta esa reforma.

No queremos aludir, con esta reflexión, al famoso mito de Sísifo, quien se vio obligado a empujar por una pendiente elevada una enorme piedra, que luego veía nuevamente rodar, luego la volvía a empujar y luego la volvía a ver rodar, y así indefinidamente. Y sin embargo, es menester tomar en cuenta que la justicia requiere un esfuerzo constante y permanente de consolidación, y en ello se ven ir, respecto de nosotros los jueces, los mejores y más denodados esfuerzos de nuestras vidas.

Feliz 102 aniversario para nuestra Corte Superior de Justicia.

Hasta la próxima edición.

Edwin Figueroa Gutarra
Director

EL DERECHO A COMPRENDER LAS ACTUACIONES JUDICIALES Y LAS REGLAS DE BRASILIA

Edwin Figueroa Gutarra[1]

"Poca utilidad tiene que el Estado reconozca formalmente un derecho si su titular no puede acceder de forma efectiva al sistema de justicia para obtener la tutela de dicho derecho."
Exposición de motivos de las Reglas de Brasilia. 2018

Sumario

Introducción. 1. Las Reglas de Brasilia y su propósito de acceso a la justicia. 2. El derecho a comprender las actuaciones judiciales: por una *justicia a pie*. 3. Las Reglas de Brasilia y un propósito de igualdad. 4. *Deberes de realización* del Estado. 5. Quehaceres inmediatos para una implementación óptima del derecho a comprender. Ideas a título de conclusión.

Introducción

Las Reglas de Brasilia debe ser entendidas, junto a sus muchas perspectivas de proyección en cuanto a un mejor acceso a la justicia para los grupos vulnerables, también como la expresión de una propuesta de importante optimización de los estándares de argumentación en sus ejes de comunicación. Esta es la primera impresión que fluye de las Reglas 58 a 61 de este instrumento, tituladas como "Comprensión de actuaciones judiciales", y aborda este articulado cómo debe entenderse el lenguaje jurídico respecto a los grupos vulnerables, en materia de notificaciones y requerimientos, contenidos de las resoluciones y la comprensión de las actuaciones orales.

El presente estudio pretende incidir en dos aspectos centrales: de un lado, establecer una dimensión del *derecho a comprender* de los ciudadanos respecto de las decisiones de los jueces, en especial respecto a los grupos vulnerables definidos por las Reglas de Brasilia; y de otro lado, proyectamos un análisis de estos deberes que las Reglas imponen a los juzgadores en la tarea de comunicar sus decisiones sobre derechos en conflicto respecto del acceso a la justicia, en relación al importante grupo de personas que se encuentran en condición de vulnerabilidad.

[1] Doctor en Derecho. Juez Superior Distrito Judicial Lambayeque, Poder Judicial del Perú. Profesor de la Academia de la Magistratura del Perú. Docente Área Constitucional Universidad San Martín de Porres, Filial Chiclayo. Ex becario de la Agencia Española de Cooperación Internacional AECID y del Consejo General del Poder Judicial de España. Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional y de la *International Association of Constitutional Law*. (IACL). efigueroag@pj.gob.pe

De esa manera, nos interesa relacionar los criterios fijados en las Reglas acotadas y establecer correlaciones con el contexto de actuaciones que hoy demanda la argumentación jurídica, no solo desde una perspectiva teórica que pueda brindarnos esquemas de determinación respecto de cuál debe ser la proyección argumentativa del juez, sino de aludir a efectivizar, en relación a los colectivos de grupos aludidos por las Reglas de Brasilia, un mejor cumplimiento de las obligaciones de los Estados en el rubro de acceso a la justicia.

Desde esta perspectiva, es pertinente entender dos aspectos adicionales en relación a los temas que abordamos. En un primer orden de ideas, proponemos una *dimensión más dinámica de la argumentación*, es decir, observar las Reglas de Brasilia como una exigencia de *un camino a pie* de los deberes de justificación del juez, en el entendido de que la motivación debe aludir a las formas más sencillas de entendimiento de las resoluciones judiciales, dejando de lado esa connotación excesivamente técnica que a veces los juzgadores adoptamos, alegándose que la naturaleza de la controversia lo impone.

En un segundo nivel, adoptamos la idea de que el mejor acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, *reafirma el sentido material de las acciones afirmativas*, propendiendo así a una mayor efectivización del derecho a la igualdad. Nos explicamos: las *affirmative actions*, o acciones afirmativas, en su sentido clásico, son percibidas como mecanismos a través de los cuales los Estados compensan situaciones de desigualdad, y con su implementación se pretende reducir esa brecha de distancia, a veces notoria, entre quienes en teoría gozan de un acceso convencional a la justicia, y precisamente los grupos vulnerables, los cuales por razones de edad, discapacidad, pertenencia a comunidades indígenas, por victimización, por migración y desplazamiento interno, por pertenencia a minorías, y por privación de libertad, acusan mayores dificultades en acceder a la justicia. Y dadas esas contingencias se necesita un tratamiento que logre, aún así sea en parte, un mejor derecho de acceso.

Correspondería preguntarnos, en consecuencia: ¿se introduce entonces una diferenciación acaso superlativa para estos grupos por encima de los grupos normales? En definitiva no, pues el objetivo de las *acciones afirmativas*, en esencia, es una procura de reducción de las diferencias de ejercicio de los derechos respecto de quienes no gozan de un mismo estatus de igualdad.

Así y en vía de ejemplo, será siempre complejo y difícil que un sordomudo pueda ejercer en condiciones de igualdad su derecho a la defensa por una imputación del Estado, y sin embargo, el propósito e intento de recurrir a la diferencia vía *acciones afirmativas* como las Reglas de Brasilia, en parte ayuda a compensar esa diferencia que a los Estados corresponde enfrentar, bajo estándares de mejor acceso a la justicia de quienes se denomina vulnerables.

Entonces nuestro análisis invita a la reflexión para que el juez asuma un rol proactivo por una mejor convicción del derecho de acceso a la justicia de algunos ciudadanos en más óptimas condiciones de igualdad, y de los numerosos temas que incluyen las 100 Reglas de Brasilia, asumimos que los referidos a la comprensión de las actuaciones judiciales, marcan un derrotero importante por la realización más equitativa de un *derecho a comprender* las actuaciones judiciales, derecho que ya viene trabajando el

sistema jurídico español, y que en buena cuenta apunta a que el ciudadano de a pie pueda comprender mejor las actuaciones de sus jueces.

En nuestro estudio, puntualizamos un agregado: abogamos porque ese derecho a comprender se extienda, bajo estándares de razonabilidad, también a los grupos que las Reglas de Brasilia han definido como vulnerables, y ésta es una tarea vital del Estado. Estamos, entonces, en cuanto al Estado se refiere, frente a un *deber de realización*.

1. Las Reglas de Brasilia y su propósito de acceso a la justicia.

Desde el caso *Airey vs Irlanda* en 1979, fue posición del Tribunal Europeo de Derechos Humanos condenar a los Estados por la existencia de requisitos legales onerosos que impidieran a una persona de condición socio - económica modesta acceder al sistema de justicia (Andreu- Guzmán, 2008: 53). En el caso reseñado, acota Andreu- Guzmán que Irlanda fue condenada por onerosidad excesiva, respecto de un ciudadano de ese país, para el inicio de un juicio de divorcio, y fue posición de la Corte Europea que estas exigencias colisionaban con el artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en relación al concepto de un juicio justo.

Este antecedente consolida la posición de la misma Corte en el caso *Golder vs Reino Unido*, decisión del año 1975, proceso en el cual la Corte ya se manifiesta en el sentido de que "no sería concebible que el artículo 6.1 del Convenio Europeo describa en detalle las garantías procesales concedidas a las partes en un proceso pendiente y no proteja, en primer término, aquello que hace de hecho posible beneficiarse de esas garantías, es decir, el acceso al tribunal." (Andreu- Guzmán, 2008: 53)

Por otra parte, señala el mismo autor que en la Opinión Consultiva OC- 11/90, de fecha 10 de agosto de 1990, en relación a las “Excepciones al agotamiento de los recursos internos (arts. 46.1, 46.2. a y 46.2.b CA)”, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, "inspirándose en el caso *Airey*, (...) sostuvo que: “las circunstancias de un procedimiento particular, su significación, su carácter y su contexto en un sistema legal particular, son factores que fundamentan la determinación de si la representación legal es o no necesaria para el debido proceso”, parág. 28." (Andreu- Guzmán, 2008: 53).

De otro lado, en cuanto concierne a la evolución histórica de las Reglas de Brasilia, es importante precisar que la VII Cumbre Judicial Iberoamericana de Cancún, 2002, abordó la necesidad de contar con una justicia que "proteja a los más débiles" (XVII Cumbre Judicial Iberoamericana, 2014: 14), concepción que marcó un tránsito progresivo en otros instrumentos a propósito de esta materia.

En Isla Margarita, Venezuela, 2006, la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana aprobó el eje temático "Modernización, seguridad jurídica, acceso y cohesión social: una justicia preparándose para el futuro". Al respecto, un acuerdo de relevancia fue elaborar un proyecto de Reglas mínimas sobre acceso a la justicia para grupos en condición de vulnerabilidad.

En julio de 2007 Cartagena de Indias, Colombia, fue el escenario para la aprobación de un primer borrador de las Reglas, y en setiembre de ese mismo año en Cusco, Perú, tuvo

lugar la toma de conocimiento, deliberación y validación de un borrador de las Reglas propuestas. (XVII Cumbre Judicial Iberoamericana, 2014: 16)

En Andorra en febrero de 2008. el título sugerido por el respectivo grupo de trabajo fue "Las cien Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad", tomándose en consideración el lugar de la XIV Cumbre- Brasilia- ciudad en la que se aprobarían estas propuestas en marzo de 2008. (XVII Cumbre Judicial Iberoamericana; 2014: 17)

Finalmente, es en la XIX Cumbre Judicial Iberoamericana, en Quito, Ecuador, (2018) el marco en el cual se actualizan 73 de las 100 Reglas de Brasilia, a fin de compatibilizarlas con el ordenamiento normativo internacional.

La importancia de las Reglas de Brasilia reside en su concepción primigenia de efectivizar el derecho de acceso a la justicia, entendiéndose que son los sistemas de justicia los últimos eslabones en la dilucidación de los derechos, y de suyo existe un segmento especial de ciudadanos, los cuales, por diversas circunstancias, ven restringido este derecho.

Debemos anotar, sin embargo, en relación a lo enunciado *supra*, que las Reglas de Brasilia no asumen una visión cerrada del concepto de vulnerabilidad, sino que se "enumera una serie de factores que pueden constituir causas de vulnerabilidad, sin excluir cualquier otra que se pueda presentar en cada país" (XVII Cumbre Judicial Iberoamericana, 2014: 17). Adicionalmente, acota la misma XVII Cumbre que " pueden concurrir dos o más condiciones de vulnerabilidad en una misma persona", así como condiciones agravantes, entre las cuales podemos reseñar la pobreza, a describir más adelante.

De la misma forma, es importante entender la vulnerabilidad como un concepto aún más abierto. En esa dirección, tiene sentido la inclusión en los grupos de sujetos vulnerables de las personas involucradas en el derecho a la vivienda, en los casos de población sin techo, así como aquellos que viven en barrios sin regularización o no urbanizados (Ribotta, 2013: 4), e incluso de quienes pudieran resultar afectados por catástrofes naturales o crisis económicas. (Ribotta, 2013: 13)

Sin perjuicio de todo lo expresado, importa detenernos momentáneamente para explorar la noción de vulnerabilidad. Ribotta (2013: 14) identifica algunas características; i) es un *estar* de las personas; ii) implica una situación no deseada por las personas que la sufren; iii) se vincula con diferentes aspectos de su identidad personal; iv) puede ser una condición física, psicológica, social o deberse a circunstancias de contexto físico, social, cultural, económico, histórico o político; v) puede presentarse de manera coyuntural y temporal o de manera permanente; y vi) siempre implica una limitación.

Desde estas descripciones, en consecuencia, se configuran los grupos vulnerables, pero incidimos en que no se trata de una construcción conceptual cerrada, sino que incluso puede atender a diversos aspectos que coadyuvan a una perspectiva más amplia de la noción de vulnerabilidad.

Es una conclusión válida, por consiguiente, que si una persona acusa más de una condición de vulnerabilidad, se hace más complejo aún su legítimo ejercicio del derecho de acceso a la justicia.

2. El derecho a comprender las actuaciones judiciales: por una *justicia a pie*.

Andreu- Guzmán desarrolla una importante reflexión respecto a las relaciones entre el derecho de acceso a la justicia y las dificultades de comunicación que ese esfuerzo aún denota. Indica así:

> parte de las barreras para el efectivo acceso a la justicia se deben en nuestros países a la distancia social existente entre los operadores jurídicos —provenientes en su mayoría de estratos de ingresos medios y altos, con acceso a estudios universitarios— y las personas pertenecientes a grupos vulnerables, en su gran mayoría pobres. Un reflejo de esta distancia social lo constituyen las dificultades de comunicación debidas al empleo innecesario de lenguaje técnico, profesional o simplemente arcaico, de modo que la barrera es creada en estos casos por los operadores judiciales, más que por un factor atribuible a las personas en situación de vulnerabilidad. (Andreu- Guzmán, 2008: 53)

Nuestra afirmación de una *justicia a pie* pretende dirigir la mirada hacia un redimensionamiento de la argumentación de los jueces en sus resoluciones hacia todos los destinatarios de las mismas- la sociedad civil en su conjunto- pero al mismo tiempo, debemos destacar que existen grupos en condiciones de vulnerabilidad especial, respecto a los cuales es necesario hacer un mayor esfuerzo para que esa argumentación constituya el ejercicio del *derecho a comprender*, a fin de cumplir el objetivo de inclusión por un mejor acceso a la justicia que representan las Reglas de Brasilia.

Bajo la pauta que antecede, es importante distingamos la existencia de una argumentación de los jueces que se esfuerza, muchas veces con convicción y otras por alegada necesidad, por incluir una discusión técnica respecto a la naturaleza referida a los términos de la discusión que se plantea. Entonces, asumir premisas como los contextos de descubrimiento y de justificación del discurso jurídico, o la necesaria justificación interna o externa de las resoluciones judiciales, o bien recurrir a términos que identifican un tecnicismo en la justificación, de suyo siguen siendo necesarios para un análisis técnico de las resoluciones judiciales, seguramente a cargo de quienes igualmente manejan un estándar técnico de exposición.

Y sin embargo, las Reglas de Brasilia implican una connotación especial cuando concurren causas especiales, que entendemos como condiciones de vulnerabilidad. De esa forma y abordando una visión general del *derecho a comprender* de los grupos aludidos por las Reglas acotadas, tendremos que la persona de edad avanzada y en condiciones de deterioro manifiesto, al comparecer en juicio, acusará una desventaja de contexto respecto a su derecho de defensa, al ver reducidas sus posibilidades de sustentación de sus argumentos, si acaso debiera declarar, pues es de observarse que las deficiencias agravantes que la edad acarrea, objetivamente habrán de impedir una comprensión cabal de los términos de una imputación, verbigracia, si ésta peca de un innecesario tecnicismo que a su vez debería ser reemplazado, ateniéndonos a los fines de las Reglas de Brasilia, por un discurso jurídico más lineal e inclusivo.

Es en relación a esos ejes de determinación a que aludimos que las Reglas de Brasilia, en cuanto se refiere a la comprensión de las actuaciones judiciales, abordan una temática que, sostenemos, esboza intentos positivos por acortar las diferencias en el derecho de acceso a la justicia que hemos venido enunciando en las ideas precedentes. Precisada esa delimitación, observemos y disgreguemos los contenidos que anotamos.

La Regla No. 58 fija el siguiente contenido:

> ***Sección 2ª.- Comprensión de actuaciones judiciales***
>
> *(58) Toda persona en condición de vulnerabilidad, tiene el derecho a entender y ser entendida. Se adoptarán las medidas necesarias para reducir las dificultades de comunicación que afecten a la comprensión de las actuaciones judiciales, en las que participe una persona en condición de vulnerabilidad, garantizando que ésta pueda comprender su alcance y significado.*

En relación a lo señalado, es pertinente anotar que las actuaciones judiciales y la fundamentación de los jueces, tanto escrita como oral, constituyen un binomio inseparable. El juez da a conocer sus decisiones a través de sus resoluciones, y la actuación del mismo no puede escindirse o entenderse como el desenvolvimiento solo de una conducta aislada, en absoluto.

En consecuencia, es menester recoger y asimilar el concepto de que en la actuación del juez va implícita la comunicación de sus decisiones, y como tal, es en la fundamentación de la decisión donde anotamos la importancia de utilizar un lenguaje sencillo, directo y sin excesos técnicos.

Disgreguemos ahora algunos elementos en relación a esta Regla.

El derecho a entender y ser entendido puede asimilarse a lo que hemos denominado el *derecho a comprender*. Al respecto, en 2009, España, a través de un Informe de la Comisión de Modernización del Lenguaje Jurídico del Ministerio de Justicia de ese país, abordó la idea del derecho de los ciudadanos a comprender las comunicaciones verbales o escritas de los profesionales del derecho sin la mediación de un traductor. (Figueroa, 2012: 4)

Es importante anotar que este acotado *derecho a comprender* implica una exigencia mayor en favor de los grupos vulnerables, los cuales suelen enfrentar, muchas veces, un lenguaje jurídico críptico, oscuro y que resulta incomprensible para el ciudadano. (Ministerio de Justicia de España, 2011: 2)

Ahora bien, ¿ cuáles serían las dificultades de comunicación? El campo de la indeterminación en el Derecho es muy amplio, pero podemos reseñar dos aspectos de relevancia: ambigüedad y vaguedad.

La ambigüedad es perjudicial para los efectos de una buena comunicación, en la medida que incide en un exceso de significados. Este problema se presenta cuando un mismo concepto admite diferentes posibles explicaciones, y es entonces ese exceso de significados un problema que afecta la comunicación.

Por su lado, la vaguedad representa un fenómeno contrario a la vaguedad: hay ausencia de significados y es en razón de esa ausencia conceptual que es difícil construir una noción.

Por consiguiente, si seguimos la idea de recoger las dificultades que enfrentan varios o casi todos los grupos vulnerables, una persona discapacitada por problemas de locomoción motora, deberá realizar un esfuerzo mayor por comprender la actuación del juez, esto es, junto a las particularidades propias que abarca su vulnerabilidad, debe realizar un esfuerzo adicional por comprender un lenguaje ambiguo o vago del juez.

La mención que efectuamos en relación a la comunicación, nos lleva a considerar algunos preceptos sobre la teoría de la comunicación. Así, junto a los varios elementos que integran una buena comunicación, es pertinente destacar que existen tres elementos centrales o prevalentes: el emisor del mensaje, el mensaje propiamente dicho y el receptor de ese contenido que se transmite.

Los problemas en la comunicación, por obviar suficientemente uno de estos elementos nos reconducen de nuevo a problemas del rol del juez en sus actuaciones para entender adecuadamente los elementos de una teoría de la comunicación; vale decir, el juez se centra en su rol de emisor y en el mensaje propiamente dicho, pero suele olvidar, las más de las veces, la importancia del rol del receptor en su ejercicio de comunicación, en este caso, el destinatario del mensaje judicial, que en buena cuenta es quien debe recibir el mensaje, y quien a su vez tiene el derecho a comprenderlo cabalmente.

En consecuencia, si ese mensaje es ambiguo o vago, una primera referencia a tener en cuenta al respecto, es que se descuida la importancia de poner énfasis en el esfuerzo que debe representar, razonablemente, que el mensaje llegue en condiciones óptimas al receptor. Si a ello le sumamos que ese destinatario es una persona que pertenece a un grupo vulnerable, entonces es mayor la complejidad de la llegada del mensaje al usuario final de la decisión judicial.

Por último, comprender el alcance y significado de la actuación judicial materializa no solamente el derecho fundamental de acceso a la justicia, sino constituye un elemento relevante del derecho a la defensa, pues de suyo se verá afectado gravemente el derecho a defenderse de la persona vulnerable, si ésta no puede ejercer cabalmente, por problemas de comprensión de una actuación judicial ambigua o vaga, lo que corresponda a su derecho.

A su turno, la Regla No. 59 determina las siguientes pautas:

1.- Notificaciones y requerimientos

(59) En las notificaciones y requerimientos, se usarán términos y estructuras gramaticales simples y comprensibles, que respondan a las necesidades particulares de las personas en condición de vulnerabilidad incluidas en estas Reglas.

Asimismo, se evitarán expresiones o elementos intimidatorios, sin perjuicio de las ocasiones en que resulte necesario el uso de expresiones conminatorias.

Se procurará que el instrumento de notificación sea acompañado de un documento en formato accesible, según la condición de discapacidad conforme a los avances tecnológicos que ordenen idónea y comprensible la comunicación a la persona destinataria.

La referencia a "términos y estructuras gramaticales simples y comprensibles" puede ser asumida, con énfasis, como un ejercicio de oposición a lo que suelen ser a veces las sentencias judiciales: instrumentos complejos de entender.

Puede ocurrir que la controversia acuse márgenes de complejidad. Pensemos, por ejemplo, en un proceso penal en el cual haya concurso ideal y real de delitos y que el juez deba explicar esto en una actuación oral. Ciertamente los abogados podrán asimilar mejor el mensaje técnico que envía el juez, pero, en propiedad, las Reglas de Brasilia han sido diseñadas para que, en el caso que señalamos, ese mismo juez asuma que es derecho de esa persona, en condición de vulnerabilidad, poder comprender la dimensión práctica de la actuación procesal que se desarrolla. En ese sentido, es deber del juez poder explicar, junto a la necesaria descripción técnica del caso, o inmediatamente después de ésta, en términos coloquiales y de fácil acceso, cuál es la explicación más simple posible de la actuación que va a desarrollar.

La mención a "expresiones o elementos intimidatorios" alude a un *deber de prudencia* del juez. Nos referimos así a que esa prudencia debe vincularse a otro elemento importante en el proceso: la tolerancia del juez respecto a las condiciones personales del procesado. La judicatura no otorga un supra poder al juez sobre las personas, no pone al juez en un pedestal desde el cual pueda decidir en forma omnímoda. Por el contrario, el poder del juez siempre es temporal. Concluye el juicio y se configura un fenómeno de ajenidad. Por lo tanto, las amenazas o intimidaciones quedan fuera de lugar en todo sentido.

Consideramos que vale reiterar la idea desde otro eje de enfoque: la condición del juez de director del proceso, no inviste al juzgador de un poder acaso dictatorial respecto a las partes, es decir, resulta inviable usar ese poder para extralimitarse en sus expresiones respecto a las partes en el proceso, pues de suceder ello, corresponde concluir que existe un exceso del juzgador si acaso optara por amenazar a una de las partes con una consecuencia procesal. En rigor, los apercibimientos del juzgador se ven exigidos de cumplir una condición de razonabilidad, y ello no es sino una Regla de aceptabilidad de las decisiones del juzgador.

Para una comprensión cabal de lo afirmado líneas arriba, remontémonos a los jueces de la Alemania nazi - la acción del juez Roland Freisler es un ejemplo, creemos, de cómo no se debe juzgar- y tendremos una idea de lo que afirmamos.

La cuestión vinculada a que un "instrumento de notificación sea acompañado de un documento en formato accesible", en buena cuenta se refiere a la exigencia de estandarizar, del mejor modo posible y con formatos de uso común, las actuaciones judiciales. Es taxativo que la proposición de esta Regla asume un estándar de facilitación del acceso a la justicia. De esta forma, el esquema idóneo que tal Regla propone es que las notificaciones dejen muchas veces el esquema complejo de relatar en forma extensa una decisión judicial, y que a través de un formato sencillo, pueda manejarse mejor la comunicación judicial.

Ahora bien, aquello que expresamos, en la dimensión de la información que recibe la persona en condición vulnerable, sería, podemos llamarlo así, una Regla de ida, aludiendo así a que el juez comunica la decisión. Mas podemos conferirle a esto, también, el sentido de una Regla de venida, en tanto el destinatario recibe la notificación. De esa forma, si acaso nos referimos a un grupo vulnerable como el de las personas privadas de libertad, para quienes la sola comunicación con su defensor ya representa muchas veces una tarea en exceso difícil de llevar a cabo, el uso de formatos comunes, verbigracia, a ser llenados por un grupo de ciudadanos recluidos, resulta un modo de facilitar el entendimiento más común de las actuaciones judiciales. Por ende, facilita su derecho de acceder a la justicia.

Desde otra perspectiva, la Regla No. 60 establece los lineamientos siguientes:

> ***2.- Contenido de las resoluciones judiciales***
>
> *(60) En las resoluciones judiciales se emplearán términos y construcciones sintácticas sencillas, sin perjuicio de su rigor técnico.*
>
> *Deberá respetarse el uso de lenguaje inclusivo.*

En esta Regla 60 es importante distinguir dos aspectos: en un primer orden nos referimos por sintaxis al orden de las ideas. Si se diere el caso de que el razonamiento del juzgador no engarza bien una afirmación con otra, situación que muchas veces ocurre por el uso excesivo de comas, gerundios y lenguaje arcaico, entonces en definitiva el mensaje no podrá llegar en condiciones adecuadas y esto lesiona la adecuada comprensión del mensaje judicial.

La buena sintaxis es una exigencia base del lenguaje judicial, en la medida que el orden de las ideas explaya adecuadamente aquello que el juzgador decide transmitir.

Donde podemos encontrar una exigencia adicional a las actuaciones de los jueces, y creemos que allí no hay incompatibilidad, es en la cuestión de rigor técnico del mensaje judicial. La exigencia de figuras técnicas o de rigor puede abarcar dos dimensiones: en un primer orden, el juez puede ser lo suficientemente técnico en un apartado de la decisión judicial, mas a continuación, como hemos señalado *supra*, sería una exigencia que se desprende de esta Regla de Brasilia, que el juez también explaye en términos muy sencillos el bagaje técnico de la decisión que adopte. En esa lógica, es lo suficientemente técnico en sustentar su decisión, y lo adecuadamente sencillo en justificar esa misma posición.

Este esquema sería válido, de suyo, tanto para la decisión a incluirse en el documento escrito que representa la sentencia, así como en la actuación oral propiamente dicha, más aún en este escena contemporánea del proceso cuando varias disciplinas del Derecho ya asumen una fuerte faceta de oralidad.

Un segundo aspecto que se desprende de esta acotada Regla 60, se refiere al lenguaje inclusivo. Al respecto nos atenemos a un estudio de Naciones Unidas (2019), que sugiere algunas estrategias útiles, en relación al lenguaje inclusivo en cuanto al género, las cuales deben ser entendidas como orientaciones para el empleo de un lenguaje inclusivo en cuanto al género en español. Entre estas figuran: evitar expresiones

discriminatorias, visibilizar el género cuando lo exija la situación comunicativa, así como no visibilizar el género cuando no lo exija la situación comunicativa.

Por otra parte, no podemos negar hoy la importancia que han asumido las cuestiones de género y, de esa manera, la idea de un lenguaje inclusivo nos remonta a que incluyamos en el discurso jurídico la descripción no solo de una consideración del sexo femenino en las cuestiones judiciales, sino también de las minorías sexuales.

En relación a esto último es pertinente entender que hoy, conforme a los postulados de democracia de los maestros italianos Norberto Bobbio y Giovanni Sartori, es relevante asumir, también, en esa nueva definición de democracia, que ésta implica el respeto de los derechos de las minorías por parte de las mayorías, y uno de ellos, relevante por cierto, es la inclusión de la premisa de existencia de derechos y deberes de estas minorías sexuales.

Finalmente, la Regla No. 61 indica, en relación a la comprensión de las actuaciones orales, los siguientes criterios:

3.- Comprensión de actuaciones orales

> *(61) Se fomentarán los mecanismos necesarios para que la persona en condición de vulnerabilidad comprenda los juicios, vistas, comparecencias y otras actuaciones judiciales orales en las que participe, teniéndose presente el contenido del apartado 3 de la Sección 3ª del presente Capítulo.*

El efecto que esta Regla proyecta puede asumirse como una consecuencia de los postulados materiales de las Reglas 58 a 60, básicamente referidas a un marco general de comprensión de las actuaciones judiciales.

En esta Regla en específico la noción asumida es propiamente que, a raíz de las providencias de actuación no excesivamente técnica del juez, usando términos sencillos en la sustentación de sus decisiones tanto escritas como orales, y respetándose el uso de un lenguaje inclusivo, la persona en condición de vulnerabilidad, esté en la capacidad de ejercitar su *derecho a comprender* las actuaciones judiciales que tienen lugar en el marco del discernimiento de sus derechos por parte de la justicia de su país.

Y aquí es propio remarcar esa necesaria dimensión del derecho de defensa, el cual se debe asociar a que el ejercicio de esa facultad enunciada suponga, también, una igualdad de armas, si nos atenemos a una propuesta de igualdad que es hoy bandera de las actuaciones orales penales. De esa manera, no habrá igualdad en el derecho a la defensa, si la posición del Estado, avalada por un fiscal o procurador, puede acceder sin problemas al sustento de una defensa técnica de su posición, mientras en el otro lado del campo de la discusión, encontramos a una persona en condiciones de vulnerabilidad, sin poder comprender la dimensión de la actuación procesal en la cual se encuentra inmersa.

3. Las Reglas de Brasilia y un propósito de igualdad.

Para relacionar el derecho a la igualdad con las Reglas de Brasilia, deviene relevante incidir en indagar respecto de la necesidad de este instrumento de consenso.

Ribotta, ante la pregunta de por qué las Reglas son necesarias en América Latina, responde:

> Porque América Latina y el Caribe es el continente de la desigualdad y la exclusión. No es el más pobre del mundo, aunque algunos de sus países lo son en grado alarmante, pero sí concentra los abismos más sangrantes en las diferencias entre ricos y pobres, condenando a gran parte de sus ciudadanos a vivir en escenarios de pobreza y exclusión social. (Ribotta, 2013: 5)

Entonces, "la presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses." (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2003: 123)

Ribotta destaca, igualmente, que: "la pobreza es el máximo agravante de vulneración para el acceso a la justicia y para el ejercicio de todos y cualquier derecho, especialmente contextualizado en América Latina, el continente más desigualitario del mundo. (Ribotta, 2013: 1)

Aportamos una cuestión adicional y en la misma línea de este razonamiento: así como existen grupos vulnerables, ¿podemos acaso también referirnos a *Estados vulnerables*? Ribotta, tomando como referencia la Resolución 59/184 de 2004) señala que:

> Naciones Unidas ya reconoció que la globalización afecta a todos los países de manera diferente y los hace más vulnerables a los acontecimientos externos, tanto positivos como negativos, y que produce cada vez mayores diferencias entre los países desarrollados, los en vías de desarrollo y los no desarrollados.

En ese sentido, acota la autora:

> La calificación de Estados vulnerables no se refiere a consideraciones de carácter geopolítico, sino a su capacidad para promover y defender los derechos humanos y la calidad de vida y satisfacción de las necesidades básicas de todos sus ciudadanos. También a la capacidad para afrontar y resolver riesgos de ciertos eventos traumáticos, como crisis ecológicas, alimentarias, económicas, sanitarias, naturales, guerras o conflictos sociales. (Ribotta, 2013: 10)

Enunciadas algunas de las especificaciones técnicas de las Reglas de Brasilia sobre la comprensión de las actuaciones judiciales, permítasenos regresar a una relación troncal, más de carácter material, entre las Reglas de Brasilia y el derecho a la igualdad.

Nos referimos así, en primer lugar, a la naturaleza omnicomprensiva que hoy asume el derecho a la igualdad. De su condición de simple derecho subjetivo entre los griegos, es decir, de derecho de naturaleza lineal por señalar una naturaleza nominal sin más de la igualdad, y además entendida solo desde el aspecto de que esa igualdad solo tenía lugar entre hombres libres y no así respecto de las mujeres ni de los esclavos, hoy la igualdad asume la verdadera naturaleza de derecho fundamental, con amplios escenarios de determinación, y, además, tutelada su naturaleza material por una característica *in*

crescendo, es decir de progresividad y no de regresividad, de las situaciones materiales del derecho de igualdad.

De esa manera, cuanto queremos argüir con esta mención a las Reglas de Brasilia desde la dimensión del derecho a la igualdad, es el fin propio de este instrumento jurídico: propiciar condiciones de acceso a la justicia para que las personas en condiciones de vulnerabilidad logren una materialización de ejercicio de sus derechos en las mismas condiciones en que lo hace el resto de ciudadanos.

Es en este segmento que es propio enunciar las Reglas de Brasilia como una forma de *acciones afirmativas*. Este tipo de instrumentos nace en Estados Unidos en 1961, a través de la Ley Ejecutiva 10925, del gobierno de John F. Kennedy, instrumento que dispuso el establecimiento de un Comité para la igualdad de oportunidades en el empleo. Hoy, en esencia, se concibe a las *acciones afirmativas* con el propósito de propiciar, podríamos llamarlo así, ciertos beneficios respecto de grupos en condiciones de desventaja, a efectos de que puedan acceder al mejor ejercicio de sus derechos.

Entonces, los caracteres que comparten en sentido general las *acciones afirmativas*, uno de cuyos mejores ejemplos contemporáneos es el instrumento que denominamos Reglas de Brasilia, apuntan a que se cumpla un postulado definitorio del derecho a la igualdad, convirtiéndolo en verdadero *diritto*: tratar a los iguales como iguales y a los desiguales como iguales. De esta forma, las Reglas de Brasilia proyectan la premisa sustantiva final de que todas las personas, sin distinción alguna, deben estar en condiciones de acceder a la justicia y que no existan obstáculos en ese propósito de acceso. Y si acaso hay grupos vulnerables, estos deben ver reducidas sus diferencias de acceso a la justicia.

Definidas esas pautas, los contenidos de estudio que asumimos, referidos prevalentemente al *derecho a comprender* las actuaciones judiciales, perfilan una dimensión de ese ejercicio a un igual trato en el acceso a la justicia. En ese sentido, no existirá una misma facilidad de acceso a la justicia, por ejemplo, entre el migrante en condición de refugiado, y un ciudadano en condición regular, siendo necesario propiciar algunas condiciones de acceso, como en rigor pretenden perfilar las Reglas de Brasilia y las *acciones afirmativas*.

En la misma línea de análisis que abordamos, si bien la aspiración a un trato igual debe ser un propósito de toda política pública desde la óptica de las Reglas de Brasilia, es importante pongamos también nuestro enfoque en una realidad compleja - de desigualdad- y es la que pretenden combatir las Reglas de Brasilia.

La desigualdad puede ser expresada en términos generales como desbalances evidentes respecto a la posibilidad del ejercicio de los derechos, y si unimos este matiz de desigualdad a la pobreza (Ribotta, 2013: 16), entonces estamos ante condiciones de agravamiento de esos entornos de desigualdad.

Aquí hay un aspecto importante a destacar y que nos permite precisar algunas ideas de categorización. Por Regla general, las Reglas de Brasilia categorizan algunos grupos vulnerables que ya hemos reseñado en acápites precedentes, mas existen rasgos agravantes de discriminación y uno de ellos es precisamente la pobreza, rasgo que puede presentarse, señala Ribotta (2013: 13), de manera coyuntural, y sin embargo, no

puede obviarse la pobreza, define Ribotta a partir de las ideas de Amartia Sen, el famoso economista indio, como una privación de capacidades- funcionamientos que son intrínsecamente importantes.

En consecuencia, *estar pobre* (Ribotta, 2013: 14), antes que *ser pobre*, si bien puede representar una incapacidad, en definitiva agrava la dificultad de acceso a la justicia, caracterizándose ese estado por la concurrencia de algunas dificultades específicas. ¿ Y cuáles son esas condiciones concurrentes para un entorno de pobreza? Ribotta (2013: 15), señala factores asociados, como:

> la heterogeneidad personal, las condiciones sociales, la distribución de los recursos dentro de la unidad familiar, la diversidad relacionada con el medio ambiente, el clima, las condiciones epidemiológicas, la situación geográfica, las diferencias de clima social, la situación histórica, cultural y política, y las diferencias de perspectivas relacionales marcadas culturalmente, entre otros factores configuradores del escenario situacional en el que las personas se encuentren desarrollando sus vidas.

A tenor de lo expuesto, las Reglas de Brasilia ocupan un ámbito de trabajo importante: de un lado, atacan la existencia de aquellas categorías de desigualdad, entendidas como los grupos identificados como vulnerables; de otro lado, se combate aquellos factores agravantes de desigualdad, entre los cuales la pobreza de las personas desempeña un rol esencial.

¿Cómo tiene lugar esto respecto a la comprensión de las actuaciones judiciales? Pues diseñándose políticas públicas cuya tendencia de enfoque sea precisamente reducir las brechas de pobreza de la ciudadanía, a fin de no clasificar *ciudadanos de un primer rango*, esto es, aquellos que puedan conducir la defensa de sus intereses sin mayores obstáculos que aquellos que regularmente la realidad judicial de cada país describe; *ciudadanos de segundo orden*, es decir, grupos en condiciones vulnerables; y por último, *ciudadanos de tercer orden*; es decir, quienes además de ser vulnerables, también, por añadidura, son pobres.

4. Deberes de realización del Estado

Desde otro ámbito de enfoque, los escenarios sociales complejos por omisión de los Estados representan una importante preocupación en el Derecho Comparado. Nos referimos así a que ante la comisión de una falta grave contra los derechos fundamentales de los ciudadanos, por responsabilidad directa de los Estados, usualmente están abiertos los caminos de la justicia supranacional. Una acción concreta de responsabilidad del Estado- asesinato por agentes del Estado, cárceles en condiciones deplorables, recorte de derechos por responsabilidad estatal, etc.- en agravio de los ciudadanos, deviene en responsabilidad directa del Estado, cuando el caso así lo amerite, y ello implica un litigio internacional.

Naturalmente, determinadas omisiones de los Estados respecto a los derechos fundamentales, o en grado superlativo, respecto de los derechos humanos, también pueden ser objeto de una controversia en sede supranacional. Y sin embargo, las

omisiones requieren un quehacer más argumentativo de probanza, pues se trata de señalar que ese no hacer del Estado implica un determinado rango de responsabilidad.

A juicio nuestro, las Reglas de Brasilia constituyen una respuesta directa a ese *deber de realización* del Estado respecto al derecho de los ciudadanos en condiciones de vulnerabilidad para un efectivo acceso a la justicia. Pretenden así acabar estas Reglas con una situación de omisión del Estado respecto a los grupos vulnerables. Por tanto, con la dación de estas Reglas, acaba una suerte de estado general de *inconstitucionalidad por omisión,* entendida esta figura como una no actuación debida en su oportunidad. Ciertamente siempre una omisión constituye una cuestión de naturaleza más compleja, en tanto los elementos de una omisión son más difíciles de delimitar en relación a la figura de la comisión de un acto.

Este aludido *deber de realización* también implica, desde otra perspectiva, el cumplimiento de obligaciones estatales a partir de cuanto manda la Convención Americana de Derechos Humanos, cuyo artículo 1, en relación a la obligación de respetar los derechos, señala que:

> *1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.*
>
> *2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.*

Coadyuva a esta idea también que el acceso a la justicia sea entendido como un *servicio público* (XVII Cumbre Judicial Iberoamericana, 2014: 12), en cuanto a que se trata de un "deber que se enmarca en acortar la brecha existente entre la norma y la realidad".

La alocución que antecede nos permite aportar algunos elementos de reflexión. Si optamos por una mirada nominal y semántica del concepto de Estado, optaríamos de seguro por una referencia descriptiva de los elementos que conforman aquella noción. Se trata de una situación definicional.

Sin embargo, el acceso a la justicia ha dejado hace mucho tiempo atrás de ser una premisa descriptiva, y es través de las Reglas de Brasilia, en relación a las personas en condición de vulnerabilidad, que pasan los Estados de una visión del Estado simplemente "de la fuerza"- *Machtstaat*- o de policía - *Polizeistaat*- (Zagrebelsky, 2009: 21), o de aquel del despotismo ilustrado - *laissez faire, laissez passer,, le monde va de lui même* (dejar hacer, dejar pasar, el mundo va solo), o *tout pour le peuple, rien par le peuple* (todo para el pueblo pero sin el pueblo), atribuibles estas últimas expresiones a los fisiócratas del siglo XVIII, a una categoría de Estado constitucional en el cual existe, junto a la noción de *deber de realización*, la efectivización de un *deber especial de protección*. Esta última alocución ha merecido una posición del Tribunal Constitucional de Perú en los términos que a continuación reseñamos:

> […] debido al influjo de diversas teorías que han servido de base al constitucionalismo, y muy significativamente de las doctrinas pactistas, desde sus

> orígenes, el Estado moderno ha sido concebido como un ente artificial, una de cuyas tareas encomendadas ha sido, desde siempre, proteger los derechos fundamentales. Podría decirse, incluso, que se trata de su finalidad y deber principal, pues, en su versión moderna, el Estado ha sido instituido al servicio de los derechos fundamentales. El Estado, en efecto, tiene, en relación con los derechos fundamentales, un "deber especial de protección". (Tribunal Constitucional de Perú, STC 0858-2003-AA/TC, caso Eyler Torres del Águila, fundamento jurídico 6)

Desde esta enfoque, las Reglas de Brasilia cumplen, entonces, dos caracteres relevantes: representan un *deber de realización*, y al mismo tiempo, son una expresión de un *deber especial de protección*. Se trata de conceptos estrechamente ligados y al mismo tiempo, constituyen, a juicio nuestro, obligaciones morales de los Estados.

5. Quehaceres inmediatos para una implementación óptima del derecho a comprender.

Llegado nuestro estudio a este punto, la interrogante natural a proyectar es: ¿ qué hacemos a nivel de Estados por una efectivización de las Reglas de Brasilia en cuanto a una mejor comprensión de las actuaciones judiciales?

Es importante aquí distinguir la existencia de obligaciones negativas y positivas de los Estados frente a los derechos. En ese sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su estudio referido a "*Lineamientos para la elaboración de indicadores de progreso en material de derechos económicos, sociales y culturales*." ha señalado:

> El derecho de los derechos humanos ha desarrollado estándares sobre el derecho a contar con recursos judiciales y de otra índole que resulten idóneos y efectivos para reclamar por la vulneración de los derechos fundamentales. En tal sentido, la obligación de los Estados no es sólo negativa, de no impedir el acceso a esos recursos, sino fundamentalmente positiva, de organizar el aparato institucional de modo que todos los individuos puedan acceder a esos recursos, para lo cual los Estados deben remover los obstáculos normativos, sociales o económicos que impiden o limitan la posibilidad de acceso a la justicia. En los últimos años, el SIDH ha reconocido la necesidad de comenzar a delinear principios y estándares sobre los alcances de los derechos al debido proceso judicial y a la tutela judicial efectiva, en casos que involucran la vulneración de derechos económicos, sociales y culturales. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2008: 30).

Pues bien, en cuanto a los Estados nacionales respecta y tomando como base las afirmaciones anteriores, creemos en la posibilidad de varios segmentos de actuación, a ser tomados como medidas de acción de los países del sistema para un mejor cumplimiento de las Reglas de Brasilia en cuanto a la comprensión de las actuaciones judiciales:

1. A nivel de los Poderes Judiciales, la implementación de programas de capacitación para jueces en temas de argumentación y redacción jurídica, con miras al desarrollo de las Reglas de Brasilia en el especial item de comprensión de las actuaciones judiciales.

De esta manera, involucramos a los actores principales en el sistema de justicia en el propósito de comprender, con más amplitud, la dinámica que hoy impone la argumentación jurídica, la cual si bien hoy adopta el esquema de la teoría estándar de la argumentación, en modo alguno deja de lado la premisa de que una buena argumentación es aquella que privilegia buenos estándares de praxis, a tal punto que como dice Atienza (2004: 18): "no hay nada más práctico que la buena teoría y el núcleo de la buena teoría - jurídica - es la argumentación."

Desde esa perspectiva, la justicia asume un rostro real pues la mejor comprensión de las actuaciones judiciales por parte de los grupos vulnerables que enuncian las Reglas de Brasilia, e indudablemente reducen las asimetrías existentes en el acceso a la justicia, las mismas que, de ocurrir, lesionan el concepto clásico de tutela jurisdiccional efectiva. Este último concepto puede ser entendido, si lo adoptamos desde un sentido práctico, desde la idea de que el Estado, a través del poder de la jurisdicción, nos reconoce o no a los ciudadanos un derecho determinado, mas a través de una decisión debidamente motivada que a su vez represente la conclusión de varios procedimientos, en los cuales ha resultado clara la actuación del juez, y por tanto se ha comprendido sus actuaciones en el marco de un debido proceso.

2. En el ámbito de la sociedad civil, el incentivo de campañas ciudadanas por un *derecho a comprender* o entender las actuaciones judiciales. El binomio jueces-sociedad no puede trabajar aisladamente. Si existen cursos de capacitación para reforzar las competencias de los jueces en hacer comprender mejor sus actuaciones, sin soslayo debemos acotar que respecto a la sociedad, se hacen exigibles campañas informativas que traduzcan una mejor lectura en la realidad de las Reglas de Brasilia, y más aún, en el campo de interés que nos ocupa en relación a las actuaciones judiciales, en tanto son los ciudadanos los actores primarios en el marco de las actuaciones de los jueces.

Y más aún, son participantes especiales en ese escenario que describimos los grupos en condición vulnerable, pues a ellos se orienta que los Estados hagan transparente su actuación en un escenario tan sensible como el de las actuaciones del juez. De esa manera, la ciudadanía se concientiza de que existe una labor comunicativa que apunta a que, con eficiencia, se reduzcan las brechas de desigualdad respecto a los grupos vulnerables.

3. En lo referido a la labor de las Universidades y otros centros educativos, será eje gravitante de acción sobre la comprensión de las actuaciones judiciales el impulso incentivo y promoción de estudios, desde la doctrina y bajo un ámbito pragmático, de las actuaciones de los jueces.

Lo afirmado merece una precisión conceptual: ya nos dice la doctrina de la argumentación que una buena justificación externa (Gascón, 2003: 89), entendida como un importante estándar de argumentación, involucra normas consuetudinarias, principios morales, juicios valorativos, etc. A partir de esta idea, podemos construir hasta tres ángulos relevantes: uno primero se refiere, al destacarse la sentencia judicial, a la aplicación de la ley, la Constitución y sus principios, en el razonamiento del juzgador; uno segundo alude a la importancia de la jurisprudencia, esto es, al asunto de que se tenga en cuenta los precedentes sobre el caso materia de examen; y uno tercero y no menos importante, alude a la importancia de la doctrina.

Pues bien, será entonces importante que iniciativas de interés como las de convocar al desarrollo de estudios sobre la materia, como sucede en este caso con las Reglas de Brasilia, enfoquen su interés a desarrollar un reforzamiento de las líneas materiales base de estas Reglas, pues de esa forma, de un lado, se destaca su importancia material en sí misma; de otro lado, se refuerzan los ejes para que a futuro se impulsen bases de mejora en su aplicación.

No olvidemos, de esta forma, que muchas veces la doctrina tiene ese rango de elemento precursor en el desarrollo del pensamiento jurídico, de tal forma que sucede muchas veces que desde la doctrina se impulsa una iniciativa, luego ella se transmite a la jurisprudencia y finalmente, ella se posa con solidez sobre la norma legal.

¿Un ejemplo aproximado de esta información? Aunque con algunas variantes, el test de proporcionalidad fue una propuesta de la jurisprudencia alemana tras las primeras decisiones del Tribunal Federal Constitucional alemán, una vez que éste se instaló en funciones en el año 1951. Luego, Robert Alexy (2007: 459), bajo un esfuerzo de categorización doctrinal, le dio forma conceptual a la figura, y luego muchos tribunales constitucionales del mundo adoptaron en sus decisiones los estándares del acotado test, el mismo que fija los sub exámenes de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. ¿Podría el test de proporcionalidad convertirse en ley? No descartamos un escenario de esa naturaleza dado que no sería inviable en modo alguno.

Ideas a título de conclusión

Si adoptamos como ideas base que " los más pobres y vulnerables enfrentan obstáculos estructurales para acceder, en condiciones razonables, al sistema de justicia" y que "las reformas judiciales no han contribuido a reducir el déficit de ciudadanía social" (Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, 2005: 5), se hace exigible que cerremos esas onerosas brechas. De esa forma, una realización del *derecho a comprender* es en parte una importante respuesta frente a los problemas acotados.

En efecto, no obstante las constantes reformas judiciales en Latinoamérica, espacio donde los vientos democráticos han soplado con fuerza en los últimos lustros, el acceso a la justicia sigue siendo un objetivo lejano para muchos ciudadanos y de allí que las Reglas de Brasilia cierren en parte ese espacio que revela dos puntos lejanos opuestos: de un lado, una difícil realidad de acceso a la justicia para ciertos grupos vulnerables, y de otro, un diseño de políticas públicas que aún denota insuficiencia. ¿Cómo combatimos ello? A través de una efectivización del *derecho a comprender* para a su vez optimizar el acceso a la justicia.

Es importante señalar que la idea de grupos vulnerables no es una definición cerrada. Por el contrario, a la clásica definición de entender como grupos vulnerables a determinadas personas por razones de edad, discapacidad, pertenencia a comunidades indígenas, por victimización, por migración y desplazamiento interno, por pertenencia a minorías, y por privación de libertad, se debe añadir el eje de incorporación en su denominación de categorías abiertas a las personas involucradas en el derecho a la vivienda, en los casos de población sin techo, a quienes viven en barrios sin regularización o no urbanizados, así como a quienes pudieran resultar afectados por catástrofes naturales o crisis económicas,

De allí que este estudio hay esbozado algunas líneas de reflexión respecto del propósito de las Reglas de Brasilia en el objetivo de mejora del acceso a la justicia en el caso de grupos en condición de especial vulnerabilidad, aspectos que denotan ciertamente limitaciones para ejercer un derecho al cual, *prima facie*, tenemos acceso todos los ciudadanos.

Hemos reseñado algunas de las reflexiones principales a partir de las Reglas 58 a 61 del instrumento acotado, respecto a la comprensión de las actuaciones judiciales, y bajo esa pauta, nos hemos permitido construir una noción de *justicia a pie* , entendiendo bajo esta figura esa necesidad de que el Estado y su estructura jurisdiccional no sean un concepto lejano y cuasi inasible, al cual los grupos vulnerables no tengan acceso.

Las Reglas de Brasilia, de la misma forma, representan un propósito de igualdad, y por extensión, pretenden reducir escenarios de desigualdad. Estas tareas se enmarcan dentro de lo que denominamos *deberes de realización del Estado*, concepto que se acerca, en mucho, al *deber especial de protección* que ha tejido la doctrina de tutela del Tribunal constitucional peruano.

Finalmente, hemos querido reseñar algunos quehaceres inmediatos para una implementación óptima del derecho a comprender, pretendiendo así acompañar a las reflexiones sobre los entornos que proyectan las Reglas de Brasilia en relación a la comprensión de las actuaciones judiciales, determinadas medidas para efectivizar su aplicación.

En suma, los Estados tienen una tarea enorme en la materia de comprensión de la actuación de los jueces. Y realmente hay mucho que hacer por oposición a no hacer nada. Así evitaremos esa aciaga reflexión del Libertador Bolívar, quien al ver que su propuesta de una América unida se desmembraba, pensó que había arado en el mar.

Las Reglas de Brasilia impulsan a los Estados a sembrar muchos esfuerzos. Los resultados de esa cosecha serán un escenario de mejor acceso a la justicia, deber que nos compete a todos los actores del sistema de justicia.

Publicado en *Reglas de Brasilia: justicia para transformar la vulnerabilidad en igualdad.* Poder Judicial del Perú. Comisión Permanente de Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad y Justicia en tu Comunidad. Fondo Editorial del Poder Judicial. Primera edición electrónica: diciembre de 2020. pp. 11-37

BIBLIOGRAFIA

ALEXY, R. (2007). Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica. Palestra. Traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo.

ANDREU- GUZMÁN, F. COURTIS, C. (2008). Comentarios sobre las 100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. En *Defensa pública: garantía de acceso a la justicia*. Buenos Aires. Ed. Ministerio Público de la Defensa. Recuperado de http://www.corteidh.or.cr/tablas/r29269.pdf

ATIENZA, M. (2004). Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica. Palestra.

COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. (2008). Lineamientos para la elaboración de indicadores de progreso en materia de derechos económicos, sociales y culturales. OEA/Ser.L/V/II.132. Doc. 14 rev. 1. 19 julio 2008. Recuperado de http://www.cidh.oas.org/pdf%20files/Lineamientos%20final.pdf

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2003). **O**pinión Consultiva OC-18/03, de 17 de setiembre de 2003, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos sobre Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados.

FIGUEROA E. (2012). Modernización del lenguaje jurídico: ¿ derecho a comprender? En *JURIDICA* No. 404. Diario Oficial El Peruano. Lima, 24 de abril de 2012.

GASCÓN, M. (2003). La motivación. conceptos fundamentales. Interpretación y argumentación. San Salvador. Consejo Nacional de la Judicatura. Escuela de Capacitación Judicial. 1ra. edición.

MINISTERIO DE JUSTICIA DE ESPAÑA (2011) Informe de la Comisión de modernización del lenguaje jurídico. Comisión de expertos. Recuperado de https://www.administraciondejusticia.gob.es/paj/PA_PAGAJGenerico/descarga/Informe%20de%20la%20Comisi%C3%B3n%20de%20Modernizaci%C3%B3n%20del%20Lenguaje%20Jur%C3%ADdico.pdf?idFile=41ae8714-a3a7-462e-b496-6da3ffcb7421

NACIONES UNIDAS (2019) Lenguaje inclusivo en cuanto al género. Recuperado de https://www.un.org/es/gender-inclusive-language/guidelines.shtml

PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO (2005). Manual de Políticas Públicas para el Acceso a la Justicia. América Latina y el Caribe. Argentina. Recuperado de http://inecip.org/wp-content/uploads/Inecip-Manual-Politicas-Publicas.pdf

RIBOTTA, S. (2013). Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. vulnerabilidad, pobreza y acceso a la justicia.
Recuperado de
https://www.urjc.es/images/ceib/revista_electronica/vol_6_2012_2/REIB_06_02_04Ribotta.pdf

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE PERÚ (2003). Sentencia Tribunal Constitucional No. 0858-2003-AA/TC, caso Eyler Torres del Águila.

XVII Cumbre Judicial Iberoamericana (2014). Informe Reglas de Brasilia. Asamblea Plenaria XVII Cumbre Judicial Iberoamericana. Recuperado de http://anterior.cumbrejudicial.org/c/document_library/get_file?p_l_id=777898&folderId=904111&name=DLFE-6385.pdf

ZAGREBELSKY, G. (2009). El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia. Editorial Trotta. Madrid, España.

CINCO IDEAS PARA LA FORMACIÓN DEL JURISTA DE MEDIADOS DEL SIGLO XXI[1]

Manuel Atienza

1.

La primera de esas ideas tiene la forma de una duda. Pues, en mi opinión, lo primero que quizás convenga plantearse en relación con la formación del jurista de mediados del siglo XXI es si ese proceso va a seguir teniendo como centro a la Universidad, a las Facultades de Derecho; hasta cabría preguntarse si eso es lo que ahora está ocurriendo, como solemos dar por supuesto. Dejo de momento de lado la cuestión de qué deberíamos entender por "formación del jurista" (sobre todo, si con ello queremos referirnos exclusivamente a la preparación para desempeñar alguna profesión jurídica, o bien a algo más), para centrarme en los dos factores que -al actuar unidos- podrían poner en serio peligro esa continuidad.

Uno de ellos es la crisis profunda que, en mi opinión, atraviesa la universidad española (quizás la universidad en general) y que, obviamente, afecta también a sus Facultades de Derecho. En muchos aspectos, mi impresión -resultado de 49 años de experiencia como profesor de Derecho en varias universidades españolas- es que la idea de Facultad como una institución, o sea, como una empresa en la que quienes participan en ella (sobre todo, los profesores) se sienten responsables de, y cooperan entre sí para, la obtención de algún objetivo común (el bien de la institución) simplemente no existe. Y si se necesitara alguna prueba de ello, me parece que lo que ha pasado con la confección de los planes de estudio (si no en todas, en la mayoría de nuestras Facultades) como consecuencia de la aplicación del malhadado Plan Bolonia deja lugar a pocas dudas. Pero a eso se añade, naturalmente, una serie de vicios en el funcionamiento de la institución que hace muy difícil pensar que la situación pueda revertirse, al menos en un plazo más o menos breve. Me refiero con ello a la burocracia desaforada, la endogamia, el corporativismo, la sustitución de los controles sustantivos (algunos había antes) por los puramente formales, aparentes (a lo que tanto ha contribuido una institución, la ANECA, a la que con razón cabe calificar de *perversa*), la insensata proliferación de títulos (al parecer ya no hay ningún buen estudiante que se conforme con estudiar sólo Derecho) y, sobre todo, la llamativa falta de espíritu crítico (y autocrítico) que hace que ni siquiera se sienta mucho la necesidad de cambiar las cosas…o quizás todavía peor: quienes la sienten son al mismo tiempo

[1] Este trabajo es una reelaboración de mi intervención en la mesa redonda "La formación del jurista de mediados del siglo XXI", que se celebró en la Universidad Carlos III de Madrid, en diciembre de 2021.

conscientes de que ese cambio es imposible, de que, hoy por hoy, no se dan las condiciones para ello.

Y el otro factor es la propia evolución del Derecho y de la cultura jurídica como consecuencia, en buena medida, de los cambios profundos que están teniendo lugar, sobre todo, con la aplicación de las nuevas tecnologías de la información en el Derecho. En un libro de hace ya más de una década, Richard Susskind[2] advertía de que la práctica jurídica, en especial la de los abogados, debía cambiar -estaba cambiando- de manera muy radical, y pensaba además que "pocas escuelas de Derecho están preparando a nuestros futuros abogados para los muy diferentes tipos de trabajo jurídico [legal workplace] que yo y otros estamos prediciendo" (p. 276). Susskind se centra en el ejercicio de la abogacía vinculado con el mundo empresarial y de los negocios, y creo que se le podría reprochar el haber aceptado sin más que el Derecho -y la cultura jurídica- no puede hacer otra cosa que seguir obedientemente los dictados del mercado. Pero aunque pensemos que al hablar del futuro de los abogados y del Derecho debe tenerse muy en cuenta también el papel de los juristas en el sector público, y que la cultura jurídica anglosajona -que es prácticamente la única que él toma en consideración- no agota el universo del Derecho, sin embargo, los puntos centrales de su libro (antes había escrito otro, del que este es continuación, titulado *The Future of Law*[3]) constituyen, por lo menos, señales de alerta a las que no cabe hacer oídos sordos. Parece claro, por ejemplo, que mucho del trabajo rutinario que hoy ocupa a los juristas va a ser -si no está siendo ya- realizado por máquinas; que para acceder a muchos servicios jurídicos probablemente no será necesario en un futuro no muy lejano contar con intermediarios, con juristas profesionales; que el número de abogados (y de estudiantes de Derecho -o de Derecho en combinación con otras materias) está sobredimensionado, en particular en países como España, en dónde, en términos relativos, parecemos contar con muchos más abogados que en Francia, en Inglaterra o en Alemania[4]4; y que nuestras Facultades de Derecho -por mucho que en los discursos oficiales se diga otra cosa- no están realmente comprometidas con el futuro profesional de sus estudiantes.

2.

La segunda idea que quiero exponer se refiere al papel que en la formación del jurista desempeña la enseñanza "oficial" del Derecho, lo que lleva a plantearse los cambios que habría que introducir en ella, tomando como referencia fundamental la que hoy se ofrece en nuestras universidades. Las cuestiones a las que habría que contestar aquí vienen a ser las de cómo se enseña; qué se enseña; quién lo enseña y a quién; y para qué. Y, naturalmente, todas ellas pueden entenderse (contestarse) en un sentido descriptivo o

[2] *The End of Lawyers? Rethinking the Nature of Legal Services*, Oxford University Press, 2010
[3] Oxford University Press, 1996.
[4] Sobre la masificación de la abogacía, y con referencia a cómo ello repercute en la enseñanza del Derecho, especialmente en Latinoamérica, puede verse Carlos Peña, *Globalización y enseñanza del derecho*, Fontamara, México, 2013, pp. 37 y ss.

prescriptivo. Aquí adoptaré fundamentalmente la segunda perspectiva; y digo "fundamentalmente", porque obviamente no tiene sentido hacer una propuesta de cambio sin tomar en consideración cuál es el estado de cosas del que se parte.

Pues bien, en contra de lo que seguramente sea la actitud más generalizada cuando se enfoca el problema de la enseñanza del Derecho, hay buenas razones para pensar que el orden de importancia de las anteriores preguntas es aproximadamente el inverso en el que las he enunciado. Lo más decisivo es tener una idea clara de qué es lo que se pretende obtener en el proceso de enseñanza-aprendizaje del Derecho, porque de ello depende la contestación que cabe dar a las otras preguntas, en particular, al qué y al cómo.

El para qué se enseña depende de muchos factores, pero quizás el más importante sea el de la concepción del Derecho que se asuma, o la que habría que presumir que asumen quienes llevan a cabo esa actividad: los profesores, los estudiantes, la institución. Hay, en mi opinión, fundamentalmente, dos grandes concepciones sobre el Derecho. Una consiste en verlo como una realidad que está ahí fuera, algo ya dado, y que se reduciría a un conjunto de enunciados, de normas; la formación del jurista se dirigiría, en consecuencia, a conocer (mediante su descripción, explicación y sistematización) todo ese material, o la parte más conspicua del mismo. La otra considera el Derecho como una actividad, como una práctica social orientada hacia la consecución de ciertos fines y valores; las normas, los enunciados jurídicos, vienen a ser algo así como la materia prima de la que hay que partir para poder resolver los problemas que caracterizan esa práctica; la formación del jurista tendría que estar por ello encaminada a esa finalidad, pero no podría ser una formación exclusivamente técnica (el jurista no sería simplemente un ingeniero social; luego vuelvo sobre ello), puesto que la práctica jurídica involucra necesariamente valores morales y políticos. Sin entrar en mayores precisiones, a mí me parece indudable que la enseñanza del Derecho -la cultura jurídica en general- en países como España obedece esencialmente al primer modelo y que ese es un modelo -y decir esto no es ninguna novedad[5]- que habría que abandonar, que sustituir por el otro. Pero un cambio cultural de semejante envergadura no es fácil que se produzca, entre otras cosas porque la institución que, en principio, tendría que actuar como el motor de ese cambio, la universidad, no parece estar en condiciones de acometer esa empresa.

Y si no lo está, me parece que no hay más remedio que pensar que eso se debe, al menos en muy buena medida, a déficits que tienen que ver con quiénes son -o con cómo

[5] En un artículo que se remonta a 1978 ("Notas sobre el estudio y la enseñanza del derecho", en *Sistema* nº 22), Francisco Laporta se refiere a dos actitudes ampliamente compartidas por los profesores de Derecho de entonces y que explicarían lo insatisfactorio que resultaba la enseñanza del Derecho que impartían las Facultades de Derecho españolas de la época. La primera provenía de una concepción del Derecho, según la cual "el derecho es el conjunto de preceptos que se contiene en los textos legales". Y la segunda -en realidad, una consecuencia de la anterior- la cifraba en la "generalizada aceptación de un esquema didáctico pasivo y memorista según el cual el estudiante tiene como misión aprender la doctrina sobre el texto académico y el derecho sobre el texto legal" (p. 107)

son- los profesores y los estudiantes de nuestras Facultades de Derecho. Me limito a señalar dos diferencias muy notables que se pueden observar cuando uno compara desde esta perspectiva nuestras Facultades de Derecho con los centros de enseñanza que, en opinión de muchos, más se aproximan al modelo de concepción del Derecho sugerido: las grandes escuelas jurídicas en los Estados Unidos[6]. Una de esas diferencias es que allí no parece existir la feroz compartimentalización de las áreas jurídicas -y que se hayan rebautizado de "departamentos" no cambia las cosas- que aquí padecemos, lo que sin duda tiene que ver con el protagonismo que allí se atribuye al estudio de los casos, a la resolución de problemas: un -cualquier- problema jurídico mínimamente interesante involucra necesariamente cuestiones de diversas ramas de Derecho sustantivo, al igual que de Derecho procesal, de teoría del Derecho…Dicho de otra manera, la formación estándar de un profesor de Derecho entre nosotros está absurdamente limitada a una determinada materia jurídica (lo está desde el punto de vista de la bibliografía que utiliza ese profesor -raramente va a tener en cuenta lo escrito por quienes pertenecen a otras áreas-, las revistas en las que escribe, los foros jurídicos que frecuenta, el contexto de cultura jurídica, en definitiva, en que se ha formado), lo que, simplemente, le impide tener una visión suficientemente amplia -y adecuada- del Derecho. Y la diferencia, por lo que hace a los estudiantes, es que los de nuestras Facultades no han tenido realmente que pasar por ningún sistema de selección mínimamente riguroso, al tiempo que –además- son también menos maduros, puesto que en los Estados Unidos los estudios de Derecho no son los primeros que aborda un estudiante universitario, esto es, no son estudios de grado, sino de postgrado.

Pensar que la (necesaria) reforma de la enseñanza del Derecho depende fundamentalmente o de manera muy destacada de la reforma de los planes de estudio es, muy probablemente, una idea equivocada. En la Introducción a un volumen que efectivamente puede considerarse -en palabras de su editor- como "la más completa colección de reflexiones sobre la enseñanza del derecho que se ha publicado en España"[7], Francisco Laporta señala, yo creo que con toda razón, lo equivocado que es "confundir el problema de la enseñanza del derecho con el problema de los planes de estudio". E ilustra esa idea con una mordaz pero certera referencia a la situación de entonces (a comienzos del siglo XXI), que sigue siendo en lo esencial la misma que hoy tenemos:

"Los planes de estudio pueden cambiar muchísimo sin que por ello cambie casi nada la enseñanza del derecho. De hecho, esto ha ocurrido históricamente con cierta frecuencia (…) A pesar de la nueva denominación de las materias, se procede a enseñar el derecho exactamente igual que antes. Lamento tener que decir, además, que si la competencia del profesorado para reflexionar sobre la enseñanza del derecho es la misma que tiene para llevar a cabo reformas en los planes de estudio el panorama no puede ser más desolador. Apenas es preciso recordar el triste espectáculo que dieron tantos profesores en el

[6] Sobre esto es útil consultar el libro de Lluis Peñuela i Reixach, *La docencia y el aprendizaje del Derecho en España. Una perspectiva de Derecho comparado*, Maracial Pons, Madrid-Barcelona, 1996.
[7] *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid,* nº 6, correspondiente a 2002.

proceso de reforma de los planes de estudio que ha llevado a la situación actual. Ninguna altura de miras, ninguna reflexión general, ninguna consideración más allá de los propios intereses" (p. 15).

La conclusión a la que Laporta llega es que "[l]os planes de estudio, si son algo importante (que hay muchos que lo dudan y no pocos que lo niegan) son seguramente lo último en que tenemos que parar mientes" (p. 15). Entre otras cosas, añadiría yo, porque no sería nada difícil, para una comunidad de juristas que deliberara aproximadamente siguiendo las reglas del discurso racional, ponerse de acuerdo a la hora de fijar las materias básicas -y sus contenidos esenciales- que debería cursar quien pretendiera formarse como un jurista.

Y con ello llegamos a la cuestión de cómo enseñar Derecho, qué método o qué métodos son los más adecuados y, en consecuencia, qué es lo que tendríamos que hacer para cambiar los que ahora suelen seguirse. Pues bien, si antes sugería que esta era la menos relevante de todas ellas, se debía a estas dos razones. La primera es que elaborar un método de enseñanza del Derecho no significa mucho más que extraer las conclusiones a las que necesariamente conducen las anteriores respuestas. Si partiéramos de que la institución encargada de la formación de los juristas guía su actividad siguiendo la concepción de que el Derecho es una práctica social, y si esa institución contara con profesores que, asumiendo esa idea rectora, trataran de enseñar a estudiantes motivados y bien preparados los contenidos teóricos y las capacidades prácticas (como luego diré, esencialmente argumentativas) necesarias para desenvolverse en esa práctica (o en algún sector de la misma), me parece que la manera como habría que proceder para ello -la práctica docente- estaría ya dada, al menos en sus rasgos fundamentales.

Y la otra razón es que ese método (digamos, la especificación técnica de lo anterior), ya existe. Para decirlo rápidamente, no podría ser otra cosa que el llamado "método socrático", establecido en las grandes escuelas de Derecho de los Estados Unidos desde finales del siglo XIX, y que entre nosotros ha sido explicado magistralmente (poniendo de relieve tanto sus aspectos más positivos, como sus debilidades, que también las hay) por Juan Antonio Pérez Lledó[8]. No voy, por ello, a entrar aquí en ningún detalle sobre su funcionamiento, pero sí me interesa destacar dos de los aspectos señalados por este autor.

El primero es que no se trata de un método que sólo pueda aplicarse en sistemas jurídicos de *common law*, ni tampoco, por cierto -esto último es todavía más frecuente pensarlo-, que exija un número muy reducido de estudiantes para que pueda utilizarse fructíferamente. No es así. El método puede funcionar muy bien en clases bastante

[8] En varios trabajos: "La enseñanza del Derecho en los Estados Unidos", en Doxa nº 12, 1992*; El movimiento Critical Legal Studies ,* Tecnos, Madrid, 1996, cap.II; "Teoría y práctica de la enseñanza del Derecho", en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, nº 6, 2002. Aquí voy a tener en cuenta sólo el último de ellos que -según Laporta- "es quizá la única aportación hecha en España que diseña minuciosamente una propuesta global nueva de enseñanza del derecho." (p. 24).

numerosas, porque de lo que depende su éxito, fundamentalmente, es de la calidad y preparación previa -previa a la clase- de los estudiantes (y, obviamente, también de los profesores). Y, como dice Pérez Lledó, en países como España -insertos en la tradición del *civil law*- podría perfectamente utilizarse "si lo 'traducimos' a nuestra situación con las necesarias adaptaciones". Esa traducción -sigue Pérez Lledó- es posible por estas dos razones. La primera es que también en países como el nuestro la jurisprudencia de los tribunales tiene una gran importancia práctica, y de ahí que debiéramos tomárnosla -en los procesos de aprendizaje del Derecho- mucho más en serio de lo que solemos hacer. Y la segunda -y creo que más importante- es que la utilización de ese método no tiene por qué quedar restringida al análisis de casos judiciales. Nada impide utilizar ese método a partir de materiales que no sean tomados de la jurisprudencia, sino que consistan, por ejemplo, en textos legislativos o doctrinales. Y para darse cuenta de eso no hace falta más que recordar que el nombre del método viene del de un filósofo – que, por cierto, no nació en los Estados Unidos, sino en la Grecia clásica- que lo utilizó sin apoyarse en ningún tipo de texto escrito. Lo que, de paso, permite darse cuenta también de que lo esencial aquí no es el carácter oral, escrito o informático del soporte lingüístico; la clave está en poseer -y ayudar a desarrollar en los otros- la capacidad de entender textos complejos, de identificar problemas, de sugerir respuestas a los mismos a través de interpretaciones de esos textos, de encontrar razones en favor y en contra de esas interpretaciones, etc. etc.; habilidades que, naturalmente, no tienen mucho que ver con el hecho de que en la clase se recurra o no al *power point* y a otras "innovaciones pedagógicas" por el estilo, si bien no hay tampoco por qué cerrarse al empleo de tecnologías que pueden facilitar (no sustituir) el trabajo del profesor y del estudiante.

El segundo aspecto -en lo que más énfasis pone Pérez Lledó- consiste en lo siguiente. Él piensa que la enseñanza del Derecho debe plantearse fundamentalmente como una enseñanza de tipo profesional, pero articulada en tres niveles que se corresponden, cada uno de ellos, con una determinada finalidad: cognoscitiva (enseñanza de conocimientos), práctica (capacitación argumentativa) y crítica (educación en fines y valores). Pues bien, lo que le parece más importante subrayar es esto último, el que la enseñanza del Derecho deba basarse en un modelo instrumentalista, si bien tiene que tratarse –nos dice- de "un instrumentalismo para fines y valores moralmente justificados", lo que también llama un "instrumentalismo débil". "El gran déficit del instrumentalismo sociologista norteamericano, el 'realista' y el 'post-realista' que hoy impregna la enseñanza (ya no formalista-clásica) en ese país, es la ausencia de un horizonte valorativo, genuinamente moral, que guíe una *selección* justificada de según qué demandas sociales debemos perseguir con nuestro uso instrumental del Derecho (…) Yo defiendo un instrumentalismo 'moralista' más que 'sociologista' (…) Lo que digo es que el norte de un buen instrumentalismo jurídico no puede consistir en una rendición ni a los *intereses* socialmente vigentes sean cuales sean, ni tampoco a la *moral* social vigente sea cual sea. El norte ha de ser una moral crítica, justificada". Aclara luego que "no hace falta ser un filósofo profesional, ni haber abrazado una 'gran teoría' moral, dominando su contenido, para poder practicar una enseñanza orientada por valores morales y argumentando a su favor". Y concluye identificando esos valores con los del constitucionalismo

contemporáneo: "[E]l uso instrumental del Derecho para hacerlos avanzar no significa 'salirse del juego' del Derecho. *Mis valores y mi propuesta son perfectamente acomodables en los principios y valores de una Constitución como la española de 1978*" (pp. 249, 256 y 261).

3.

Mi tercera idea puede entenderse como un (espero que sano) ejercicio de utopía jurídica. Y es utópico en dos sentidos. Lo es, en primer lugar, porque voy a partir de la hipótesis de que a mediados del siglo XXI (y más adelante) van a seguir existiendo sistemas jurídicos y prácticas jurídicas que, en algunos aspectos, van a ser indudablemente muy distintos a los que hoy conocemos, pero que, no obstante, podremos seguir considerándolos jurídicos; esto es, que el Derecho en cuanto sistema de control social (en el sentido más amplio de esta última expresión) no ha sido sustituido por alguna otra cosa. Estoy pensando obviamente en la posibilidad de que el desarrollo de las ciencias cognitivas en sentido amplio (que incluye tanto la neurociencia como la ingeniería genética o la inteligencia artificial) de lugar a que el control del comportamiento de la gente se realice mediante procedimientos más eficientes que los del Derecho, pero también más temibles, en el sentido de que podrían poner en peligro la permanencia de los valores provenientes de la Ilustración y que hoy han sido asumidos por el constitucionalismo jurídico. Hay toda una tendencia a pensar las sociedades del futuro (y de un futuro bastante próximo) en términos distópicos y en las que, cabría decir, el Derecho tal y como solemos entenderlo ha dejado prácticamente de existir, puesto que la conducta de la gente habría pasado a estar regulada por técnicas no jurídicas (piénsese, simplemente, en lo que puede encontrarse en cualquiera de los episodios de la serie de televisión "Black Mirror"). Y de ahí que seguir contando con el Derecho en el futuro (un Derecho articulado en torno a los valores de igualdad, dignidad y libertad) tenga un carácter que bien puede calificarse de utópico.

Y el otro sentido en el que lo que aquí voy a sugerir también merecería ese calificativo de utópico se refiere a la institución universitaria y a su capacidad de cambio para poder seguir siendo -o para ser- el centro de la formación de los juristas de mediados del siglo XXI. Voy a suponer, por lo tanto, que esa institución -al cabo de unas pocas décadas- se ha transformado o está en vías de transformarse para superar todas las disfuncionalidades a las que al comienzo me refería. ¿Cómo habría entonces que plantear la formación de un jurista, partiendo de esas dos hipótesis favorables?

Hace ya mucho tiempo que Ortega y Gasset, en su luminoso escrito *Misión de la universidad*[9], señaló cuáles eran las tres funciones que debía cumplir la universidad: transmisión de la cultura; enseñanza de las profesiones (intelectuales); investigación científica y educación de nuevos hombres de ciencia. Y es frecuente también, cuando se

[9] José Ortega y Gasset, Misión de la Universidad, ed. de Santiago Fortuño Llorens, Cátedra, Madrid, 2015.

discute sobre los modelos que existen o que podrían existir de universidad, partir de una tipología construida sobre la base de privilegiar alguna de esas tres finalidades; de hecho, Ortega pensaba que la fundamental era la primera de ellas, la transmisión de cultura. Pues bien, después de la Ilustración parece haber habido en el mundo occidental instituciones universitarias que responderían, aproximadamente, a cada uno de esos tres modelos: la universidad educadora, la universidad profesional y la universidad científica. Si el problema lo viéramos desde la perspectiva no de la universidad en su conjunto, sino de sus Facultades de Derecho, no cabe duda de que cada uno de esos modelos exigiría, como escribe Francisco Laporta, "una Facultad de Derecho diferente" (p. 16). Pero en realidad no parece que podamos -que debamos- prescindir de ninguna de esas tres finalidades. La formación de un jurista -entendida la expresión "formación" en un sentido suficientemente amplio- requiere prestar atención a esas tres dimensiones. De lo que se trata, en otras palabras, es de entender bien esas funciones y de combinarlas de manera adecuada en el marco de una institución, la universidad, que tendría que estar organizada precisamente para la obtención de esos tres fines y no sólo de uno o de algunos de ellos.

Creo que por cultura jurídica podemos entender aquí el conjunto de ideas -en el sentido más amplio de la expresión- que se han ido desarrollando en el contexto de las diversas prácticas jurídicas a lo largo de mucho tiempo -desde que ha habido ordenamientos jurídicos- y que forman parte obviamente de la cultura general. Algunas de ellas -como las ideas de contrato, de propiedad, de jurisdicción, de ley, de ilícito, de derechos y deberes, de norma, de justicia, de interpretación, de derechos humanos, de Estado de Derecho…- no son peculiares de ningún sistema jurídico (de ninguna cultura jurídica) en particular y constituyen elementos indispensables en la formación de cualquier persona culta. Mientras que muchas otras -en donde hay que incluir las que podrían considerarse como desarrollos de las anteriores, pero no sólo- son peculiares de las diversas prácticas jurídicas existentes (incluidas las prácticas teóricas): consisten en una serie de técnicas, distinciones, habilidades intelectuales, contenidos informativos…encaminadas hacia la resolución de problemas jurídicos, específicamente jurídicos. Ahora bien, una y otra -la cultura jurídica general y la especializada o técnica-, no están separadas del conjunto de la cultura de una época que, por lo demás, incluye no únicamente la cultura "de letras", sino también la de "ciencias"[10]. Y eso quiere decir que para manejar de la mejor manera posible los elementos de la cultura jurídica (incluyendo los tecnicismos más específicos que podamos imaginarnos) se necesita -o es muy conveniente- contar con una amplia formación en ámbitos que, en principio, parecerían caer muy lejos del Derecho: desde la literatura a la estadística, la lógica o la informática, desde las ciencias cognitivas a la filosofía moral y política. Obviamente, no es posible que un jurista pueda adquirir una formación profunda en todos esos campos, pero sí que debería tener cierta familiaridad con todos -o con muchos- de ellos; que dominar los aspectos metodológicos de la cultura específicamente jurídica; y que conocer suficientemente los contenidos fundamentales del Derecho positivo (en nuestro caso, el español), lo que significa mucho más que conocer las normas de origen estatal; el

[10] La referencia obvia es Peter Snow: *Las dos culturas y un segundo enfoque*, Alianza Editorial, Madrid, 1987.

pluralismo jurídico constituye un aspecto fundamental de la realidad jurídica de nuestro tiempo, de manera que al Derecho español, por ejemplo, pertenece también el Derecho infraestatal y el supraestatal.

Ser un jurista culto en el sentido que acabo de dibujar no asegura que se esté también en condiciones de poder desempeñar con éxito alguna determinada profesión jurídica. Pero sí que parece una condición necesaria para ello. Cuando se ha adquirido la anterior formación -pero no antes- es cuando merece la pena iniciar un periodo de especialización en uno o en varios campos jurídicos. Aquí es muy importante tener en cuenta la creciente volatilidad de los materiales jurídicos, la gran diversidad de profesiones jurídicas existentes, el surgimiento constante de nuevas problemáticas -nuevas especialidades-, lo que, sin duda, va a tener lugar en el transcurso de una vida profesional, y la necesidad -o el deseo- al menos de muchos profesionales del Derecho de no permanecer todo el tiempo en un mismo campo de especialización.

Y, en fin, las dos anteriores funciones (transmitir cultura jurídica y educar para ejercer una profesión jurídica) presuponen la existencia de un saber jurídico debidamente organizado que suministre los inputs necesarios para ello, para asegurar que pueda llevarse a cabo sobre bases adecuadas. Entre nosotros, como es sabido, ese saber jurídico está constituido muy fundamentalmente por lo que llamamos dogmática jurídica, pero eso plantea ciertas disfuncionalidades. Una es que -como antes decía- la formación del jurista requiere -y lo requerirá todavía más en el caso del jurista de mitad del siglo XXI- de una gran apertura cultural, de manera que, además de la dogmática tradicional, habría que contar con disciplinas que estudian el fenómeno jurídico desde una perspectiva más general (como el Derecho comparado y la teoría del Derecho), al igual que con muchas ramas de las humanidades, de las ciencias formales y de las tecnologías, de las ciencias naturales (antes hacía referencia al nuevo paradigma de las ciencias cognitivas que también afecta al Derecho) y, desde luego, de todas las ciencias sociales (historia, antropología, sociología, economía…). Y la otra disfuncionalidad tiene que ver con que la manera usual de concebir y de elaborar la dogmática jurídica entre nosotros no resulta muy satisfactoria. Para decirlo muy rápidamente, la formación adecuada del jurista necesitaría de una dogmática menos formalista que la que tenemos, más abierta hacia otras disciplinas, menos volcada hacia los contenidos y más hacia los aspectos metodológicos y valorativos, y, aunque pueda parecer paradójico, más pragmática de lo que es, con lo cual quiero referirme no a un pragmatismo de cortos vuelos, sino a una forma de concebir el Derecho que da primacía a la práctica, pero entendida esta última expresión en el sentido en el que tradicionalmente se ha hablado de razón práctica[11].

[11] En mi libro *Filosofía del Derecho y transformación social*, Ed. Trotta, Madrid, 1917 (cap. VII) he defendido la idea de que la dogmática jurídica tendría que verse como una tecno-praxis, esto es, una combinación de técnica social y filosofía práctica

4.

La cuarta idea se refiere a la forma en que podría hacerse encajar todo lo anterior con la más o menos tradicional articulación de los estudios universitarios en tres ciclos. Lo que a mí se me ocurre al respecto es lo siguiente.

El primer ciclo, el ciclo básico de formación jurídica, debería ser largo y no especializado. Con ello no quiero decir que deba consistir en aprender "generalidades" (lo que a veces, inexactamente, se llama una formación teórica) y desentenderse de la práctica del Derecho (¡pero cómo va a ser posible una buena práctica sin una buena teoría!), sino que no debe estar centrado en el aprendizaje de ninguna profesión jurídica en particular, sino, cabría decir, en todas ellas. Para lo cual resulta indispensable contemplar el Derecho en el contexto del conjunto de la cultura de una época. Es más, me parece que constituiría una excelente idea diseñar una primera parte de ese ciclo (uno o dos semestres) contando con que los asistentes no fueran únicamente los futuros juristas profesionales, sino también estudiantes (en particular, de ciencias sociales y de humanidades, pero no veo razón para que no estuvieran interesados en ello igualmente los estudiantes de tecnologías o de ciencias de la naturaleza) que quisieran adquirir una cierta cultura jurídica. No creo tampoco que tuviera que haber muchas asignaturas opcionales, pues de lo que se trataría -como antes lo indicaba- sería de ponerse de acuerdo (un acuerdo que tendría que incluir a todas las universidades españolas: ya advertía también de que el proyecto era utópico) en ciertos contenidos básicos que deberían seguir los programas, al igual que en poner el acento en los aspectos metodológicos y en la necesidad de apertura de la cultura jurídica hacia el resto de la cultura. El final de ese ciclo tendría que ser un examen que tuviera más o menos las características que hoy tiene el que deben pasar los licenciados en Medicina para ingresar en el sistema MIR: el mismo examen final y global para todos -para todos los estudiantes de cualquier universidad española- con preguntas dirigidas a comprobar que se poseen los conocimientos básicos en relación con los contenidos fijados según lo antes dicho, y con alguna pregunta (un comentario a una sentencia, una interpretación de algún texto legislativo o doctrinal…) dirigida a asegurar que se poseen las capacidades metodológicas a las que también he hecho referencia. Ese sistema, yo creo, sería una forma bastante fehaciente de acreditar la calidad de las respectivas Facultades y de "racionalizar" los muy diversos planes de estudio hoy existentes. Y además introduciría –me parece- un importante componente de justicia institucional y geográfica, en el siguiente sentido. Es difícil pensar que una Facultad de Derecho de una universidad periférica pueda competir en condiciones de igualdad con otra radicada -pongamos por caso- en Madrid (donde tiene su sede el tribunal supremo, los ministerios, los grandes bufetes de abogados…), si de lo que se trata es de ofrecer un curso de especialización en muchas profesiones jurídicas (o en aspectos de esas profesiones): simplemente las oportunidades para captar tanto profesores capacitados –juristas con experiencia en ese campo- como estudiantes interesados en seguirlo son manifiestamente muy desiguales. Pero creo que esa Facultad de Derecho "periférica" sí que podría ofrecer una excelente formación básica, e incluso hacerlo en mejores condiciones, puesto que podría aprovechar algunas ventajas

comparativas relacionadas con el tamaño del centro, la relación profesor-estudiante, el costo de vida…

Lo anterior, por cierto, no quiere decir que esa Facultad tuviera que renunciar por completo a ofrecer cursos de carácter especializado y que pudieran resultar atractivos para estudiantes que no fueran exclusivamente los que hubieran cursado en ella el ciclo de formación básica; la falta de movilidad por parte de los estudiantes (y de los profesores) es uno de los males de nuestro sistema universitario. Pero parecería razonable que se tratara de una oferta reducida (desde el punto de vista cuantitativo), que aprovechara alguna circunstancia favorable que siempre se dará: por ejemplo, la existencia de algún grupo de investigadores destacados en algún sector jurídico o incluso la ubicación geográfica de la institución.

Y con ello hemos pasado a la segunda fase de formación, la de carácter profesional, y que estaría abierta únicamente a quienes hubiesen superado el ciclo de carácter formativo. El centro ahora tendría que ser el aprendizaje de alguna profesión jurídica en particular, pero también la especialización en el marco de una de esas profesiones, sin descartar -por supuesto- la organización de cursos de actualización del conocimiento y de otros que bien podrán tener un carácter transversal: su especificidad en este último caso sería más bien de tipo metodológico. A diferencia del anterior ciclo, lo que tendría que haber ahora es una gran variedad de cursos, muchos de los cuales las universidades -las Facultades de Derecho- tendrían que organizarlos teniendo muy en cuenta a los juristas prácticos, a los profesionales, que, por lo demás, podrían obtener también (ellos y el conjunto de la profesión) un considerable provecho con su vinculación a la universidad. Y, desde luego, tampoco podrían prescindir de profesionales o expertos que no sean juristas en sentido estricto: el “mestizaje” en el mundo de las profesiones parece una tendencia imparable y probablemente será aún más acusada a mitad del siglo XXI. Los estudiantes de este segundo ciclo podrían disponer entonces de una amplia y flexible oferta que les permitiera diseñar una gran diversidad de perfiles profesionales, lo que previsiblemente resultará cada vez más conveniente, por no decir necesario.

El diseño del tercer ciclo -estudios de doctorado- presenta, en mi opinión, una gran dificultad. Desde luego, no creo que las cosas puedan mejorar significativamente mientras sigan existiendo instituciones como la ANECA o las escuelas de doctorado en el interior de cada universidad: se trata de organismos realmente disfuncionales o, todavía peor, que cumplen funciones directamente negativas, puesto que ejercen un control meramente burocrático y que resulta contraproducente en muchos aspectos. Mi experiencia con la escuela de doctorado de mi universidad es que sólo sirve para poner dificultades en muchas ocasiones ridículas a quienes quieren hacer una tesis de doctorado y, desde luego, no se plantea como objetivo captar buenos estudiantes y lograr que se lleven a cabo investigaciones de calidad. De acuerdo con lo que antes indicaba, esos estudios tendrían que estar encaminados a la realización de investigaciones que puedan suministrar una base sólida para el desarrollo de la cultura jurídica y para la mejora de las profesiones. Pero ese tipo de pensamiento jurídico sólo puede florecer si se dan ciertas condiciones

que no son tan fáciles de crear. Por ejemplo, se necesitaría contar con instituciones -las Facultades de Derecho y otros foros de discusión jurídica- que contribuyeran a la conformación de verdaderas comunidades de investigación[12], en las que las ideas jurídicas -no me refiero sólo a las de carácter más general- puedan ser sometidas a una crítica verdaderamente racional; o sea, comunidades que se rigieran por lo que normalmente llamamos las reglas del discurso racional. Y hoy por hoy, me temo, una comunidad de ese tipo está muy lejos de existir. Ello es lo que explica, por ejemplo, que sea muy cuestionable que en el campo de los estudios jurídicos exista algo parecido al progreso que puede observarse en el de las distintas ciencias. Y no me refiero con ello a la famosa crítica del fiscal von Kirchmann de mitad del siglo XIX, basada en el carácter mutable del objeto de estudio, del Derecho positivo, lo que le llevaba a la conocida afirmación de que "tres palabras rectificadoras del legislador convierten bibliotecas enteras en maculatura"[13]. Hoy sabemos, por lo demás, que la "vigencia" de los trabajos de investigación en muchos campos científicos es verdaderamente efímera: unos pocos años, cuando no meses. Pero la diferencia con lo que ocurre en el Derecho es que aquí la pérdida de vigencia no tiene lugar por superación, sino por superfluidad: no porque un nuevo trabajo sobre tal problemática jurídica supere a los anteriores, esto es, los incluya, por así decirlo, y vaya más allá de ellos; lo usual es más bien que ese nuevo trabajo se desentienda de los otros (o de muchos otros: típicamente, de los no producidos en el estrecho ámbito abarcado por una disciplina dogmática o, peor aún, por una de las orientaciones existentes en el interior de esa dogmática), no aproveche el arsenal conceptual o de otro tipo ya existente y que permitiría tratar más adecuadamente esa problemática. Hay muchos ejemplos que hoy podrían ponerse de ello y que explican, entre otras cosas, la falta de una verdadera vida intelectual en el interior de nuestras Facultades de Derecho; quiero decir, de una vida intelectual que vaya más allá de los límites de una determinada área de Derecho o de un grupo de investigación. ¡Ojalá que desde ahora hasta la mitad del siglo XXI las cosas cambien en este aspecto tanto como sería deseable que lo hicieran! ¡Ojalá que seamos capaces de superar pronto el autismo intelectual en el que casi todos los juristas académicos viven hoy en nuestro país y que tanto daño hace para el desarrollo de un verdadero pensamiento jurídico!

5.

La última idea tiene que ver con mi condición de filósofo del Derecho. Lo que me propongo es ofrecer algo parecido a una respuesta a la pregunta de qué es lo que puede aportar la filosofía del Derecho a la formación del jurista de mitad del siglo XXI. Sobre esta

[12] En el libro antes citado (en la nota 4), Carlos Peña hace referencia a la importancia de favorecer la creación de comunidades académicas para mejorar la enseñanza del Derecho (p. 56). Y recuerda que por cultura jurídica debe entenderse algo más que sistema de normas en sentido estricto (p. 101)

[13] Julius H. von Kirchmann, *La Jurisprudencia no es ciencia*, trad. y estudio preliminar de Antonio Truyol y Serra, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983.

cuestión (o sobre una muy semejante)[14] he escrito recientemente un par de trabajos, de manera que lo que aquí voy a decir, en muy buena medida, no es más que un resumen de lo allí expuesto o, en todo caso, está inspirado en ello.

Para empezar, creo que hay que reconocer que la situación de aislamiento, de vivir en una burbuja intelectual, se aplica también en el interior mismo de nuestro campo. Cada vez nos conocemos menos entre nosotros, nos leemos menos y nos alejamos más de la idea de comunidad de investigación a la que antes hacía referencia. La enorme dispersión temática existente en los últimos tiempos podría parecer un signo de vitalidad, pero me temo que, sobre todo, lo es de desorientación teórica. Y la enorme diversidad de programas que hoy se cursan bajo el rótulo de "teoría del Derecho" y "filosofía del Derecho" (a diferencia de lo que ocurre con las asignaturas de dogmática) pone incluso en riesgo la pervivencia de una enseñanza seria de la filosofía del Derecho (de los diversos sectores de esa disciplina) en nuestras Facultades de Derecho lo que, en mi opinión, supone también una gran amenaza para la buena salud de la cultura jurídica -y del pensamiento jurídico- en su conjunto. Mi impresión es que la influencia de la iusfilosofía en el conjunto del saber jurídico (en particular, en la obra de quienes elaboran la dogmática del Derecho), que nunca fue considerable en nuestro mundo, tiende a disminuir aún más. Lo que supone una triste ironía puesto que, en las últimas décadas, ha habido un desarrollo de ese tipo de estudios en España que, en muchos aspectos, es más que notable.

En principio, la relevancia de una formación en las materias que suelen incluirse bajo el rótulo de filosofía del Derecho parece innegable. Como antes decía, no podemos estar seguros de que al cabo de unas cuantas décadas siga existiendo lo que solemos entender por Derecho, pero hasta que llegue ese momento (si es que alguna vez llega) será indispensable contar con alguna respuesta a las preguntas básicas de qué es el Derecho, cuáles son sus componentes básicos; cómo podemos conocerlo en sus diversas manifestaciones y qué métodos debemos utilizar para operar en las diversas instancias jurídicas; y qué cabe entender por Derecho justo. Y esa necesidad se vuelve incluso más acuciante de cara a la formación del jurista de mitad del siglo XXI. El contexto de crisis y de profunda desorientación en el que vivimos vuelve aun más importante ocuparse de todo aquello que tiene que ver con los fundamentos de una práctica social de tanta significación como el Derecho. Pero además, las líneas de desarrollo del Derecho que pueden observarse en los últimos tiempos y que, previsiblemente, serán aun más marcadas a mitad del siglo XXI mueven a pensar que lo que tradicionalmente hemos entendido por disciplinas iusfilosóficas serán, y cada vez más, un ingrediente fundamental de la formación de un jurista.

[14] Me refiero al capítulo "¿Tiene un futuro la filosofía del Derecho?", en Una apología del Derecho y otros ensayos; y a mi contribución al libro editado por Guillermo Lariguet y por Daniel González Lagier, *Filosofía. Una introducción para juristas*, Trotta, Madrid, 2022

Así, el aumento y la creciente volatilidad de la normatividad jurídica tendrá que llevar inevitablemente a conceder un peso cada vez mayor a la dimensión metodológica del Derecho. Lo que suele entenderse por teoría del Derecho ofrece al jurista algo así como una red conceptual que le permite apresar ordenadamente el material jurídico. De manera que la regulación jurídica de un determinado sector de la dogmática se aprende tanto más rápidamente y mejor, cuanto mayor sea la formación teórica que se tenga; y me estoy refiriendo a una teoría del Derecho puesta al día y que en muchos aspectos podría ser considerada como la "matemática" del Derecho, por su carácter básico y sumamente estable. Trayendo de nuevo a colación la frase de von Kirchman: "tres palabras rectificadoras del legislador" o de cualquier otra autoridad jurídica pueden, en efecto, volver obsoleta mucha literatura jurídica, pero deja prácticamente incólumes las obras de filosofía del Derecho: el concepto de norma, de laguna, de ordenamiento jurídico, de equidad o de dignidad humana no quedan afectados por ello. Si se quiere decirlo de otra manera: uno de los cambios que ya hoy resulta más perceptible es que el acceso a lo que cabría llamar como el material en bruto del Derecho resulta cada vez menos problemático, o sea, es algo que quedará a cargo (en parte, ya lo está) de las tecnologías de la información, y lo que cada vez resultará más importante, lo verdaderamente crucial en la formación de un jurista, será el manejo de esos materiales para resolver problemas jurídicos; o sea, el tipo de conocimiento que es, precisamente, el que provee la filosofía del Derecho.

Pero sobre esto hay una importante precisión que debe hacerse. Y consiste en que no hay por qué pensar que ese efecto benéfico pueda producirlo cualquier filosofía del Derecho. Obviamente, no es este el lugar para entrar en detalles sobre cuál habría de ser la concepción iusfilosófica que mejor pueda servir para dar cuenta del Derecho y para guiar las diversas prácticas jurídicas. Y, por lo demás, la filosofía del Derecho ha sido siempre una disciplina internamente polémica, y está bien que siga siéndolo. Pero, desde luego, el tipo de orientación iusfilosófica que puede aspirar a jugar un papel en la formación del jurista de mitad del XXI tendría que cumplir con algunos requisitos mínimos: por ejemplo, no podría estar elaborada a espaldas de la experiencia jurídica y de los intereses de los juristas o, dicho de otra manera, los escritos de filosofía del Derecho (los que tendrían que servir como referencia para un curso de esa disciplina en una Facultad de Derecho) deberían estar dirigidos preferentemente no hacia otros iusfilósofos (como suele ocurrir), sino hacia los juristas en general; y eso quiere decir que se necesitaría alcanzar un consenso básico sobre el núcleo temático de la disciplina de lo que depende también, por cierto, que ésta pueda tener un futuro.

A título meramente ilustrativo, parecería que un programa de filosofía del Derecho que resulte atractivo y útil para los juristas tendría que contener los temas más característicos de la teoría del Derecho en sentido estricto (la teoría de la norma y del ordenamiento jurídico, pero también el estudio de las nociones de poder, de función o de institución, y la forma de entender las relaciones entre el Derecho, la moral y la política), al igual que los pertenecientes al campo de la teoría de la ciencia jurídica (teoría de los saberes jurídicos, metodología jurídica, interpretación…) y de la teoría de la justicia (en

donde, además de a la teoría general de la justicia debería dársele un particular relieve a la deontología de las profesiones jurídicas). Sin olvidarse, desde luego, de la historia de las grandes ideas jurídicas: la lectura de algunos textos -o fragmentos- de los autores clásicos no sólo permite comprender la continuidad de muchos problemas (los más profundos y básicos para el jurista), sino que facilita también con cierta frecuencia la vía para su solución. La filosofía del Derecho -incluyendo su dimensión histórica- no debería ser vista por el jurista como un mero ornato cultural, sino como una parte esencial de su formación.

No me he referido hasta ahora a lo que quizás pueda ser considerado como la mayor contribución en los últimos tiempos de la filosofía del Derecho a la metodología jurídica y que, de acuerdo con lo anteriormente expuesto, tan decisivo resulta para la formación del jurista. Aludo con ello a lo que solemos llamar "teoría de la argumentación jurídica" que se ha venido elaborando desde los años 50 del siglo XX. Algunos piensan incluso que esa teoría tendría que ser el sustituto para lo que tradicionalmente se ha entendido por filosofía del Derecho. Pero esto me parece que no sólo es exagerado, sino equivocado. El Derecho no es sólo argumentación y, en consecuencia, la filosofía del Derecho no puede reducirse a considerar esa dimensión del Derecho, por importante que sea. En todo caso, esa teoría, que es fundamentalmente obra de iusfilósofos, pero su carácter o vocación "transversal" es indudable, está en condiciones de ofrecer a los juristas (no sólo a los jueces y a los aplicadores del Derecho; también a los abogados, a los dogmáticos y a los legisladores) una serie de instrumentos indispensables para actuar en el contexto de todas las prácticas jurídicas, puesto que todas ellas tienen una relevante dimensión argumentativa. En mi opinión, en el estudio de la argumentación jurídica (que no puede ser puramente teórico, sino -al mismo tiempo- práctico) se puede distinguir una parte general y otra especial, de manera más o menos análoga a lo que ocurre con cada una de las dogmáticas. La parte general se centra en el desarrollo del concepto de argumentación, lo que, a mi juicio, requiere tomar en cuenta (e integrar en una unidad compleja) una serie de perspectivas: la formal o lógica, que se traduce en el estudio de las estructura de los diversos argumentos jurídicos (por analogía, *a contrario*, *ad absurdum*, etcétera); la material, que viene a consistir en una teoría de las premisas; y la pragmática, vinculada a los efectos de la argumentación (en donde, a su vez, cabría distinguir -aunque sólo de manera muy relativa- entre una dimensión retórica y otra dialéctica). Y una vez provistos de ese armazón conceptual, la parte especial de la argumentación jurídica consiste en proporcionar una guía para llevar a cabo las tres grandes operaciones argumentativas que se le plantean a un jurista: cómo entender y analizar una argumentación que ha tenido lugar; cómo evaluarla; cómo argumentar[15].

La conclusión de todo lo anterior es que la filosofía del Derecho estaría, en abstracto, en condiciones de contribuir de manera muy significativa a la formación del jurista de mitad del siglo XXI. Pero no está nada claro que eso sea lo que, de hecho, vaya a suceder. La situación actual de las instituciones de las que fundamentalmente depende esa formación no invita precisamente al optimismo.

[15] He desarrollado ese enfoque en mi *Curso de argumentación jurídica*, Ed. Trotta, Madrid, 2013

EL APARENTE CONFLICTO ENTRE JUECES Y REGISTRADORES EN LA INSCRIPCIÓN O ANOTACION DE RESOLUCIONES JUDICIALES

Angel Fredy Pineda Ríos [1]

I.- INTRODUCCIÓN

Durante mucho tiempo se ha tenido la idea errónea de que el tema de la Inscripción o anotación registral de las resoluciones judiciales entraña un conflicto entre los Jueces y los Registradores, limitándose la discusión a si está permitido al Registrador manifestar una negativa o un inconveniente basado en las normas registrales o los antecedentes registrales; sin entrar a analizar casos concretos en los cuales se suscitan tales divergencias a fin de solucionarlos de manera armoniosa, en base al derecho en su conjunto.

En efecto, ha sido práctica usual -que felizmente ya se va desterrando- que el Juez invocara el artículo 4[2] de la Ley Orgánica del Poder Judicial y el artículo 2011 del Código Civil, para no permitir "observación" alguna al Registrador; sin entrar a analizar las razones jurídicas invocadas por este funcionario y responder también con razones jurídicas que justifiquen la inscripción o anotación[3]. Ante esta situación, hasta el propio Registrador se veía obligado a renunciar a la función inescindible de su cargo, es decir a su facultad de calificar los documentos públicos, entre ellos los Partes Judiciales y por ende observarlos[4] en forma justificada, escudándose en que podría ser objeto de denuncia penal y que era suficiente con que se le aperciba con denunciarlo para desistirse de realizar observaciones.

Ciertamente, la jurisdicción implica que el órgano jurisdiccional competente tenga las siguientes facultades:*i) de conocer el conflicto planteado (notio), ii) de obligar a las partes a comparecer a juicio (vocatio), iii) el empleo de la fuerza para el cumplimiento de las medidas ordenadas dentro del proceso coertio),* ***iv) la de poner término al conflicto mediante una decisión definitiva (iudicium)****,* ***v) de ejecutar forzadamente lo resuelto mediante el uso de la fuerza pública (executio)****, vi) de dar categoría de documento auténtico a la Sentencia y a conservar el conjunto de documentos que integran el expediente.*

Sin embargo, como lo explicaremos más adelante, esas mismas facultades (sobre todo la de iudicium) deben ser las que le permitan al Juez disponer con

[1] Juez superior (P) de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque.Ex Registrador Público de Chiclayo.
[2] Artículo 4 LOPJ.- Toda persona y autoridad está obligada a acatar y dar cumplimiento a las decisiones judiciales o de índole administrativa, emanadas de autoridad judicial competente, en sus propios términos, sin poder calificar su contenido o sus fundamentos, restringir sus efectos o interpretar sus alcances, bajo la responsabilidad civil, penal o administrativa que la ley señala.
[3] Existe confusión entre los términos inscribir y anotar registralmente, que sin embargo consideramos que tanto el Código Civil como Procesal Civil si lo han distinguido y que en su memento lo precisaremos.
[4] Observar, en términos registrales es la posibilidad de poner en conocimiento algún impedimento o la falta de algún requisito para realizar la inscripción o simplemente la solicitud de una aclaración que realiza el Registrador.

el debido fundamento fáctico y jurídico, las inscripciones, como parte de la Tutela Judicial efectiva en su fase de ejecución.

El objetivo de este estudio es en primer lugar analizar y comprender, conforme a la normatividad vigente y a la doctrina especializada, los alcances y límites existentes para la inscripción y la anotación de las resoluciones judiciales y en segundo lugar, ver algunos casos concretos en los cuales puede considerarse que existe divergencia entre ambos profesionales y la forma en la cual puede llegar a superarse, acudiendo a las normas propias de cada caso y a la experiencia tanto en el ámbito judicial como registral.

II.- DIFERENCIA EN LA CALIFICACIÓN DE RESOLUCIONES JUDICIALES PARA INSCRIPCION O ANOTACIÓN REGISTRAL

El texto original del artículo 2011 del Código Civil de 1984 señalaba -en términos generales para todo tipo de documentos, incluidos los judiciales- que: *"Los registradores **califican** la legalidad de los documentos en cuya virtud se solicita la inscripción, la capacidad de los otorgantes y la validez del acto, por lo que resulta de ellos, de sus antecedentes y de los asientos de los registros públicos."*

Posteriormente el Código Procesal Civil vigente desde 1993 añadió al citado artículo 2011 del Código Civil, el siguiente texto:

*"**Lo dispuesto en el párrafo anterior**[5] no se aplica, bajo responsabilidad del registrador, cuando se trate de parte que contenga una resolución judicial que ordene la inscripción. De ser el caso, el registrador podrá solicitar al juez las aclaraciones o información complementaria que precise, o requerir se acredite el pago de los tributos aplicables, sin perjudicar la prioridad del ingreso al registro".*

La pregunta que surgió, a partir de dicha norma agregada es: ¿quién entonces **califica** lo indicado en el primer párrafo respecto de las resoluciones judiciales?

Como puede verse, el segundo párrafo añadido en el artículo 2011 del Código Civil resulta incoherente si se tiene en cuenta que el Estado brinda el servicio oficial del registro y la calificación la hace un profesional del derecho (Registrador) a nombre del estado. En todo caso, si es el Registrador no califica los documentos judiciales, en cuanto a su legalidad, la capacidad de los otorgantes, la validez del acto, de los antecedentes y asientos del registro, le corresponderá directamente al juez asumir dicha calificación (al interior del proceso judicial) en cada uno de los puntos indicados, siendo de su

[5] Es decir la calificación

responsabilidad la aplicación de las normas sustantivas y procesales, de las normas registrales de conformidad con el artículo 2009[6] del Código Civil, además de aplicar los principios registrales de publicidad, legitimación - Intangibilidad, buena fe registral, tracto sucesivo, prioridad e incompatibilidad, entre otros, descritos en los artículos 2012 al 2017 del Código Civil.

No obstante lo indicado, el Registrador no debe renunciar a su función de calificación cuando se trate de resoluciones judiciales pues deberá agotar la explicación de los posibles obstáculos para la inscripción, proporcionando todos los antecedentes registrales de las inscripciones y archivos que sean necesarios para la comprensión integral del juez de todos los aspectos que entrañan dicha orden de inscripción, no buscando el facilismo de esperar solamente que el juez le ordene imperativamente "bajo apercibimiento" que proceda a la inscripción y alegar que no tuvo más remedio que ceder a una inscripción con la que no está de acuerdo. A modo de ejemplo citamos un caso[7] respecto de la constitución de hipoteca sobre un supuesto lote 11 de una manzana A, que estaba proyectado en una lotización y que finalmente no llegó a existir pues sólo se hicieron 10 lotes en por cada manzana y en total 10 manzanas. El acreedor llegó a realizar el remate y el adquiriente pretendía que se le inscriba como propietario del supuesto lote 11 de la manzana A, por lo que el Registrador hizo todo el esfuerzo de explicarle al Juez que no podía cumplir la orden y ante la falta de comprensión del Magistrado, finalmente le envió copias de la lotización realizada, en la que se indicaba el área que ocupaban el total de los lotes de las 10 manzanas, la suma de las pistas y veredas, las áreas verdes, las áreas de aporte, etcétera, convenciendo así finalmente al Juez que no existía el lote materia de ejecución ni área libre restante en el cual pudiera estar ubicado, no insistiendo el Juez en la inscripción.

Por otro lado, conforme al propio texto del artículo 2011 Código Civil, **la limitación en la calificación** del Registrador a las resoluciones judiciales, debe circunscribirse solamente a las INSCRIPCIONES propiamente dichas, las mismas que se diferencian de las **ANOTACIONES PREVENTIVAS.** En efecto, es momento de precisar que las **INSCRIPCIONES DE RESOLUCIONES JUDICIALES** en estricto, deben ser respecto de derechos declarados en forma definitiva por el Poder Judicial producto de una sentencia o resolución firme (consentida o ejecutoriada), en el que los **asientos registrales** han sido materia de debate al interior del proceso, como temas propios (nulidad de asientos registral) o en forma dependiente del derecho sustantivo que le dio

[6] **Artículo 2009.- Régimen legal de los registros**
Los registros públicos se sujetan a lo dispuesto en este Código, a sus leyes y reglamentos especiales.
Quedan comprendidos en el párrafo anterior los registros de naves, de aeronaves, de prenda agrícola y los demás regulados por leyes especiales.

[7] Narrado por el propio Juez civil en un encuentro Registral Judicial realizado en la ciudad de Chiclayo.

origen a la inscripción (por ejemplo: Nulidad del acto jurídico de compra venta, que origina la Cancelación del Asiento Registral de compra venta.

En ese misma línea de pensamiento, el especialista en Derecho Registral Jorge Ortiz Pasco[8], refuerza la posición antes descrita citando al profesor argentino Moisset, quien respecto de nuestra polémica norma expresó lo siguiente: *Además, el artículo 2011 restringe la limitación a los casos en que se ordene un asiento de inscripción, razón por la cual, si tomamos este vocablo en su sentido técnico preciso, podemos llegar a la conclusión de que las facultades calificadoras del registrador peruano no sufren ninguna restricción cuando el documento judicial peticiona u ordena una anotación, como es el caso de las medidas cautelares. A nuestro criterio esta interpretación de la norma resulta armónica dentro del sistema jurídico en que se encuentra inserta, consagrando la primacía de las órdenes judiciales, cuando ellas tienen por finalidad una inscripción, y admitiendo que en los restantes documentos el registrador ejercite las facultades de calificación que le impone la ley para salvaguardia de la seguridad jurídica, examen que en manera alguna menoscaba el poder de imperium del magistrado.*

III.- LAS ANOTACIONES PREVENTIVAS DE RESOLUCIONES JUDICIALES

El propio Código Procesal Civil, ha sido claro al establecer hasta 04 figuras básicas, que constituyen anotaciones preventivas[9], respecto de los cuales el Registrador no estaría impedido por el artículo 2011 del Código Civil para calificar integralmente el Parte judicial y de ser el caso, formular observaciones dirigidas al Juez, a fin de que sean subsanadas jurídicamente y teniendo en cuenta además los antecedentes registrales.

Así tenemos las siguientes anotaciones preventivas:

1.- Embargo de inmueble no inscrito.-

Un caso excepcional lo constituye el artículo 650 del Código Procesal Civil al permitir el embargo de inmueble sin inscripción registral, señalando:

- cuando se trata **de inmueble no inscrito**, la afectación puede limitarse al bien mismo, … debiendo nombrarse necesariamente como depositario al propio obligado… pero deberá conservar la posesión inmediata.
- el juez a pedido de parte, dispondrá la inmatriculación del predio, **sólo para fines de la anotación de la medida cautelar.**

Con esta posibilidad de inmatriculación basada en una medida cautelar de un bien no inscrito, se deroga la prohibición anterior que existía en el Reglamento

[8] ORTIZ PASCO Jorge, Tesis denominada LA CALIFICACION REGISTRAL: ¿Dónde estamos?, para optar el grado de Maestro en Derecho de los Negocios, en la Facultad de Derecho de la UPSMP, ubicada en: https://repositorio.usmp.edu.pe/handle/20.500.12727/6290

[9] Diferentes a Inscripciones registrales.

del Registro de Predios y se permite abrir una Partida registral especial contraviniendo el PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD registral contenido en el Reglamento General de los Registros Públicos de que *"Por cada bien o persona jurídica se abrirá una partida registral independiente, en donde se extenderá* ***la primera inscripción*** *de aquéllas así como los actos o derechos posteriores relativos a cada uno."*

Esta medida rompe los esquemas de la inscripción registral, pues en base al principio antes indicado, se debería inmatricular o inscribir por primera vez un inmueble con características determinadas (terreno, construcción, etcétera) a nombre de un determinado propietario indicando la forma de su adquisición, si lo ha hecho originariamente o siguiendo determinado tracto. Es decir, que en el caso de Anotación de embargo "sobre bien inmueble no inscrito", sin cumplir dicho requisito de inmatriculación previa, se abre una Partida registral con el embargo mismo, corriendo el peligro de generar duplicidad (parcial o total) de partidas registrales, pues el inmueble embargado generalmente es un área menor que forma parte de un área mayor que se encuentra a nombre de un titular registral formal, que posiblemente no está enterado del proceso, no siendo suficiente la búsqueda registral a nombre del deudor demandado, pues al no tener el tracto regularizado o ser un simple posesionario, es más que seguro que no aparezca en el Registro como propietario, por lo que se hace necesario una búsqueda catastral más exhaustiva (en base al propio inmueble), a fin de no crear falsas expectativas al acreedor demandante, pues al momento de rematar el bien o pretender su inscripción luego de un remate tedioso, vendrán los problemas con el verdadero propietario del bien.

2.-Embargo de inmueble inscrito a nombre del deudor.-

Al respecto LEDESMA NARVÁEZ[10], señala: *"El embargo en forma de inscripción se orienta a inmovilizar jurídicamente los bienes del deudor para evitar que estos se dispersen. En el caso específico del embargo en forma de inscripción, el bien está registrado y por tanto, en atención al principio de publicidad, se pone en conocimiento erga omnes la afectación del bien por un monto determinado. Ello no impide la transferencia del bien, solo comunica la existencia de la medida cautelar, de tal manera que, quien lo adquiere asume los efectos jurídicos de dicha medida."*

Esta clase de embargo está contemplado en el artículo 656 del Código Procesal Civil que señala: *"tratándose de bienes registrados, la medida puede ejecutarse inscribiéndose el monto de la afectación,* ***siempre que ésta resulte compatible con el título de propiedad ya inscrito"***, es decir, en este caso el juez para dictar una decisión cautelar, previamente debe haber constatado la

[10]LEDESMA NARVÁEZ, Marianella, "Comentarios al Código Procesal Civil", Tomo III, Editorial Gaceta Jurídica, Primera Edición, Lima 2008, página 234.

compatibilidad de la medida cautelar con la inscripción del título de propiedad pre existente (del deudor) y si no coincide, no podría seguir insistiendo en la anotación, pudiendo el Registrador negarse justificadamente a realizar la anotación preventiva.

3.- Embargo de inmueble inscrito a nombre de tercera persona (artículo 650 segunda parte del CPC).-

Esta norma señala que *"También **en caso de que se acredite, de modo fehaciente que el bien pertenece al deudor y se encuentra inscrito a nombre de otro**; deberá notificarse con la medida cautelar a quien aparece como titular en el registro; la medida se anotará en la partida respectiva; la subasta se llevará adelante una vez regularizado el tracto sucesivo registral."*

Este es el único caso en el que no se advierte compatibilidad entre la resolución judicial que ordena el embargo, respecto al propietario inscrito, pese a lo cual si se permite realizar el embargo. En efecto, si se conoce fehacientemente que el deudor demandado es el propietario que ha adquirido el inmueble del propietario inscrito y aún no ha registrado su dominio, el Juez puede disponer la anotación preventiva del embargo, con cargo a que se regularice la inscripción a fin de rematar el bien. En este punto, podría añadirse que no necesariamente el deudor adquiriente del inmueble podría regularizar la inscripción, sino esencialmente el acreedor, pues es a él a quien le interesa tal registro a fin de sanear el embargo inscrito y luego pasar a la etapa de remate del bien.

4.- La anotación de demanda, contemplado en el artículo del 673 Código Procesal Civil que señala expresamente:

- cuando la pretensión discutida en el proceso principal está referida a derechos inscritos, la medida cautelar puede consistir en la anotación de la demanda en el registro respectivo.
- el registrador cumplirá la orden por su propio texto, **siempre que la medida resulte compatible con el derecho ya inscrito.**

Ledesma Narváez[11], citando a Palacio Lino señala que *"A través de la anotación de la demanda se busca asegurar la publicidad de los procesos relativos a bienes inmuebles o bienes registrables, frente a la eventualidad que las sentencias que en ellos recaigan hayan de ser opuestas a terceros adquirientes del bien litigioso o a cuyo favor se constituya un derecho real sobre este"* Añade a continuación que: *"Esta medida opera cuando se deduce una pretensión que pudiere tener como consecuencia la modificación de una inscripción en el registro correspondiente, como el caso de la prescripción adquisitiva de dominio. Ella no se halla supeditada a la naturaleza real o*

[11] LEDESMA NARVÁEZ, Marianella, Obra citada, página 290 a 291.

personal de la pretensión deducida sino a la posibilidad que en el supuesto de prosperar sea susceptible de incidir en la situación jurídica del bien con relación a terceros. Esta figura busca la necesaria coordinación entre registro y proceso, como instrumentos al servicio de la seguridad de derecho. Esto implica que solo será posible acudir a la anotación de la demanda como instrumento de publicidad del proceso cuando el resultado del mismo tenga acceso a un Registro Público, esto es, cuando una situación jurídica afectada por un proceso, tenga trascendencia registral".

Al igual que el caso de embargo de bienes inscritos a nombre del deudor demandado (artículo 656 del CPC), la posibilidad de anotación de la demanda, está supeditada al cumplimiento de los requisitos antes indicados y sobre todo a que sea compatible con los antecedentes registrales.

Sin embargo, la compatibilidad en este caso es mucho más amplia pues exige que la pretensión discutida en el proceso principal esté referida a algún derecho inscrito en forma específica, pues no podría pedirse por ejemplo la anotación de demanda de nulidad de un usufructo, de una donación o de una compra venta, si dichos actos no se encuentran previamente inscritos; debiendo el juez en la resolución que dispone la anotación de la demanda precisar el acto inscrito que es materia de pretensión discutida en el proceso, respecto del cual se esté demandando su nulidad u otra pretensión. Además, la medida de anotación de demanda,debe ser igualmente compatible con el derecho inscrito, teniendo en cuenta que se trata de una medida provisional.

En este punto, por ejemplo, se puede advertir muchas veces que, habiéndose iniciado la ejecución de una garantía real, pese a que la misma obviamente ya se encuentra inscrita, se insiste en la anotación preventiva de la demanda, sin tener en cuenta que no se obtiene prioridad alguna del registro desde esta fecha, sino que ya se tiene ganada la prioridad, desde fecha muy anterior, con la inscripción propiamente de la garantía real, por lo cual la Anotación de demanda no va a significar garantía alguna.

IV.- ALGUNOS PROBLEMAS Y SOLUCIONES RESPECTO A ANOTACIONES E INSCRIPCIONES JUDICIALES MAS RECURRENTES

1°) NULIDAD DE INSCRIPCIÒN

El artículo 2013 del Código Civil, consagra el Principio de intangibilidad registral al señalar que: ***El contenido del asiento registral se presume cierto y produce todos sus efectos, mientras no*** *se rectifique por las instancias registrales o* ***se declare su invalidez por el órgano judicial*** *o arbitral mediante resolución o laudo firme.*

Una interpretación literal de dicha norma, puede crear la falsa idea de que en todos los casos el órgano jurisdiccional debe declarar necesariamente la

invalidez del **asiento registral**, en el que conste, por ejemplo, la adquisición de un inmueble o la constitución de un usufructo, hipoteca, etcétera. Sin embargo ello no será necesario si lo que se ha declarado judicialmente es la invalidez de los mismos actos jurídicos que han dado origen al asiento de inscripción, por el simple principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, debiendo tenerse presente que si los asientos registrales fueron realizados por estar contenidos en títulos que constaban en instrumentos públicos conforme al artículo 2010 del Código Civil, igualmente deben ser dejados sin efecto cuando se declare la nulidad de dichos actos jurídicos, por declaración judicial, siendo pertinente citar al respecto el artículo 94 del TUO del Reglamento General de registro Públicos que señala: *La cancelación total de las inscripciones y anotaciones preventivas se extiende: b) Cuando se declara la nulidad del título en cuya virtud se hayan extendido.*

Por otro lado, los casos en los que los asientos registrales si requerirán de una declaración judicial de invalidez, evidentemente serán aquellos en los cuales se peticione directamente la invalidez de los asientos registrales, por haber incurrido en causal esencial de tal gravedad, que no puedan considerarse como asientos registrales válidos, por ejemplo por no existir título alguno que haya dado lugar a dicha inscripción o que no haya sido inscrito por Registrador Público autorizado por ley, etcétera. Al respecto el artículo 94 del TUO del Reglamento General de los Registros Públicos señala que: *La cancelación total de las inscripciones y anotaciones preventivas se extiende:c) Cuando se declara la nulidad de la inscripción o anotación preventiva por falta de alguno de los requisitos esenciales establecidos en el Reglamento correspondiente, sin perjuicio de los supuestos de rectificación de asientos previstos en este mismo Reglamento.*

En otros casos, respecto de asientos registrales que no entrañen propiamente una nulidad, sino que dependan de otros actos jurídicos que han decaído (por ejemplo, un asiento registral de hipoteca que ha llegado al remate del bien), deberá buscarse en la propia norma sustantiva, los efectos registrales de dichos asientos, como veremos en casos posteriores.

2°) INEFICACIA DE ACTO JURÌDICO

El tratamiento registral de lo que se resuelva a nivel judicial en los casos de Ineficacia de Acto jurídico, sigue siendo aún un tema incomprendido por parte de los Jueces y Registradores, dando lugar a los aparentes conflictos, que, de alguna manera trataremos de aclarar.

En principio, conforme al artículo 195 y siguientes del Código Civil, cabe precisar que la persona a quien interesa demandar en este proceso, es **UN ACREEDOR** que ha visto burlado su crédito por el hecho de que su **DEUDOR** ha dispuesto de sus bienes a fin de eludir la deuda. En ese sentido, al empezar el proceso judicial de Ineficacia de acto jurídico, a fin de conseguir asegurar el resultado definitivo, debe anotarse la demanda, de conformidad con el artículo

673 del Código Procesal Civil. Posteriormente, al lograr un resultado favorable definitivo, lo que debe ordenar el Juez al Registrador es que se anote en el rubro de gravámenes y cargas la sentencia que declara, que: **la venta realizada por el propietario - deudor del demandante acreedor[12] es ineficaz solamente para dicho demandante**. Con esta anotación, el acreedor va a garantizar que, en el proceso judicial que paralelamente haya realizado al deudor para el cobro de la deuda, pueda embargar dicho bien y así poder rematarlo, pues sólo para el acreedor, dicha venta de su deudor es ineficaz.

Sin embargo; el error recurrente que cometen los jueces es ordenar que se inscriba la sentencia en el rubro de propietarios de la Partida Registral, declarando ineficaz la venta realizada por el deudor al tercero, sin precisar que dicha ineficacia es sólo para el acreedor. En otros casos el Juez puede erróneamente ordenar que se declare la nulidad de la venta realizada al tercero o simplemente ordenar al registro que se cancele la inscripción de la venta al tercero. Ninguna de estas soluciones es la correcta pues si se cancela o anula la venta al tercero, el deudor que ha visto que registralmente el inmueble ha vuelto a ser suyo, termina vendiéndolo nuevamente, lo cual genera más confusión, que incluso sería más grave si no se anotó la demanda de ineficacia, pues se podría crear un aparente tercero registral de buena fe.

Entonces, debe quedar claro que el acto jurídico que realizó el deudor con el tercero sigue siendo válido para todos, excepto para el demandante y no debe ser anulado (pues la anulación es erga omnes) sino solamente debe anotarse la sentencia en el RUBRO DE GRAVÁMENES Y CARGAS, en cuanto a que, es ineficaz para el acreedor demandante, la venta del deudor realizada a favor de un tercero, para que, en su oportunidad, se permita registralmente anotar el embargo sobre el bien y finalmente rematar el mismo.

Así se desprende incluso de la definición que brinda el Diccionario Civil elaborado por Esquivel Oviedo y otros autores para Gaceta Jurídica[13] que señala que: *"La acción pauliana se invoca cuando ha ocurrido un detrimento patrimonial por parte del deudor (no necesariamente disminución patrimonial, término ligado al carácter cuantitativo) que conlleve que el acreedor o la parte contractual perjudicada no pueda realizar su crédito o ser satisfecho su interés, por lo que la acción pauliana elimina el impedimento o dificultad de satisfacción de la parte perjudicada.* ***Lo que se protege son las legítimas expectativas del acreedor a la satisfacción de su derecho de crédito en sede ejecutiva."***

Por lo visto, a nivel registral se tiene más claro el panorama desde el dictado del Precedente de observancia obligatoria N° 114-2003-SUNARP-TR-Y de fecha 11 de junio de 2003 que señala en la sumilla: ***"La sentencia firme que declara fundada una acción pauliana debe inscribirse en el rubro de***

[12]Debiendo indicar el nombre del acreedor respecto del cual es ineficaz el acto, de conformidad con el Artículo 112 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios.
[13]ESQUIVEL OVIEDO Juan y otros, Diccionario Civil, Editorial Gaceta Jurídica, Lima, 2013, página 17.

cargas y gravámenes y no en el de títulos de dominio de la partida registral involucrada", exponiendo como razón fundamental que: *"Resulta necesario precisar, por otro lado, que la declaración de ineficacia de un acto jurídico promovido a través de la acción pauliana (mal llamada revocatoria), prevista en el artículo 195 y siguientes del Código Civil, da lugar a que el acto jurídico fraudulento que ha sido cuestionado judicialmente ante el Poder Judicial, sea inoponible solo frente al acreedor de la acción, pero no frente a terceros. Dicha acción no tiene efectos erga omnes, de tal forma que frente a todos los demás distintos del acreedor demandante el acto jurídico traslativo de dominio es perfecto. Esta acción no genera la nulidad de la transferencia cuestionada, solo su inoponibilidad frente al acreedor demandante. Es por ello que la resolución judicial que declara fundada una acción pauliana debe inscribirse en el rubro de cargas y gravámenes y no en el de títulos de dominio de la partida registral involucrada."*

Ciertamente, esta es una solución que sale del esquema tradicional que hemos indicado en cuanto a que las inscripciones definitivas deben ser producto de sentencias firmes, pues en el presente caso, tratándose de una sentencia firme, a lo sumo lo que va a generar es una anotación preventiva, siendo la justificación que, con la ineficacia del acto jurídico el acreedor no adquiere el bien, sino solamente la posibilidad de poder cobrar su acreencia, la cual debe realizar en un proceso paralelo, con el remate respectivo. Ya será en todo caso el adquiriente del remate judicial, quien desplazará al comprador del deudor, cuya venta ha sido declarada ineficaz.

3°) INSCRIPCION DEL ADJUDICATARIO POR REMATE JUDICIAL Y COMPATIBILIZACION CON EL NUEVO PROPIETARIO AL QUE EL DEUDOR HIPOTECARIO HA VENDIDO

Igualmente puede llevar a confusión la forma en la cual debe registrarse a la persona que se adjudica un bien producto de un remate judicial, como puede ser por ejemplo al rematar un inmueble en ejecución de una hipoteca.

Para comprender un poco más el tema, tenemos que partir del artículo 2015 del Código Civil que señala que: *Ninguna inscripción, salvo la primera, se hace sin que esté inscrito o se inscriba el derecho de donde emane*; que alude ciertamente al Principio registral de tracto sucesivo, en base al cual debe entenderse que un adquiriente válido es aquel que adquiere del que está inscrito en el registro, que a su vez ha adquirido de otro que igualmente estaba registrado.

En un caso usual y pacífico, si el propietario ha hipotecado su inmueble y no ha pagado la deuda, el bien será rematado y adjudicado por el juzgado a un tercero y entre este adquiriente y el propietario deudor, se considerará que existe un tracto pacífico, pues de por medio no habría otro adquiriente, es decir otro propietario al cual el deudor haya vendido el bien.

Sin embargo, el problema se suscita cuando el propietario que otorgó la hipoteca vende el inmueble a un tercero y a la vez quien lo adquiere nuevamente lo vende, generando un tracto sucesivo correcto en el rubro de propietarios, conforme al artículo 2015 del Código Civil. En este escenario; la persona que adquiere por remate judicial no tiene ninguna relación de tracto con los sucesivos compradores del inmueble.

Ante esta situación puede generarse confusión cuando el Juez ordene que se inscriba al nuevo propietario por remate judicial y el Registrador no sepa qué hacer con el tracto regular que ha venido produciéndose en el rubro de propietarios, es decir cómo compatibilizar registralmente la orden judicial de inscribir al adquiriente por remate judicial, con la existencia de nuevos propietarios que no han sido emplazados ni han participado en el proceso y sin embargo, tienen la condición de propietariosvigentes según el registro.

Esta aparente confusión, puede llegar a decisiones erradas como que, antes de inscribir al adquiriente por remate, se exija una declaración judicial de nulidad del asiento registral de la venta realizada por el propietario que hipotecó el bien y los siguientes que se hubieran realizado o por lo menos del último adquiriente, en base al artículo 2013[14]del Código Civil, que ya hemos analizado.

Al respecto, Beaumont Callirgos[15] señala que: *"La hipoteca es un derecho real de garantía, que otorga al titular de esta, las facultades de persecución, preferencia y venta judicial del bien hipotecado. La persecución hace referencia a que el acreedor hipotecario pueda ejercitar su derecho cualquiera sea el titular, por ende,* ***si el deudor dispone del bien dado en garantía ello es irrelevante para proceder a la ejecución.*** *Este principio toma su sustento en que los terceros adquirientes se encontraban en la posibilidad de conocer dicho gravamen mediante la inscripción registral, por ende, se encuentran sometidos a ella. No debemos olvidar que el artículo 2012 del Código Civil dispone que "se presume, sin admitirse prueba en contrario, que toda persona tiene conocimiento del contenido de las inscripciones".* ***La preferencia hace referencia a que el acreedor hipotecario cobra primero la deuda antes que los demás****. Se trata sin lugar a dudas, de un crédito preferente."* (Resaltado es nuestro).

Entonces podemos afirmar que la solución viene dada desde el mismo artículo que define la hipoteca, es decir el artículo 1097 del Código Civil, que señala:

Por la hipoteca se afecta un inmueble en garantía del cumplimiento de cualquier obligación, propia o de un tercero.

[14]Artículo 2013 del C.C.- **El contenido del asiento registral se presume cierto y produce todos sus efectos, mientras no** se rectifique por las instancias registrales o **se declare su invalidez por el órgano judicial** o arbitral mediante resolución o laudo firme.

[15]BEAUMONT CALLIRGOS Ricardo, La Caducidad de la Hipoteca, artículo incluido en LA CADUCIDAD DE LA HIPOTECA Y OTROS PROBLEMAS CLAVES SOBRE ESTA GARANTÍA REAL, en Gaceta Jurídica, Editorial Gaceta Jurídica, Primera Edición, Lima 2019, página 11.

La garantía no determina la desposesión y ***otorga al acreedor los derechos de persecución, preferencia y venta judicial del bien hipotecado.***

En efecto, conforme a dicha norma, es posible que el inmueble hipotecado pueda ser vendido por el propietario que otorgó la hipoteca y que a la vez el adquiriente lo vuelva a vender y así sucesivamente, sin embargo, por el hecho de estar inscrita dicha hipoteca, de por si genera en los demás un efecto de publicidad erga omnes conforme al artículo 2012 del Código Civil y además un derecho de preferencia conforme al artículo 2016 del Código Civil, respecto de cualquier venta o acto jurídico similar o diferente que afecte el bien, como puede ser otra hipoteca, un usufructo, etcétera. Es decir que, de realizarse inscripciones de actos jurídicos posteriores respecto al inmueble, estarán siempre supeditados a la preferencia que ya adquirió la hipoteca y que hará que tenga carácter persecutorio sobre el bien, hasta lograr el pago.

En ese orden de ideas, cuando se haga el remate judicial, el adquiriente del remate, retrotraerá su preferencia (como propietario), a la misma fecha de la constitución de la hipoteca (que es anterior a la venta), por lo cual siempre será favorecido por el ordenamiento jurídico, sin necesidad alguna de que se declare la nulidad o se cancelen las inscripciones de los posteriores adquirientes del inmueble luego de la hipoteca.

Esto es conocido en doctrina como **TRACTO OBLICUO**, teniendo en cuenta que antes de la existencia de las Partidas electrónicas, existían las Partidas contenidas en Fichas Registrales, las cuales estaban divididas por espacios en cuya parte superior constaba la descripción del inmueble (terreno, construcción, etcétera) y en la parte inferior al lado izquierdo se registraban sucesivamente a los propietarios en el denominado Rubro “C” y a su costado derecho en el Rubro “D” se inscribían las cargas y gravámenes. En consecuencia, el tracto sucesivo, de un propietario al que denominaremos **"R"** que transfería al propietario **"S"** y este a **"T"**, luego a **"U"** y así sucesivamente, se denominaba tracto lineal (pues la sucesión de propietarios sucedía sólo en el rubro "C" de Dominio, **mientras que el tracto oblicuo** era el que partía del rubro de "D" Gravámenes y cargas (donde se encontraba inscrita la hipoteca) y se dirigía al Rubro "C" de Propietarios por efecto de la adquisición por remate.

Ello se explica porque los sucesivos adquirientes no podrían negar el conocimiento de la existencia de la hipoteca, siendo conscientes que su adquisición, siempre iba a estar supeditada a que se pague la deuda y no se remate el bien[16], pues caso contrario, su adquisición de por sí dejaría de tener valor jurídico, por el efecto persecutorio de la hipoteca, que posibilita al acreedor a perseguir al inmueble y rematarlo judicialmente.

[16] Es decir,su adquisición era de un derecho de propiedad realengo, que sólo podía consolidarse si se pagaba la deuda que estaba garantizada con la hipoteca.

Lo explicado se puede graficar de la siguiente manera[17] en una Partida Registral.

<table>
<tr><td colspan="4">a) Antecedente dominial:</td></tr>
<tr><td colspan="4">b) Descripción del inmueble:</td></tr>
<tr><td>c) Títulos de dominio</td><td>d) Gravámenes y cargas</td><td>e) Cancelaciones</td><td>f) Registro Personal</td></tr>
<tr><td>1)Propietario R, transfiere a
2)Propietario S, transfiere a
3)Propietario T, transfiere a
4)Propietario U (ultimo propietario en tracto lineal)

TRACTO OBLICUO

“Y” nuevo Propietario</td><td>- Propietario R hipoteca a favor del acreedor X, (antes de vender a S).
- Y adquiere por Remate Judic.</td><td></td><td></td></tr>
</table>

Como anticipamos, las consecuencias de la inscripción de la hipoteca antes de la venta, serían que:

- El Propietario **S** compra conociendo la existencia de la hipoteca (según artículo 2012 CC), al igual que los demás adquirientes.

- La hipoteca otorgada por **R,** a favor de **X** tiene prioridad respecto a las sucesivas ventas a favor de los propietarios **S, T** y **U** (según artículo 2016 CC).

- El adquiriente del Remate **Y**, efectuado en ejecución de la hipoteca, desplazará al Propietario del tracto lineal¸ simplemente en aplicación del artículo 1097 del C.C. (Persecutoriedad, prioridad y venta judicial), sin necesidad que se declare la nulidad del asiento registral del Propietario **U.**

4°) SENTENCIAS QUE NO CONTIENEN MANDATO INSCRIBIBLE

El Proceso de **OTORGAMIENTO DE ESCRITURA PÚBLICA** conforme al artículo 1412[18] del Código Civil, sólo subsana la omisión de no haber otorgado Escritura Pública oportunamente. Por ello, culminado el proceso con sentencia favorable que ordena cumplir dicha formalidad, se remite el expediente con tal propósito al Notario Público, consiguiéndose con ello superar la situación de renuencia del demandado, pues será el Juez el que, sustituyendo a dicha

[17] Tomando como base la división didáctica de los rubros que contenía una Ficha registral, que actualmente ya no se usa por haber migrado a la Partida electrónica.

[18] **Artículo 1412.- Exigencia de partes del cumplimiento de la formalidad**
Si por mandato de la ley o por convenio debe otorgarse escritura pública o cumplirse otro requisito que no revista la forma solemne prescrita legalmente o la convenida por las partes por escrito bajo sanción de nulidad, éstas pueden compelerse recíprocamente a llenar la formalidad requerida.
La pretensión se tramita como proceso sumarísimo, salvo que el título de cuya formalidad se trata tenga la calidad de ejecutivo, en cuyo caso se sigue el trámite del proceso correspondiente.

parte, firme la escritura pública. Así,se produce una situación similar a la que hubiera ocurrido si el obligado hubiera concurrido voluntariamente a la Notaría a otorgar la Escritura Pública, sin necesidad de un Proceso Judicial, siendo un hecho evidente que si el Registrador observa una Escritura Pública emitida por un Notario Público, este no podría apercibirlo para que proceda a la inscripción, pues el Notario, no cuenta con capacidad coercitiva alguna frente al Registrador y por el contrario, debe coadyuvar a la parte interesada, a levantar la observación.

En ese sentido, si el Juzgado ya hubiera otorgado la escritura pública a través del Notario, este documento se pone en un plano equivalente a la escritura que se hubiera otorgado directamente ante el Notario sin intervención judicial. Es decir que, si el Registrador formulara una observación registral, la parte interesada debe proceder a levantarla, sin intervención del Juez, salvo que exista un error judicial. Por ello, no tiene justificación alguna que el Juez erróneamente recurra al artículo 4° de la Ley Orgánica del Poder Judicial o al artículo 2011 del Código Civil, para "ordenar" bajo apercibimiento de denuncia al Registrador que cumpla con inscribir la escritura tramitada en su juzgado, sin subsanar las observaciones. De hacer tal requerimiento, el Juez estaría más bien incurriendo en responsabilidad, por exceder las facultades que tiene respecto de la ejecución de las sentencias, pues con el sólo otorgamiento de la Escritura Pública sustituyendo a la parte renuente, el Juez debe dar por concluido el proceso para todos los efectos.

5°) <u>SENTENCIA INCOMPATIBLE CON ANTECEDENTES REGISTRALES</u>

Es común realizar demandas de **PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA DE DOMINIO**, señalando que el bien a prescribir no cuenta con Inscripción Registral, cumpliendo aparentemente con el requisito exigido por el inciso 3 del artículo 505 del Código Procesal Civil, que señala:

3.- Tratándose de bienes inscribibles en un registro público o privado, se acompañará, además, copia literal de los asientos respectivos de los últimos diez años, si se trata de inmuebles urbanos, o de cinco años si se trata de inmuebles rústicos o bienes muebles, o ***<u>certificación que acredite que los bienes no se encuentran inscritos.</u>***

Al respecto debemos reconocer que, durante muchos años, Registros Públicos no ha contado con Catastro adecuado de inmuebles que pueda permitir saber con certeza si un inmueble se encuentra o no inscrito, habiéndose estado expidiendo certificados solamente en base a los nombres de los supuestos propietarios a los cuales el demandante atribuía la propiedad del inmueble que pretendía prescribir.

Sin embargo, al igual que el problema que se suscita con los embargos de inmuebles no inscritos, el área menor que se pretende inscribir generalmente está comprendida en un área mayor a nombre de un propietario determinado, al cual no se le llega a ubicar, ni menos demandar. En ese orden de cosas, se

lleva a cabo supuestamente un proceso regular y cuando se va a inscribir la sentencia firme, el Registrador con informe de la oficina de Catastro, suele ubicar el área mayor y por ende al propietario que no ha sido parte del proceso.

Este problema, genera un conflicto entre la ejecución de un proceso formalmente con la calidad de cosa juzgada protegido constitucionalmente en el inciso 2° del artículo 139 de la Constitución Política, frente al legítimo derecho del propietario inscrito que pretende defender la inviolabilidad de su derecho de propiedad consagrado en la Constitución en el artículo 70.

En ese escenario, el Juez debería evaluar no continuar con la ejecución teniendo en cuenta que el artículo 123 del Código Procesal Civil señala que: ***La cosa juzgada sólo alcanza a las partes y a quienes de ellas deriven sus derechos.*** *Sin embargo, se puede extender a los terceros cuyos derechos dependen de los de las partes o a los terceros de cuyos derechos dependen los de las partes, si hubieran sido citados con la demanda.*

Ciertamente convenimos en que las sentencias, deben ser pacificadoras y conforme a la finalidad del proceso, resolver una incertidumbre jurídica, más de ningún modo dar lugar a otro proceso. Por ello, se recomienda realizar búsquedas más exhaustivas en los Registros Públicos, en base a los inmuebles mismos y no a los nombres de los posibles propietarios, debiendo Registros Públicos implementar el Catastro respectivo, para dar una respuesta uniforme respecto de un inmueble o parte de él, que sirva tanto para iniciar el Proceso Judicial de Prescripción adquisitiva de dominio, como para lograr su ejecución plena.

V.- IMPORTANCIA DE LAS ANOTACIONES PREVENTIVAS

Si bien existen muchos temas más que podríamos tratar respecto de las inscripciones o anotaciones preventivas de las resoluciones judiciales; no obstante, antes de finalizar queremos puntualizar la importancia de la Anotación de demanda y del embargo y su necesidad de una cabal comprensión a fin de que los justiciables puedan beneficiarse plenamente de los mismos.

Un ejemplo, en un caso de **ANOTACIÒN DE DEMANDA,** nos permitirá tomar conciencia de lo antes indicado, el mismo que trata de un **Proceso de Mejor derecho de propiedad**, en el cual el bien no estaba inscrito a nombre del propietario demandante sino a favor del demandado, sin embargo el actor diligentemente anotó la demanda sobre la partida registral y luego logró en sentencia firme que se le declare que tenía el mejor derecho sobre el inmueble, no obstante lo cual, no llegó a registrar dicha sentencia. Al poco tiempo, el propietario registral vendió el inmueble, cuya venta quedó registrada y el ganador del proceso anterior (o mejor dicho el abogado que lo asesoró) no tuvo mejor idea que iniciar otro proceso de mejor derecho de propiedad respecto del nuevo titular registral, que también ganó en primera y segunda instancia; sin embargo, la Corte Suprema, anuló la sentencia de vista, indicando que se

debía tener en cuenta los efectos de la anotación de demanda del proceso anterior. La sala superior, sin comprender el mensaje de la Corte Suprema, volvió a confirmar la sentencia que declaraba el mejor derecho que se ventilaba en este segundo proceso, continuando con un proceso innecesario.

Como puede deducirse, la crítica es que si realmente se hubiera comprendido el arma poderosa con la que ya contaba el ganador del primer proceso de mejor derecho a la propiedad[19], hubiera simplemente inscrito su sentencia en la que se le reconocía como nuevo propietario y hubiera exigido tomar posesión del inmueble. Y si bien dicho inmueble había sido vendido; simplemente hubiera hecho prevalecer la Anotación de demanda de fecha anterior a la transferencia registrada, conforme al artículo 673 del Código Procesal que prescribe con claridad meridiana***: La anotación de la demanda no impide la transferencia del bien ni las afectaciones posteriores, pero otorga prevalencia a quien ha obtenido esta medida.***

2.- En sentido similar, en los casos en que se hubieran **anotado Embargos,** y luego se hubiera vendido el inmueble, la propia norma del artículo 656 del Código Procesal Civil ha previsto una solución poderosa e incuestionable[20] al señalar: ***Este embargo no impide la enajenación del bien, pero el sucesor asume la carga hasta por el monto inscrito.***

En base a dichos ejemplos a modo de colofón, simplemente nos queda reiterar que se valore en su real dimensión estas dos figuras de anotación preventiva, a fin de que se realicen oportunamente al inicio del proceso, y se ejecuten correctamente al final de este.

CONCLUSIONES

1.- El Registrador es el profesional que, a nombre del Estado, le corresponde calificar los documentos judiciales, esencialmente para salvaguardar su compatibilidad con el registro. Por tanto, debe agotar todos los esfuerzos para hacer comprender al Juez la posible incompatibilidad del mandato judicial frente a los antecedentes registrales, invocando integralmente las normas pertinentes, incluyendo las leyes y reglamentos especiales, conforme al artículo 2009 del Código Civil.

2.- En caso de inscripciones de sentencias o resoluciones judiciales firmes, no debería encontrarse incompatibilidad con el Registro, si el juez previamente ha analizado la partida registral y los actos que dieron origen a los asientos registrales, al interior del proceso en el cual está disponiendo una nueva inscripción (por declaración de algún derecho). En todo caso, al tomar

[19] Como trató de hacerle comprender al demandante la Corte Suprema.
[20] similar a los efectos de la hipoteca normada por el artículo 1097 del Código Civil, en cuanto al carácter persecutorio y preferencial.

conocimiento en ejecución de sentencia de dicha incompatibilidad e insistir en la inscripción, dicha responsabilidad corresponde al propio Juez.

3.- En casos de Prescripción adquisitiva en los que no se analiza integralmente la partida de área mayor en la que está ubicada el área menor a prescribir, ni se emplaza al propietario inscrito de dicha área mayor, el Juez debe evaluar conforme al artículo 123 del Código Procesal Civil, la posibilidad de su ejecución, teniendo en cuenta que -en principio- la cosa juzgada alcanza solo a las partes del proceso.

4.- En los casos de las anotaciones preventivas de embargo y de demandas, si es posible comunicar al juez las incompatibilidades registrales, porque las normas que los rigen así lo contemplan (artículo 656 y 673 del Código Procesal Civil), no pudiendo el juez limitarse a invocar el artículo 2011 para insistir en que se registre.

5.- En la inscripción de un adquiriente de un inmueble por remate judicial, no debe buscarse un tracto lineal en la partida registral, pues lo que se produce es un tracto oblicuo que tiene prioridad desde la constitución de la hipoteca y se dirige desde el rubro de gravámenes al rubro de propietarios, desplazando a los que hubieran adquirido el bien hipotecado.

6.- En el caso de la acción pauliana o ineficacia del acro jurídico, la sentencia se anota en el rubro de gravámenes y el asiento respectivo debe indicar que la venta realizada por el deudor es ineficaz para el demandante acreedor. Ya será en el proceso de cobro de acreencia en el cual se embargará y luego rematará el bien para el pago de la deuda.

7.- En los casos de otorgamiento de escritura pública, lo que se inscribe no es propiamente una resolución judicial, sino un documento notarial por lo cual el juez ante una observación no puede invocar la segunda parte del artículo 2011 para "ordenar" su inscripción, correspondiendo a la propia parte interesada, levantar dicha observación.

8.- No debe olvidarse la importancia de las anotaciones preventivas de embargo y de anotación de demanda, pues garantizan una eficaz ejecución de la sentencia.

BIBLIOGRAFÍA

1.- BEAUMONT CALLIRGOS Ricardo, La Caducidad de la Hipoteca, artículo incluido en LA CADUCIDAD DE LA HIPOTECA Y OTROS PROBLEMAS CLAVES SOBRE ESTA GARANTÍA REAL, en Gaceta Jurídica, Editorial Gaceta Jurídica, Primera Edición, Lima 2019.

2.- ESQUIVEL OVIEDO Juan y otros, Diccionario Civil, Editorial Gaceta Jurídica, Lima, 2013.

3.- LEDESMA NARVÁEZ, Marianella, "Comentarios al Código Procesal Civil", Tomo III, Editorial Gaceta Jurídica, Primera Edición, Lima 2008.

4.- ORTIZ PASCO Jorge,Tesis denominada LA CALIFICACION REGISTRAL: ¿Dónde estamos?, para optar el grado de Maestro en Derecho de los Negocios, en la Facultad de Derecho de la UPSMP, ubicada en: https://repositorio.usmp.edu.pe/handle/20.500.12727/6290

5.- Constitución Política, ubicada en el SPIJ

6.- TUO de Ley Orgánica del Poder Judicial, ubicado en SPIJ

7.- Código Civil, ubicado en SPIJ

8.- Código Procesal Civil, ubicado en SPIJ

9.- Reglamento General de los Registros Públicos, ubicado en SPIJ

10.- Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios, ubicado en SPIJ

LA NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO A LA OBJECIÓN Y SU RELACIÓN CON LA LIBERTAD DE CONCIENCIA EN EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL PERUANO

Acuña Fabián Leandro Marcelino

RESUMEN

En el presente trabajo de investigación se profundiza en el conflicto formulado, pero siguiendo una perspectiva práctica sobre la base del análisis de las regulaciones internacionales que se han ocupado del asunto, además sin dejar de hacer la ineludible referencia a las discusiones teóricas que sobre este complejo tema se exponen.

Esta investigación contiene tres capítulos: el primero dedicado a la libertad religiosa, donde se tratan temas como su concepto y naturaleza, su evolución histórica, muestra y análisis comparado de legislaciones al respecto... etc.; el segundo referido a la objeción de conciencia, donde también se hace una somera reflexión respecto a su concepto y naturaleza, destacando su relevancia actual asociada al servicio militar, muestra y análisis comparado de legislaciones al respecto... etc.; y en el último capítulo se desarrolla lo que se denomina el conflicto, y está referido por supuesto a los lineamientos que al respecto toman los disímiles fueros mundiales.

Palabras clave: derecho a la objeción, naturaleza jurídica, ordenamiento constitucional peruano, libertad de conciencia

ABSTRACT

In the present research work deepness in the conflict formulated, but following a practical perspective based on the analysis of international regulations that have addressed the issue, moreover without make of doing the inescapable reference to the theoretical discusses that over this complex theme are exposed.
This research contains three chapters: the first dedicated to the religious freedom, where are treated themes as its concept and nature, its historical evolution, sample and compared analysis of legislations to respect to, etc. The second is referred to the conscientious objection, where too a shallow reflexion is made respect to its concept and nature, highlighting its current relevance associated with military service, sample and compared analysis of legislations to respect to, etc; and in the last chapter is developed what is nominated the conflict, and is of course referred to the guidelines that the dissimilar world charters take in this respect.

Keywords: right to objection, legal nature, Peruvian constitutional order, freedom of conscience

INTRODUCCIÓN

Consideramos que el esfuerzo por la libertad ha sido constante en la historia del hombre y esa reivindicación civil se encuentra en la base misma de la transformación aplicada en los estados absolutistas hasta configurarse posteriormente a los estados democráticos. Si bien definir la libertad resulta un trabajo complejo, empero se puede alegar que la libertad es la base para el reconocimiento y tutela de los demás derechos fundamentales.

Asimismo, la parte democrática de la libertad admite, por un lado, el perfeccionamiento del sujeto de forma individual y a través de los grupos que se integra, y, por otro lado, permite su participación en la vida pública a través de las libertades políticas. Se extiende a la libertad en dos grandes ámbitos de la vida del hombre: lo público y lo privado; lo individual y lo social.

La objeción de conciencia equivale uno de los componentes más complejos de regular en un Estado de derecho, debido a que la conciencia es un elemento muy importante con el que a veces debe enfrentarse la ley positiva, teniendo en cuenta que el derecho a la libertad de conciencia es primordial en un Estado democrático.

En este marco, los derechos y libertades reconocidas en la Carta fundamental representan actualmente una esfera de la vida del sujeto en la cual este es autónomo y actúa libremente, quedando este ámbito protegido de intromisiones de los poderes públicos o estatales y de las acciones de otros sujetos. Los derechos y libertades son, pues, resultado del valor libertad, a diferencia de la libertad en abstracto que es la facultad que posee el individuo de llevar a cabo una acción de acuerdo a su propia voluntad, por cuanto ambas constituyen zonas concretas de autonomía en las que se desenvuelven las voluntades individuales.

En 1993 y desde antes, en 1979, los legisladores optaron por incluir en la Carta Magna un amplio catálogo de derechos y libertades junto a los derechos de primera generación como el derecho a la vida, libertad de expresión, libertad ideológica y religiosa, por ejemplo figuraron otros que se han incorporado posteriormente al constitucionalismo moderno (derechos sociales, laborales, protección del medio ambiente, etc.) en las siguientes generaciones de derechos, sin embargo; la fuerza expansiva de los derechos fundamentales incita el reconocimiento de otros nuevos. Este es el caso de las más recientes demandas en torno al reconocimiento y subsiguiente regulación de la denominada objeción de conciencia.

La objeción de conciencia que se entiende como aquella fase negativa o resistencia del individuo a acatar la imposición de una norma, que entra en conflicto con sus propias convicciones y principios morales o éticos, constituye en la actualidad uno de los temas más relevantes del derecho moderno; sin embargo, pese a su creciente importancia el desarrollo legislativo, jurisprudencial y doctrinario que existe en nuestro país es mínimo.

La garantía y vigencia de los derechos fundamentales y el rol que los magistrados constitucionales tienen en la interpretación del contenido de estos derechos y de los principios constitucionales, ha resultado indispensable para determinar el grado de justicia en una sociedad. De ello, se advierte que no existe consenso sobre los fundamentos éticos y morales que los originan ni las formas de garantizarlos, siendo que en este punto las discordancias surgen dependiendo del punto de vista que se adopte, es decir, son subjetivos, así como de la concepción y teorías de derechos fundamentales con el que se trabaje un caso.

La premisa con la que se ha iniciado la presente investigación, ha sido examinar si en el ordenamiento jurídico peruano, la objeción de conciencia se encuentra relacionada o derivada de la libertad de conciencia. De esta manera, hemos realizado el análisis teniendo en cuenta las relaciones del Derecho con la justicia, con la persona humana, con su dignidad y su libertad, ésta última analizada desde su

perspectiva liberal de autonomía, y desde una perspectiva realista y constitucional de derechos fundamentales.

Por ello, se ha concurrido a teorías constitucionales y teorías de los derechos fundamentales que concibe al derecho como aquella realidad fundamental desde el punto de vista no conflictivista, que van a permitir aquel ejercicio de las atribuciones que están en acuerdo con la naturaleza de la misma persona y su dignidad. Esto tiene como consecuencia el haber investigado para poder dar una categoría de aquel concepto de la ciencia jurídica y entonces y por consiguiente definiendo a la libertad de conciencia, desde el punto de vista moral con base objetiva, diferenciándola de aquella libertad relacionada a la religión por tener el contenido íntimamente relacionado a la religión de esta misma.

Igualmente, en la presente investigación me he propuesto señalar los elementos jurídicos con la finalidad de tener una mejor teorización de la objeción de conciencia y su aplicación en las normas jurídicas peruanas. Siendo que el objetivo es analizar aquellos conceptos jurídicos, así mismo como aquella evaluación en la sentencia del Tribunal Constitucional siendo el único encargado de desarrollar los contenidos de las sentencias en relación a la objeción de conciencia, y que se viene desarrollando con la libertad de la religión y configurándose como aquel concepto del derecho autónomo, ya sea desarrollada de forma individual o asociada.

En el transcurso de este tema investigado se ha podido constatar que en el país aún se encuentra la objeción de conciencia desde la etapa inicial, debido a que existen pocos pronunciamientos de la magistratura constitucional que la doten de contenido. En el año 2002 se dictó su primera sentencia y en el año 2010, se reguló la objeción de conciencia en un solo artículo de la Ley N° 29635 “Ley de Libertad Religiosa” de fecha 21 de diciembre de 2010. Además, se ha podido evaluar que existe una relación clara de la creación de la objeción de conciencia el mismo que es un derecho que se encuentra contenido como un tema nuevo que trae como concordancia con el artículo 3 de nuestra Constitución, así como l|w3a relación que existe entre la jurisprudencia constitucional que regula la objeción de conciencia dentro de la libertad de conciencia y su regulación mediante la Ley de Libertad Religiosa.

Para finalizar, el trabajo de investigación se ha conseguido registrar los criterios objetivos, para demostrar que el tema de objeción de conciencia no configurándose el mismo como el derecho autónomo dentro del ordenamiento jurídico del Perú, siendo que la misma es un ejercicio del atributo de la libertad de conciencia y religión, de esta manera la dimensión religiosa de la persona percute en su conciencia, configurándose la misma en la relación de género y especie, que sirve para eximir un cumplimiento del deber jurídico, que perturba de la manera objetiva en la conciencia de la persona, con la finalidad de salvaguardar las convicciones morales éticas, porque se examina una dimensión moral del interior de la persona que omite mediante el juicio especifico, para cumplir la norma, que podríamos resumirlo en el principio de “hacer el bien y evitar el mal”.

Cómo surge el problema

Se discute sobre la objeción de conciencia, comprendida como aquella facultad de retirarse de la norma en razón de fuertes convicciones personales basadas en temas relacionados a la ética, morales y religiosos, presenta una fricción entre la concepción de un Estado que se preocupa por aquella promoción de las garantías de las personas o protegiendo los intereses de las personas, y una concepción del derecho orientado a la protección del orden jurídico, en contra de la idea del derecho como medio de reclamación de condicionar mininamente a la persona humana.

A raíz de esa comparación; entre la jurisprudencia y la doctrina se han tomado muchos enfoques, siendo los más relevantes dos: una que considera a la objeción de conciencia como una garantía de los derechos fundamentales como son el antes ya mencionado de libertad de conciencia y otra que considera una facultad legal conferida por el constituyente. De acuerdo a esta última posición la objeción de conciencia forma no sólo la prerrogativa de ser declarado eximido de un deber jurídico, que deberá ser enunciado en cada caso concreto, ya que, según esta posición, en una sociedad que se establece sobre el consenso mayoritario expresado por los ciudadanos, el permiso de un acto conductual que va a

separar a la norma amplia y general que garantiza a todas las personas la conducta que establece la separación de la norma general a la específica para todas las personas la misma que se considera como aquella medid excepcional y no como aquel derecho especifico y fundamental, entonces la objeción de conciencia no debería configurarse como un derecho fundamental.

En nuestro país se ha promulgado la Ley N° 29335 Ley de Libertad Religiosa; si bien ella conceptualiza en su artículo 4 a la objeción de conciencia como la objeción de la persona humana bajo el estricto cumplimiento de una norma imperativa, que regirá conforme a sus convicciones de la moral de la religión señalando incluso en su artículo 3 expresamente el derecho del trabajador o estudiante a guardar el descanso sagrado que considere su religión siempre en armonía con los intereses de la empresa o entidad pública para la que labore; así como el derecho a prestar juramento conforme a sus convicciones religiosas o a exonerarse de cursos de religión por motivos de conciencia: lo cierto es que el ámbito de acción de la objeción de conciencia es mucho más amplio extendiéndose a diversos supuestos, como por ejemplo ocurre en materia sanitaria, cuando un paciente se opone a recibir determinado tratamiento por razones de conciencia o región o entre otros. Esta diversidad, propia de la pluralidad de pensamiento que hoy en día existe; ha conllevado al surgimiento de una preocupación por conocer la naturaleza jurídica de la objeción de conciencia, sobre todo porque para un sector de la doctrina elevar ¡a objeción de conciencia a la categoría de derecho fundamenta! equivaldría a reconocer el derecho intrínseco a toda persona de desobedecer las leyes, hecho que de por sí involucra la negación del estado de derecho mismo.

Es claro que la libertad de conciencia es un derecho fundamental, pero resulta polémico afirmar lo mismo respecto a la objeción de conciencia sobre todo si a tenor de lo prescrito en artículo 3 de nuestra Constitución, la falta de reconocimiento expreso de derechos no significa la negación de otros inherentes a la persona.

La ausencia de un reconocimiento constitucional expreso al derecho a la objeción de conciencia, como sí sacada con la libertad de conciencia, involucra que su naturaleza jurídica no sea la de un derecho fundamental sino simplemente la de una facultad legal conferida por el legislador en determinados casos que incide en su ejercicio así como en la fricción legal que implica la idea de un estado preocupado por la promoción de las garantías individuales y una idea de derecho dirigida a la protección del orden público

Desde una perspectiva social, la reflexión obedece al cada vez más creciente número de casos en los que se advierte el ejercicio de la objeción de conciencia, que contrasta con la posición de un amplio sector de la doctrina, en el sentido de que la objeción es una facultad legal que sólo debe ampararse si ha sido conferida expresamente y la del Tribunal Constitucional que lo considera como un contenido nuevo del derecho fundamental a la libertad de conciencia.

El presente trabajo de investigación pretende hacer un estudio de la objeción de conciencia como derecho constitucional otorgado por la Constitución de 1993, estableciéndose así sus antecedentes, uso y reglamentación delimitando así que tipologías se enmarcan dentro del mismo y también conocer cuáles han sido los pronunciamientos por el máximo tribunal constitucional. Para sí poder determinar las razones principales por las cuales un ciudadano puede declararse abiertamente objetor de conciencia y cuando las razones en las cuales funda su objeción son válidas para el sistema jurídico nacional y aceptadas por la sociedad.

En el año mil novecientos cuarenta y seis, sucedió en caso relacionado a *Girouard vs United States*, donde la Corte Suprema de los EEUU resolvió que existía alguna veneración a la constitución si algún miembro de la iglesia adventista del Séptimo Día, si en casi se negara la aceptación para poder alistarse algún miembro hacia la defensa de la nación en los casos de guerra.

En el año mil novecientos setenta y uno, se pronunció respecto al caso *Cassius Clay vs. United States* donde la Corte Suprema de los EE UU, se pronunció en relación a la validez del derecho constitucional sobre la objeción de conciencia donde el reconocido boxeador cuando adopto la religión musulmana donde se le negó a presentarse a las fuerzas armadas cuando sucedió la guerra del conflicto de Vietnam,

sustentando que el Corán no le permitía que participen ningún fiel a aquella religión en una guerra, contrario sensu esta hubiese sido aceptada o pronunciada por Ala y ser alguna guerra santa.

Es así que desde la perspectiva del poder legislativo se muestra el inciso 3 del artículo 4 sobre la Ley Fundamental de Bonn del año mil quinientos cuarenta y nueve, donde se tipificaba que ninguna persona podría ser obligada a ir en contra de su conciencia a realizar el servicio militar con armas.

Esto se encuentra previsto en la Resolución N° 337 de 1967, de la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa la misma en la cual señala de una manera tacita que se reconoce que la objeción de conciencia es aquella derivada de derechos fundamentales de la persona los mismos que también están tipificadas en el artículo 9 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

En el caso del Perú tenemos muchos procesos que han sido presentados bajo el precepto de la objeción de conciencia sustentado en motivos filosóficos: de esa manera se ha podido acudir a la Asamblea constituyente del año mil novecientos setenta y ocho, donde el que lidera el FOCEP, Hugo Blanco Galdós, decidió negarse a juramentar su cargo ante el libro de la Biblia, así como el crucifijo se negó a jurar al cargo ante la biblia y el crucifico; similarmente, Guillermo olivera Díaz se negó a invocar a Dios al jurar al cargo de Juez penal en el distrito judicial de Lima. En los dos casos se ha tenido que alternar la parte de la tradición ceremonial, en las situaciones ateas de las personas objetoras.

1.1.1. Teorías relacionadas con la naturaleza jurídica de la objeción de conciencia. Una aproximación a la definición de derecho fundamental y a la determinación de su contenido esencial.

Por medio del artículo 43° de la Constitución se reconoce que el Estado peruano es un Estado constitucional y democrático, consecuentemente, se sostiene en el principio de supremacía constitucional y la dignidad de la persona humana, como premisa antropológica que fundamenta los derechos fundamentales, los cuales son reconocidos como principios jurídicos constitucionales que garantizan la satisfacción de determinadas necesidades básicas del individuo. Es difícil dar una definición absoluta y concreta de derechos fundamentales, puesto que coexisten múltiples teorías, entre la filosofía política y el constitucionalismo, que han buscado aproximaciones conceptuales al tema, sin embargo, queda claro que los "derechos fundamentales son derechos" o "principios esenciales" de toda sociedad para su convivencia en paz y democracia.[1]

Así, refiere Prieto (2003) "que una Constitución es material significa aquí que presenta un denso contenido sustantivo formado por normas de diferente nominación (valores, principios, derechos o directrices) pero de idéntico sentido, que es decirle al poder no solo como ha de organizarse u adoptar sus decisiones, sino también que es lo que puede e incluso, a veces, que es lo que debe decidir", es decir, estos derechos limitan al poder y evitan arbitrariedades por parte de quienes ejercen el poder sobre los individuos[2].

Otra definición de derechos fundamentales que tendrá carácter instrumental para el desarrollo del presente trabajo. Asumimos, la definición de Pérez Luño, quien explica, que los derechos fundamentales son el "conjunto de facultades e instituciones que en cada momento histórico concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional"[3]

Con esta definición aceptamos que son los hombres concretos e históricos quienes son titulares de los derechos humanos, no obstante ser la naturaleza inmutable el título de los derechos, éstos se concretan y determinan en circunstancias históricas particulares, por lo que la historia los afecta, aunque poco y sólo accidental y no sustancialmente. Si esto es así, los derechos manifiestan esa dimensión jurídica propia de

[1] ALEXI: 2010, p.45
[2] PRIETO SANCHIS, 2007: 213 -214
[3] PEREZ LUÑO, 2009: 49.

la persona humana, dimensión a la que se sujeta el Estado como garante de esa dignidad, mediante la garantía de los derechos fundamentales.

En esta línea, refiere Castillo (2010) "[…] y es que, en definitiva, la dignidad humana es el valor privilegiado de la Constitución sobre la cual se ha de orientar la entera actividad estatal, ya que la persona siempre será la finalidad del comportamiento estatal y nunca un medio, es el Estado para la persona y no la persona para el Estado. Como ha expresado el Tribunal Constitucional alemán, al ser humano le corresponde en la comunidad un derecho a ser considerado y respetado; por ello lesiona la dignidad humana reducirlo a mero objeto del Estado."[4]

Hemos seleccionada esta definición porque creemos que, además de tener en cuenta el carácter personalísimo que para el caso de la objeción de conciencia resulta fundamental, puesto que, los derechos fundamentales por responder a exigencias históricas no dejan de ser universales, en tanto que consideren al ser humano siempre como fin y nunca como medio, en ese punto radica su carácter universal.

Consideramos que un tema ineludible de la teoría de los derechos fundamentales ha sido la persona humana, como titular y eje de esos derechos, en la medida en que se constituye como un fin en sí misma y no como un medio y el Estado debe disponer toda su estructura bajo esa premisa kantiana de dignidad humana. En consecuencia, afirma Bidart (2008), "las irradiaciones del constitucionalismo futuro hacia el sistema de derechos presuponen la opción axiológica a favor de la ya citada centralidad de la persona humana en el Estado democrático, y dan por cierto que ningún espacio del "Estado-aparato" y del "Estado- comunidad" quedan ajenos"[5]

Siendo personas contextualizadas en un país concreto y en una sociedad determinada, tenemos que todos los derechos que el ordenamiento jurídico reconoce para sus miembros.

Coincidimos en este punto con el autor Laporta cuando diferencia entre derechos – núcleo, que serían los reconocidos expresamente en el texto constitucional peruano, y los derechos – derivados, "que son aquellos que pueden considerarse implicados por los derechos – núcleo y que por lo tanto son susceptibles de ser obtenidos deductivamente a partir de estos". Sobre esta distinción, regresaremos posteriormente, cuando se desarrolle la objeción de conciencia en condición de derecho autónomo o derivado de las libertades de conciencia y de religión. Se centra entonces en que la persona humana tiene como garantía el reconocimiento de su dignidad, al margen de los conceptos que se desarrollan sea transcultural o transversal, la misma que viene permitiendo fundamentar a los derechos fundamentales dentro del respecto a la persona humana, tratándose como sujeto y no como objeto del derecho.

Hablar del derecho de las personas, especificamos a los derechos fundamentales, los mismos que van a corresponder en relación a la naturaleza de la persona humana así como los derechos que son inherentes a las personas, así mismo los derechos que están recogidos en el marco del derecho constitucional, o que hayan sido reconocidos en el marco internacional como los derechos humanos que aluden "a los derechos del hombre que han sido recogidos en el ordenamiento jurídico interno, generalmente en la primera de sus normas –la Constitución- y que gozan de tutela jurídica reforzada", más allá de que exista su positivización en los textos normativos, esto tiene carácter declarativo mas no constitutivo, puesto que se fundan en la naturaleza y dignidad humana"[6].

En general los derechos constitucionales son fundamentales, porque no existe en la Constitución peruana derechos de las personas que no sean fundamentales, en los procesos del sistema peruano, la expresión relacionada a los derechos constitucionales van a significar la misma expresión en el derecho fundamental, conviniendo al optar por la primera expresión el caso del sistema peruano si bien con la expresión Derechos constitucionales significa lo mismo que la expresión Derechos fundamentales del

[4] CASTILLO, 2009: 7
[5] BIDART, 2000: 330
[6] CASTILLO, 2005: 40

sistema formado por dos grupos de derechos: derechos constitucionales fundamentales y los derechos constitucionales no-fundamentales o sencillamente derechos constitucionales, en los cuales los primeros estarían por encima de los segundos[7].

Hasta este momento hemos dado la primera premisa, sobre el concepto de derechos fundamentales. Sobre la segunda premisa, pensamos que la opción que hemos adoptado es la más adecuada a efectos del presente trabajo, ya que, permite sustentar, en primer lugar, que "los derechos existen porque existe una determinada realidad, el hombre, precisamente la naturaleza del hombre, la misma que conlleva una determinada dignidad, cuyo respeto supone el reconocimiento de una serie de principios como los principios de libertad o igualdad"[8].

Por otro lado, porque sustenta la tesis no conflictivista de los derechos, de tal modo que el Derecho permite ejercer determinadas atribuciones o no lo permite. "La dignidad ontológica de la persona humana posee una significación esencial: la de constituir el fundamento de los deberes y derechos básicos del hombre ya que hay un derecho general en el cual se resumen los diversos derechos de toda persona humana: el ser tratados íntegramente como persona humana y no en virtud de razones o motivos particulares, sino en función de la dignidad ontológica del ser sustancial hombre"[9].

La relevancia de este tema resulta crucial, pues si se parte como hoy se hace de la premisa conflictivita de los derechos, entonces la opción por determinar cuál derecho prevalece en el caso concreto, requiere recurrir a ciertas técnicas que permitan dicha solución, dígase el test de ponderación-proporcionalidad, la jerarquización o más aún hoy en día la argumentación de que un derecho prima sobre otro. "De esta manera mediante posiciones conflictivitas de los derechos fundamentales, se trata dar cobertura y legitimar situaciones que dependiendo de las circunstancias de cada caso, pueden llegar a configurar verdaderas vulneraciones al contenido constitucional del derecho"[10].

Así, se considera que la teoría no conflictivita es la más primordial| para resolver los casos de objeción de conciencia, no solo por considerar la dignidad de la persona humana, sino porque la perspectiva conflictivita plantea al juzgador la realización de juicios *a priori* que van a incidir en la vida del objetor, cuando ante el primero se le presentan casos, que para él no resultan de conciencia.

No obstante, el concepto constitucional, *prima facie* no debe oponerse a la premisa de la cual partimos. Lo que se quiere dejar en claro es que el contenido de un derecho es esencial porque deriva de la naturaleza del mismo. Este tema podría implicar, siguiendo al autor, el cuestionamiento no sólo de la fundamental del derecho sino del principio normativo constitucional, pues "es terrible que no se favorezca la plena normativa de todo el texto constitucional, más grave es que precisamente se deje sin efecto (de modo general o concreto) las normas constitucionales sobre derechos, por la especial significación que para la existencia digna del hombre, para el Estado de Derecho e incluso para el concepto de Constitución, significan el reconocimiento, garantía y plena eficacia de los derechos de la persona"[11].

Los derechos, recuerda Castillo, se manifiestan de valores y principios que traen exigidos necesariamente por la naturaleza humana: dignidad humana, libertad e igualdad. Son valores o principios que no tienen su existencia limitada al campo moral o axiológico, sino que trascienden de él y se instalan en la base del ámbito jurídico de modo que la sola existencia del hombre hace que sea exigible su reconocimiento y consecuente tratamiento como ser digno, libre e igual que es. Este tratamiento es lo que le es debido al hombre por ser hombre, es decir, lo justo acorde a su naturaleza[12].

[7] IBID, p. 71
[8] IBID, p. 83
[9] MASSINI, 1998: 202
[10] CASTILLO 2009: 54
[11] IBIDEM
[12] IBID, p. 31

Si partimos de la premisa que hemos venido desarrollando, sobre el carácter absoluto de la persona humana y de su dignidad, los derechos que de ella se desprenden, son también absolutos, lo cual no significa que sean ilimitados, sino que como diría Cianciardo, brinda una "protección en sentido fuerte". Ello no se condice con la posición conflictivista que permite que un derecho "ceda" ante otro en caso de conflicto, es decir, aunque no exista jerarquía constitucionalmente establecida, se prioriza un derecho en desmedro del otro, en el caso concreto, mediante los mecanismos que ya aludimos, "dentro de este mecanismo de solución de conflictos, la supremacía de uno u otro derecho dependerá del baremo que se emplee para determinar la importancia de los derechos involucrados"[13]

En tal sentido, la ponderación se presenta como el método que permite resolver situaciones de tensión entre derechos, permitiendo una solución "justa", pero lo realmente hace es legitimar situaciones que vulneran los derechos. Pero aún, terminan atribuyendo como contenido esencial del derecho algo que no pertenece al mismo, porque no se desprende de la naturaleza del mismo, ni mucho menos de la naturaleza de la persona ni de la finalidad a la que esta apunta, ni de los bienes humanos que ella requiere para su satisfacción.

Castillo señala, que, si las posiciones conflictivistas termina por afectar, vulnerar o lesionar derechos reconocidos en el texto de la Constitución, ¿cómo queda entonces el principio de normatividad de la Constitución? Indudablemente en casos resueltos desde una visión conflictivista de los derechos solo se está favoreciendo la normativa de un dispositivo constitucional – que recoge el derecho fundamental preferente-, en detrimento del dispositivo constitucional que recoge otro derecho… lo cual resulta complicado que no se favorezca la plena normativa de todo el texto constitucional, más grave es que precisamente se deje sin efecto (de modo general o en concreto) las normas constitucionales sobre derechos, por la especial significación que para la existencia digna del hombre, para el Estado de Derecho e incluso para el mismo concepto de Constitución, significan el reconocimiento, garantía y plena eficacia de los derechos de la persona[14].

Además de dicha protección, esta absolutidad, implica que el derecho tiene un contenido esencial propio de su naturaleza. Este núcleo duro, que no cede nunca, no es accesible para el legislador, por lo que la interpretación y argumentación que se haga de los valores y derechos constitucionales "no se reduce únicamente a un mero examen de ley, sino que se orienta a hacer respetar la unidad o núcleo constitucional de este derecho en cuestión en el caso concreto. Esto es, promoviendo la superación de las situaciones reales conflictivas de los diversos intereses que coexisten en el marco del Estado Constitucional de Derecho, a fin de otorgar una razonable aplicación de las normas constitucionales"[15]

No intentamos decir que sea una tarea fácil determinar el contenido esencial de los derechos, pero sí creemos que se debe apostar en la mayor medida a que dicho contenido partiendo de una correcta interpretación constitucional *ius* - fundamental, debe, por un lado, coincidir con el contenido constitucional del mismo; y, por otro, que la interpretación sea coherente con el Derecho como instrumento al servicio de la persona humana y su dignidad, considerando para ello la finalidad de la misma.

Por ello, Cianciardo, la determinación del contenido esencial de un derecho fundamental guarda una estrecha relación con el examen de su finalidad. Si una conducta concreta se enmarca entre las que son idóneas para la realización del fin propio del derecho fundamental de que se trate… lo cual implica *contrariu sensu*, que puede ser prohibida toda conducta que no resulte apta para alcanzar inmediata ni mediatamente la finalidad de alguno de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución[16].

En ese sentido, siguiendo a John Finnis, podemos decir que "la materia de los derechos humanos viene dada por los bienes humanos básicos". Es decir, que el contenido de los derechos fundamentales está

[13] CASTILLO, 2009: 50
[14] IBID, p.54
[15] TRIEPEL, 1986: 42
[16] CIANCIARDO, 2000: 279

delimitado por lo que es bueno para el ser humano, es decir, por lo que es un bien humano, en tanto que este lo perfecciona porque satisface sus necesidades humanas básicas.

Finnis indica como camino metodológico para el teórico en su formulación o reformulación de conceptos, la de "un ir y venir entre, por una parte, las estimaciones sobre el bien humano y sus exigencias prácticas y, por otra, las descripciones explicativas (empleando todas las convenientes técnicas históricas, experimentales y estadísticas para descubrir todas las interrelaciones causales relevantes) del contexto humano en que de diversos modos se alcanza o de diversos modos se destruye el bienestar humano[17].

Así como no cabe derivar los propios juicios básicos sobre los valores humanos y las exigencias de razonabilidad practica mediante alguna inferencia a partir de hechos de la situación humana, tampoco cabe reducir la ciencia social descriptiva a una apología de los propios juicios éticos, políticos o ideológicos, ni un proyecto para repartir aprobaciones o anatemas, entre los actores de la escena humana[18].

Con todo eso, delimitar éste contenido en función de los bienes humanos, que se van a traducir en contenidos jurídicos ha estado sujeto a múltiples críticas que tildan dicha postura de perfeccionista o paternalista, sin embargo, dice Massini, que los autores que dicen oponerse al paternalismo han de partir también –necesariamente- de alguna concepción del bien humano para fundar su oposición al accionar de sus oponentes. Esta idea es la concepción ultra-individualista, que considera al hombre como plenamente autónomo y absolutamente libre, capaz de crear racionalmente las normas y paradigmas de su propio obrar. Pero al suponer esta concepción del hombre y del bien humano, bien al que conciben radicando en el mero ejercicio de la autonomía individual, los "liberales" caen también inevitablemente en un paternalismo de sentido contrario, que se concreta en la exigencia de orientar la legislación, las decisiones de los jueces y las políticas de gobierno en el sentido de promoción y difusión de ese modelo humano.

Continuando con el referido autor, bien sabemos que por la experiencia la razón humana descubre o debería descubrir, si ésta ha sido bien ejercitada en la verdad, aquello que la perfecciona, sin embargo, lo difícil es la concreción o realización de dichos bienes que forman un conjunto, valga la redundancia, de bienes humanos que le son debidos a la persona humana por su naturaleza, y que van a suponer diversos grados de perfeccionamiento, y el derecho positivo debe avalar como un medio el mismo que significa, la consecuencia de los bienes humanos. De esta manera el derecho positivo no crea derechos sino más bien los reconoce y garantiza con la finalidad que el derecho no sea quien provea a los medios que traen como consecuencia los fines o más aun, al interponer los bienes humanos afuera del sustento garantizar como medio que es, la consecución de esos bienes humanos"[19].

En esta línea, refiere Massini que "sin coexistencia, sin derecho que determine lo debido a cada uno y sin derechos de por medio de los cuales exigir eso que es debido, no es siquiera pensable la concreción o realización de los bienes humanos básicos; de aquí que sean estos bienes los que otorguen justificación racional y contenido a los derechos (…) cada derecho humano se ordena, por lo tanto, a la realización de uno o varios bienes humanos básicos y recibe a su vez su justificación objetiva".

En el caso de la persona humana, se ha tenido como fin acorde con la naturaleza a todos los atributos, potencias y facultades de la persona que se han dado en el marco de la perfección, de esa extensión máxima de sus capacidades y posibilidades. Así los derechos que la persona tiene como atribuciones subjetivas que puede hacer valer frente al Estado apuntan también a considerar la finalidad de la misma.

De esta manera se ha definido en esta investigación que algunos conceptos y nociones que ha sido tratados como primordiales, así como las premisas en la interpretación de los argumentos de derechos fundamentales, y las premisas en los tribunales son aquellos preceptos que han dado prevalencia a los

[17] VIGO, 2006: 367
[18] MASSINI, 1998: 205
[19] MASSINI, 1998: 205

intereses de grupo, que buscan adueñarse de algo que no tienen, por lo tanto, en realidad no reivindican, sino que buscan que les sea reconocido derechos o atribuciones jurídicas que no poseen. Es así que aquellos métodos de la posición conflictivita han tenido aquellos resultados esperados como son el reconocimiento de nuevos "derechos" que en la realidad no son tales, es decir, en la realidad objetiva, pero que han ido ganando terreno en la lucha por la libertad (mal entendida) de la persona humana.

Los derechos, nos recuerda Castillo, son manifestaciones de valores y principios jurídicos que vienen exigidos necesariamente por la naturaleza humana: dignidad humana, libertad e igualdad. Son valores o principios que no tienen su existencia limitada al campo moral o axiológico, sino que trascienden de él y se instalan en el ámbito de lo jurídico de modo que la sola existencia del hombre hace que sea exigible su reconocimiento y consecuente tratamiento como ser digno, libre e igual que es. Este tratamiento es lo que le es debido al hombre por ser hombre, es decir, lo justo. Y en la medida que ese reconocimiento y tratamiento es lo justo, se hace igualmente debido y exigible[20].

Asimismo, Castillo, consideramos que el contenido constitucional de un derecho es aquel contenido que se define en función del texto constitucional, y que es limitado, ilimitable y delimitable. Lo primero pues todo derecho fundamental tiene sus propios límites, inmanentes o internos, los cuales definen el contenido esencial del derecho y por lo que ese derecho es identificable como tal. Es ilimitable ya que nadie puede desconocer esas fronteras internas que vinculan de modo fuerte al poder quien no puede transgredirlas restringiendo, limitando o sacrificando el contenido constitucional del derecho fundamental que se trate. Finalmente es delimitable por cuanto el legislador, el órgano ejecutivo y el órgano judicial van perfilando con sus normas, actos y sentencias, el contenido constitucional del derecho fundamental en cada caso concreto. En todo caso, la labor del poder político es ir perfilando y sacando a la luz esos contornos o fronteras internas e inmanentes del contenido de cada uno de los derechos fundamentales, hasta quedar su núcleo duro el cual no es negociable[21]

La objeción de conciencia consiste en la negativa del individuo a someterse a una conducta que en principio sería jurídicamente exigible (provenga de la obligación de una norma, de un contrato, de un mandato judicial o una resolución administrativa), por razones axiológicas -un deber para su conciencia, diverso del planteamiento puramente psicológico de quien transgrede la norma para satisfacer un capricho o un interés vacío-, de contenido primordialmente religioso o ideológico, con el objeto de elegir lo menos lesivo para la propia conciencia entre las alternativas previstas por la norma, eludir el comportamiento contenido en el imperativo legal o la sanción prevista por su incumplimiento, o incluso, aceptando el mecanismo represivo, lograr la alteración de la norma que es contraria al personal imperativo ético (Navarro-Valls & Martínez-Torrón, 1997).

Esta facultad se encuentra prevista en el inciso 3 del artículo 2 de la Constitución. En nuestro país su regulación constitucional se inicia con la Constitución de 1920.De manera concordante y con sujeción a lo establecido en la Cuarta Disposición General y Transitoria de la Constitución, el derecho a la libertad ele conciencia se encuentra contemplado en el artículo 18 de la Declaración Universal de les Derechos Humanos (1948); artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1968); artículo iii de la Declaración Americana de les Derechos y Deberes Ciudadanos (1948); y artículo 12 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969).

Tomando en cuenta lo descrito por el emperador Constantino "Edicto de Milán", en donde se estableció que "eran necesarios arreglar ante todo lo concerniente a la reverencia debida a la divinidad para dar a los cristianos y a todos los demás, la libre facultad de seguir la religión de su elección". Sin embargo, no obstante, lo dicho; posteriormente Constantino contradice sus palabras desencadenando una aterradora lucha por el paganismo.

Se puede decir que la conciencia es la capacidad de auto percibirse en relación a una idea o pensamiento, siendo dicha percepción ese carácter filosófico, político, religioso, entre otros. También

[20] CASTILLO: 2005, p. 83
[21] CASTILLO, 2008: 80

señalaremos que la conciencia es un conducto de Es el "conducto" de distribución ética de la propia persona, sustenta la búsqueda de la persona con la autenticidad. Mediante la conciencia se percibe uno mismo en relación a las demás personas.

La conciencia es una sola potestad anterior. Implicando la opción en relación a lo espiritual siendo esta el sentimiento, la convicción, la fe o propio auto convencimiento; encontrándose fuera de la reglamentación de otra persona. Esta teoría se denomina como la "autonomía del pensamiento".

La libertad de conciencia, necesita ser sustentada, desde esta última, es decir la conciencia. Para el Diccionario de la Lengua Española sustenta sobre el vocablo conciencia:

1. Propiedad de la persona desde su espíritu para reconocer en sus actuaciones y en todos sus pensamientos que experimenta.
2. Conocer desde el interior lo que está bien y lo que está mal.
3. Conocer y reflexionar sobre sus actuaciones.
4. Es la actividad que realiza mentalmente la propia persona.
5. Suceso psíquico en la cual la persona va a percibirse en relación al mundo.

Podemos decir que la conciencia es la propiedad de la persona para auto percibirse y reflexionar sobre sus actuaciones, caracterizándose como un ser con ideas, es, por tanto, la propiedad del espíritu humano de percibirse a sí mismo en el mundo, como un ser que trabaja con ideas, conocimiento de la realidad, de la ética y de su propia existencia. Es así que cuando se pierde la conciencia se cae en inconciencia[22].

La conciencia es un sustento donde se realizan dos tipos de actos, uno de ellos de conciencia, y los religiosos, es así que las libertades que se desarrollan en bienestar de ambos, tiene como esencia a la conciencia.

El profesor Hervada, nos refiere que la conciencia es un dictamen de lo que la moral te dice que puedes hacer u omitir algún acto en alguna situación en la que está inmerso el hombre. El fundamento de la conciencia aflora en alguna situación específica y concreta. No podemos decir que la conciencia es algún enunciado, sino más bien es el juicio de deber en relación a alguna conducta que la persona va a realizar, o ha realizado.[23]

Identificando a la conciencia como la dimensión donde se producen las creencias, pensamientos y convicciones que establecen la personalidad. Siendo algunos de los conceptos de raíz filosófica, ética o política, sin embargo, existen otros sustentos que describen la conciencia, los mismos que se caracterizan al no contar con elementos de referencia a alguna divide sustentan la identidad de la persona. Estos conceptos pueden tener raíz filosófica, política o ética, sin embargo, existen también algunos conceptos que determinan a la conciencia, pero se caracterizan al no tener elemento de moralidad de referencia a una divinidad o a los sobrenaturales, siendo propiamente religiosos. Teóricamente la libertad de conciencia y lo moral puede sustentarte, sin embargo, en la práctica estas son más complejas, debido a que son pensamientos o convicciones que funcionan paralelamente.

De esta manera podemos decir que la conciencia hace posible que las personas pongan atención a sus sensaciones, las organice de una manera ordenada y sea responsable de sus acciones, así como las consecuencias que derive de ella. De allí que la persona que tiene conciencia la misma que derivan diversas funciones, siendo alguna la capacidad de discernir entre lo bueno y lo malo, la conciencia actuara como un órgano de sentido permitiéndole a la persona calificar su forma de comportarse así mismo relacionándolo con los principios éticos y morales. Las personas que eligen hacer de manera consciente, ponen en juego sus valores y principios que los caracteriza con la elección que deciden hacer, asumiendo las consecuencias de dicha elección.[24].

[22] RUBIO, EGUIGUREN Y BERNALES, 2011: 198 – 199
[23] HERVADA, 1984: 42.
[24] VELÁSQUEZ-CÓRDOBA Y CÓRDOBA, 2010: 171

La conciencia es aquella dimensión de las personas donde se encuentran los actos denominados juicios, los mismos que difieren un descernimiento, los valores, las creencias, intereses, la necesidad, siendo el juicio en libertad, dado a que solo así, cada persona puede ser responsable de sus actos.

Resulta que la conciencia es un fenómeno espiritual, siendo el resultado las decisiones que son difíciles de señalar con algún criterio objetivo y ser compartidos intersubjetivamente. El tribunal constitucional ha emitido un criterio en relación a la conciencia, señalando que decisión en conciencia es la decisión seriamente moral, señalando categorías de lo bueno y lo malo, circunstancias que la persona en una determinada situación experimenta para sí misma o para su interior impidiendo que actúe en contra de ella sin forzar su conciencia.[25].

En relación a otro criterio donde consta el sustento de la norma en relación a la conciencia, el autor Prieto Sanchís nos señala que un primer y radical del sustento es el derecho que tiene las personas para que pueda escoger o realizar por su propia voluntad los resultados que crea convenientes a los conflictos que le plantea su propia vida, así como en la sociedad, al tener un buen comportamiento y de expresar lo que considera cierto. Es aquella que suele denominarse la libertad de pensamiento o de conciencia la misma que es aquella facultad del interior si no es la esfera en la que el poder y el derecho se encuentran incompetentes (*cogitationis poenam nemo partitur*), siendo la facultad que tienen las personas frente a sus actuaciones al comportarse conforme a sus creencias o costumbres.[26].

Para el autor (Llamazares, 2011) la libertad de conciencia es un derecho propio y constitucional que resguarda la decisión de situar de la privacidad extrayendo a la inoperatividad del derecho.

En algunas circunstancias la libertad de conciencia es imperativa ante el derecho por ser un espacio personalísimo siendo la propia persona encargada de custodiar el mismo. Deviene de ello la importancia de la libertad al estar ligada al desarrollo de la persona y su identidad, no podemos confundir la libertad de conciencia con los derechos; si no por el contrario en la libertad de conciencia es aquella percepción de la persona sobre sí mismo siendo la libertad que tiene para desarrollarse[27].

Algunas posturas establecen que las desiciones del hombre alcanzan su madurez moral[28], nos encontramos entonces frente a la noción del ser humano y de la realidad, la conciencia moral no incorpora a la persona en la sociedad sino más bien p; son aquellos imperativos de la moral que el ser humano a formado y hace que sea lo que es, siendo determinante en su persona. Los imperativos si bien son exigibles a las personas, estos no lo serán para el estado que los garantiza.

Especificando el párrafo anterior nos damos cuenta que el objetar en función a la conciencia está señalado al ámbito de relación a una persona determinada de cuya conciencia se habla. Si bien se encuentra tipificado algunas cuestiones sobre la objeción de conciencia, lo importante radica en el conocimiento de dicha objeción que va a estar en potestad de la jurisdicción, delimitar los alcances en relación a la libertad de conciencia.

Pueden existir muchas objeciones de conciencia, así como personas, dado a que cada persona va realizar un juicio crítico de manera distinta y manifestará diferente en relación a otra persona que también

---

[25] MARKIS KOTZUR, 2006: 25. Nos menciona que el presente texto ha sido publicado en un primer momento en *Juristen Zeitung* 1/2006, pp. 25-30, haciendo un análisis de la Sentencia de la Segunda Sala de lo Militar del Tribunal Contencioso-Administrativo federal alemán de 21 de junio de 2005 (BVerwG 2 WD 12.04), bajo el título *"Gewissenfreiheit contra Gehorsampflicht oder: der Irak-Krieg auf verwaltungsgerichtlichem Prüfstand"*.
Resolución de la Sala, donde fundamenta su sentencia y se integra en la Web del Tribunal (http://www.bverwg.de/media/archive/3059.pdf que ofrece, tras los *Leitsätze,* donde encontramos el resumen y fundamento de la sentencia.

[26] PRIETO SANCHÍS, 2004: 623

[27] LLAMAZARES, 2002: 18.

[28] JUAN PABLO II, 1993: 36

puede compartir una misma creencia, ideas y valores, pero cada juicio será diferente, como nos ha señalado el autor Mosquera, si bien la libertad de pensamiento es amplia la liberta de conciencia es única, refiriéndose a la opción que tiene una persona en relación a una determinada razón.[29]

CONCLUSIONES

Siguiendo el objetivo general, se llegó a concluir lo siguiente con respecto a la objeción de conciencia en el ordenamiento jurídico y la libertad de conciencia:

1. Apreciamos en el estudio realizado a la conciencia como aquel atributo en el cual el espíritu de la persona humana se descubre en el interior y se exterioriza al mundo, considerándose como una persona que mantiene ideas, las mismas que se relacionan a la adaptación de la realidad, de su ética, así como de la propia existencia humana. Es aquí donde en la conciencia se producen los pensamientos, creencias, así como las convicciones que se basan en la identidad de las personas. Estos conceptos son aquellos que tienen un fundamento filosófico, ético y político: sin embargo, también existen entre otras teorías que nacen de la conciencia caracterizándose de contener algunos elementos en relación a la moralidad de trascendencia, así como los de referencia a un poder divino, a lo sobrenatural que tienen contenidos religiosos.

2. Siendo así la conciencia tiene sus sustentos funcionales, en todos los actos que tiene la persona denominados juicios, que van a implicar aquel discernimiento, la ponderación de los valores las necesidades, las creencias, los intereses formándose el juicio de forma libre, es sí que la persona tiene una responsabilidad de sus actos. Más aun, la objeción de conciencia no es sino la conducta del ser humano que exteriorizara ante el mundo denominándose juicio, de esa manea es el estado quien deberá garantizar y legalizar aquella dimensión del ser humano que haga desplegar su autodeterminación.

3. Así mismo considero que la objeción de conciencia viene a ser un atributo de las libertades de conciencia y religión, las mismas que se encargan de limitar el cumplimiento de los deberes jurídicos a efectos que se concreticen los mandatos de la conducta en el sentido positivo, habiendo realizado la misma entrara en los conflictos con los principios religiosos así como morales que tiene la persona, de tal manera que el problema radicara en que la norma no puede obligarlo a ir en contra de ella misma, atentando con los propias actuaciones de la persona las mismas que deberán ser consecuentes con sus actos de forma coherente.

4. Además la objeción de conciencia mantiene un amplio espacio en el ordenamiento jurídico, con la finalidad de alzarse como uno de los atributos de las libertades de conciencia y religión, la misma que le permite a la persona humana solicitar las exoneraciones por intermedio de mandatos jurídicos, esto es interponiendo demandas, puesto que no se tratan de elecciones libre donde el estado deberá interferir, sino más bien se trata de las creencias de las personas que tienen que tener un contenido más jurídico para que el estado pueda imponerse, sin perjuicio de que los mandatos judiciales apliquen imposición de ideas peticionadas.

5. Ya nuestro Tribunal Constitucional se ha pronunciado en las referidas sentencias que se refieren a la objeción de conciencia y en la mayoría se tratan de casos de libertad de religión. Siendo así que solo una sentencia (STC N° 0895-2001-AA/TC) se trata propiamente sobre la objeción de conciencia y, en ese sentido el Tribunal ha confirmado que la libertad de conciencia mantiene aquel fundamento nuevo denominándolo “objeción de conciencia”, la misma en el cual su ejercicio es de carácter excepcional al tratarse sobre el permiso que autoriza no cumplir con un mandato general sino más bien este se tiene que relativizar en fuerza de los mandatos jurídicos. Desconociendo esta interpretación, la Ley de Libertad Religiosa restringe los alcances de la objeción de conciencia a deberes y obligaciones legales.

[29] MOSQUERA, 2005: 158

REFERENCIAS

1. Alexy, R. (2010). *Una teoría de los derechos constitucionales.* Oxford: Oxford University Press.
2. Castillo, L. (2007). Los Derechos Humanos: la persona como inicio y fin del derecho. *Foro Jurídico: revista de derecho,*, 27-40.
3. Castillo, L. (2008). *Derechos fundamentales y procesos constitucionales.* Grijley.
4. Chavez, J. C. (2011). *El fundamento de los derechos humanos en las sentencias del Tribunal Constitucional Peruano: el concepto de dignidad humana en tensión entre la mera autonomía y la libertad ontológica.* Zaragoza, España: Universidad de Zaragoza.
5. Córdoba, L., & Palacio, R. (2010). Objeción de conciencia y la antropologÍa filosófica. *Persona y Bioética,* , 167-175.
6. Gascón, M. (1990). *Objeción al Derecho y objeción de conciencia.* Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
7. Huaco, M. (2005). *Derecho de la religión: el principio y derecho de libertad religiosa en el ordenamiento jurídico peruano.* Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos; Universidad Peruana Unión.
8. Idígoras, J. L. (1979). *Iglesia y Estado en la Constitución Peruana.* Lima: Colecciones CAPU. Pontificia Universidad Católica del Perú.
9. Kotzur, M., & Méndez, C. (2009). Los derechos fundamentales en Europa. *Revista de derecho constitucional europeo*, 73-100.
10. Llamazares, D. (2011). *Derecho de la libertad de conciencia II. Conciencia, identidad personal y solidaridad.* Madrid: Editorial Civitas.
11. Macioce, F. (2010). La objeción de conciencia. In Estado, ley y conciencia. *Marcial Pons.*, pp. 177-186.
12. Martínez-Torrón, J. (2005). Las objeciones de conciencia de los católicos. *Ponencia presentada en las XXV Jornadas de la Asociación Española de Canonistas.* Madrid.
13. Massini, C. (2006). *La Ley Natural y su interpretación contemporánea.* Navarra: Ediciones Universidad de Navarra S.A.
14. Mora-Restrepo, G. (2011). Objeción de conciencia e imposiciones ideológicas. El Mayflower a la deriva. *Estudio Socio-Jurídico, 2*(13), 249-273.
15. Mosquera, S. (2004). Un conflicto entre conciencia y ley en el ordenamiento peruano: comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional de 19 de agosto de 2002. *Revista de Derecho, Universidad de Piura*, Vol. 5 pp.469-509.
16. Navarro, R., & Palomino, R. (2001). *Estado y religión. Textos para una reflexión crítica.* Barcelona: Ariel.
17. Navarro-Valls, R., & Martínez-Torrón, J. (1997). *Las objeciones de conciencia en el derecho español y comparado.* Madrid: McGraw-Hill.
18. Palomino, R. (1994). *La objeción de conciencia.*
19. Perez, A. (1984). *Derechos humanos, estado de derecho y constitución. .* Tecnos, Editorial SA.
20. Prieto, L. (2003). *Justicia constitucional y derechos fundamentales.* Castilla: Editorial Trotta.
21. Roca, G. (1993). *La objeción de conciencia en la Constitución Española.* Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
22. Rubio, M., Eguiguren, F., & Bernales, E. (2010). *Los Derechos Fundamentales en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.* Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
23. Sales, C. (2016). *Objeción de conciencia a tratamientos médicos.* Lérida, España: Universidad de Lérida, Tesis de bachiller en Derecho.

LA DESAPARICIÓN, NUEVA MODALIDAD DE VIOLENCIA DE GÉNERO CONTRA LAS MUJERES

José Leonides Agip Vásquez[1]

Resumen:

El punto de partida de la presente investigación es describir la problemática actual en el Perú, respecto a las desapariciones de niñas, niños, adolescentes y mujeres, en base a estadísticas obtenidas, con la finalidad de analizar y contrastarla con la normativa vigente, en especial la última modificación del Reglamento de la Ley 30364, Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar; la inclusión a la desaparición de las mujeres como una modalidad de violencia de género.

Palabras Clave:

Mujeres desaparecidas, violencia de género, violencia en línea y Ley 30364

Sumario:

1.- Violencia contra las mujeres. 2.- Violencia de género en línea contra las mujeres en la actualidad. 3.- La desaparición de mujeres en el Perú. 4.- La Corte Interamericana sobre la desaparición de mujeres. 5.- Mujeres desaparecidas en el Perú en los últimos años. 6.- Las mujeres desaparecidas como población vulnerable. 7.- Nuevas luces y nuevos mecanismos de protección de las mujeres desaparecidas. 8.- Nuevos desafíos. 9.- Conclusiones 10. Bibliografía

Introducción:

Se ha vuelto común informarse a diario la desaparición de niñas, niños, adolescentes y mujeres; ante dichas noticias, la primera reacción para quien la recibe dicha noticia es ignorar la realidad, "suponiendo que dichas personas desaparecidas volverán o serán encontradas en cualquier momento". Ahora bien, es necesario observar los índices de desapariciones que posee la Policía Nacional del Perú en los últimos años y analizarlo con detenimiento, para darse cuenta de la magnitud del problema que se vive; y es que, no todas las personas desaparecidas son ubicadas.

De los índices que se mostrarán, se podrá observar que a favor de las mujeres existen más denuncias sobre desapariciones respecto a los hombres, lo que ha generado que aunado a que sean consideradas dentro del grupo de

[1] Bachiller en Derecho Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo. Auxiliar Administrativo Módulo Judicial Integrado en Violencia contra las Mujeres e Integrantes del Grupo Familiar de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque

las personas en situación de vulnerabilidad, se considere a las desapariciones como una forma de violencia de género, la misma que se ha logrado plasmar en el Decreto SupremoN° 005-2022-MIMP, expedido con fecha05 de abril de 2022.

Ampliándose de esta manera, los supuestos de violencia de género; definido como el trato desigual que reciben las mujeres, por el hecho de ser mujeres, dicha conducta se ejerce partiendo de ciertos estereotipos creados por la sociedad considerando a los hombres superiores.

Teniendo en cuenta que la gran mayoría de las desapariciones son realizadas por terceros, con la finalidad de cometer otros delitos, tales como, trata de personas, secuestro, violación sexual, prostitución, explotación sexual, pornografía infantil y otros; no se debe dejar de mencionar a los medios tecnológicos de comunicación ligados la internet, Facebook, Twitter, WhatsApp, Instagram, Messenger y otros; los que cada vez se usan más, siendo preocupante que dicha plataforma se está convirtiendo como el medio para ejercer la violencia de género, por ejemplo la captación de mujeres, siendo en algunos casos el origen de las desapariciones realizada por particulares.

Ante esta realidad, el Estado debe dirigir su mirada hacia las instituciones encargadas de la ubicación de personas desaparecidas, especialmente mujeres. Haciendo esfuerzos para lograr que los medios tecnológicos sirvan verdaderamente como instrumentos en la ubicación de dichas personas.

1. Violencia contra las mujeres

El Estado peruano, desde el 23 de noviembre del 2015, renovó esfuerzos para proteger a las mujeres e integrantes del grupo familiar, víctimas de violencia en las modalidades de violencia física, psicológica, sexual y económica patrimonial, con la entrada en vigencia de la Ley 30364 y su reglamento, con un procedimiento novedoso para entonces.El proceso judicial diseñado es más corto e integrado con otras disciplinas, quedando desfasado, debido a su trámite engorroso y por no brindar una protección oportuna, el proceso regulado en la Ley 26260 vigente desde el 23 de diciembre de 1993.

Para comenzar, debemos citar a la Convención Belém do Pará, la que define la violencia contra la mujer *como "cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado"* [2].

Ante los preocupantes hechos de violencia que se han hechos visibles en los últimos años, sin duda, ha sido la mujer, a la que se le ha tratado de proteger de la violencia ejercida por el hombre, esposo, conviviente, pareja sentimental, etc.

Se considera violencia contra las mujeres, la violencia física, violencia psicológica, violencia sexual y violencia económica patrimonial[3] ejercida por su sus parejas o exparejas, considerándose al Feminicidio como su máxima expresión[4]

[2]Artículo 1°, Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Convención Belem do Para)
[3] Artículo 8° de la Ley 30364
[4] De acuerdo con las estadísticas más recientes del Observatorio de Igualdad de Género (OIG) de CEPAL, en 2019 se registraron 4.640 feminicidios en la región; es decir, cada día muere un promedio de doce mujeres y niñas por el hecho

2. Violencia de género en línea contra las mujeres en la actualidad

Se considera a la violencia por razón de género, la *"la violencia dirigida contra la mujer porque es mujer o que la afecta en forma desproporcionada"*[5], es decir crea brechas entre hombre y mujeres en el ejercicio de sus derechos, originado por los estereotipos de la sociedad.

La violencia se encuentra en todos los sectores y medios que el hombre tiene contacto, el internet no es la excepción, se le ha denominado "Violencia en línea", la Relatora Especial de la ONU define a la violencia en línea o violencia digital como:

> *Todo acto de violencia por razón de género contra la mujer cometido, con la asistencia, en parte o en su totalidad, del uso de las TIC, o agravado por éste, como los teléfonos móviles y los teléfonos inteligentes, internet, plataformas de medios sociales o correo electrónico, dirigida contra una mujer porque es mujer o que la afecta en forma desproporcionada*[6].

Es la misma violencia de siempre, solamente que los agresores han ampliado sus instrumentos que tienen al alcance con la finalidad de agredir a las mujeres, al respecto la Organización de los Estados Americanos, sobre el particular expresa:

> *No debemos caer en el error de considerar que la violencia en línea es un fenómeno separado de la violencia en el mundo "real", pues forma parte de las manifestaciones continuas e interconectadas de violencia que las mujeres ya vivían fuera de internet.* ***(OEA, 2021****)*

La violencia contra las mujeres ha evolucionado, ahora es común observar la creación, difusión, distribución o intercambio digital de fotografías, audios, videos de naturaleza sexual sin consentimiento, por lo que la violencia se ha apoderado de este espacio:

> *En sentido inverso, la violencia puede comenzar como intercambios en las redes sociales por una menor de edad con supuestos nuevos amigos y culminar en encuentros donde se cometen actos de violencia sexual o secuestros. Todos estos actos nuevos inciden en la interacción de las mujeres no solo en línea sino en todos los espacios de su vida offline*. **(OEA, 2021)**

Definitivamente la "violencia en línea" afecta a las mujeres, en el libre desarrollo de sus derechos: a)Derecho a la igualdad y no discriminación, b) Derecho a una vida libre de violencia, c) Derecho a la integridad personal, d) Derecho a la autodeterminación, e) Derecho a la libertad de expresión, f) Derecho al acceso a la información, g) Derecho al

---

de ser mujer. Ver, Observatorio de Igualdad de Género de América Latina y el Caribe. Feminicidio. Disponible en https://oig.cepal.org/es/indicadores/feminicidio

[5] (Comité CEDAW, Recomendación General 19, párr. 6), Acceder: http://hrlibrary.umn.edu/gencomm/Sgeneral19.htm

[6] Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Informe de la Relatora Especial de la ONU sobre violencia contra las mujeres y las niñas desde la perspectiva de los derechos humanos, doc. cit., párr. 23. (A/HRC/38/47, 18/06/2018); acceso: https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G18/184/61/PDF/G1818461.pdf?OpenElement

acceso al internet, h) Derecho a la libertad de reunión y asociación, i) Derecho a la privacidad y a la protección de datos personales, j) Derecho a la protección del honor y la reputación y k) Derecho a los derechos sexuales y reproductivos **(REVM-ONU, 2018**)

Ante dicha problemática, es necesario que las grandes corporaciones se sumen para frenar este flagelo, siendo necesario que en las redes sociales, programas, aplicaciones, y otros, existan ciertas políticas de uso orientadas a evitar el ejercicio en dichas plataformasde la violencia de género en agravio de las mujeres, por ciertos sujetos que aceden mediante una cuenta, que han convertido a estos como instrumentos para violentar a las niñas, niños, adolescentes y mujeres.

Además, especial atención debe prestarse a que algunas mujeres son por las redes sociales con el fin de ser, secuestrarlas y con el fin de cometer otros delitos, tales como la trata de personas, la explotación sexual, la prostitución, explotación y la pornografía infantil. Siendo lamentable que dichos medios tecnológicos en algunos casos sean a través de los cuales provoquen la desaparición y el secuestro de mujeres en vez de coadyuvar en la búsqueda de dichas personas.

3. La desaparición de mujeres en el Perú

El Perú se ha convertido en uno de los países que más reportan personas desaparecidas, será quizá por su gran extensión y agreste accesibilidad a ciertas zonas, que muchas veces las instituciones gubernamentales no existen.

El gobierno peruano, ante dicha realidad, ha articulado un sistema de búsqueda de niñas, niños, adolescentes y mujeres desaparecidas y mujeres víctimas de violencia, trabajo conjunto del Ministerio del Interior (Policía Nacional del Perú), Ministerio de Transportes y Comunicaciones, Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables y el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Para dicha finalidad se ha implementado el portalweb "Desaparecidos en Perú"[7], que facilita la búsqueda mediante la activación de una alerta, siendo necesario para ello la realización de la denuncia respectiva en una dependencia policial.

La preocupación mundial por los crecientes niveles de desapariciones de mujeres se ha visto plasmado en innumerables sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).

4. La Corte Interamericana sobre la desaparición de mujeres

La Corte Interamericana de Derechos Humanos establece que los estados pueden prevenir la violencia en agravio de las mujeres, mediante medidas preventivas, así, en la sentencia "Campo Algodonero" señala:

> *"Los Estados deben **adoptar medidas preventivas en casos específicos en los que es evidente que determinadas mujeres y niñas pueden ser víctimas de violencia**. Todo esto debe tomar en cuenta que, en casos de violencia contra la mujer, los Estados tienen, además de las obligaciones genéricas contenidas en la*

[7] *www.desaparecidosenperu.policia.gob.pe*

Convención Americana, una obligación reforzada a partir de la Convención Belém do Pará." (Subrayado y énfasis agregado)[8]

Los Estados entonces, tienen la obligación de prevenir hechos de violencia mediante políticas de gobierno y leyes, en el presente el problema es evidente, con lo índices de personas desaparecidas, especialmente mujeres, la omisión acarrearía cierta responsabilidad, peor aún si se ventilará en los tribunales o instituciones estatales casos de desaparición o violencia y no existiera la actuación inmediata.

Dicho dispositivo concuerda con lo normado en la "Convención de Belem do Para", que a la letra establece en su artículo 9°:

Para la adopción de las medidas a que se refiere este capítulo, ***los Estados Partes tendrán especialmente en cuenta la situación de vulnerabilidad a la violencia que pueda sufrir la mujer en razón, entre otras, de su raza o de su condición étnica, de migrante, refugiada o desplazada.*** *En igual sentido se considerará a la mujer que es objeto de violencia cuando está embarazada, es discapacitada, menor de edad, anciana, o está en situación socioeconómica desfavorable o afectada por situaciones de conflictos armados o de privación de su libertad.*[9] *(Subrayado y énfasis agregado)*

Además, la Corte considera que el Estado no demostró haber adoptado normas o implementado las medidas necesarias, conforme al artículo 2 de la Convención Americana y al artículo 7.c de la Convención Belém do Pará, que permitieran a las autoridades ofrecer una respuesta inmediata y eficaz ante las denuncias de desaparición y prevenir adecuadamente la violencia contra la mujer. Tampoco demostró haber adoptado normas o tomado medidas para que los funcionarios responsables de recibir las denuncias tuvieran la capacidad y la sensibilidad para entender la gravedad del fenómeno de la violencia contra la mujer y la voluntad para actuar de inmediato.[10]

5. Mujeres desaparecidas en el Perú en los últimos años[11]

Año 2019:

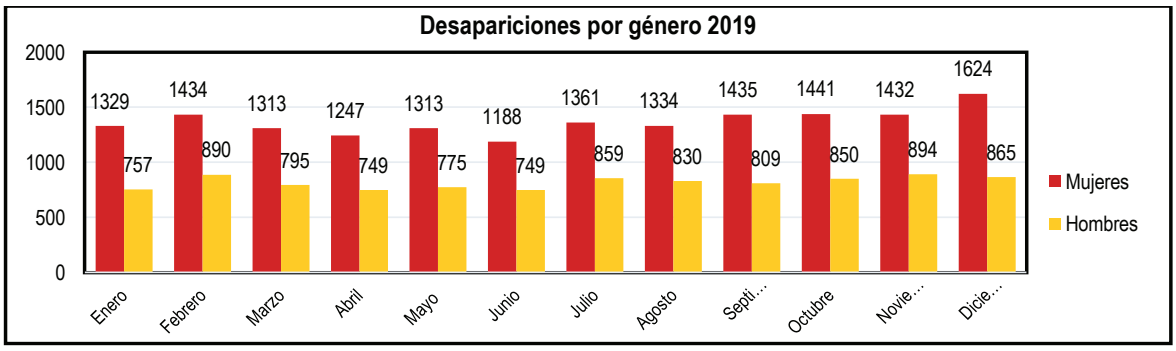
Durante el año 2019, se han registrado un total de 26331 denuncias sobre desaparición de personasen el **Registro Nacional de Información de Personas Desaparecidas (RENIPED) de la Policía Nacional del Perú**, de dicho número la diferencia porcentual entre mujeres y hombres es considerable, siendo mujeres por las cuales se han reportado más casos desaparición.

[8]Corte IDH, Caso González y otras vs. México ("Campo Algodonero"), Sentencia de 16 de noviembre de 2009, párrafo 258

[9]Artículo 9°, Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Convención Belem do Para)

[10] Corte IDH, Caso González y otras vs. México ("Campo Algodonero"), Sentencia de 16 de noviembre de 2009, párrafo 285

[11]*Registro Nacional de Personas desaparecidas (RENIPED), Web: https://desaparecidosenperu.policia.gob.pe/Desaparecidos/reniped*

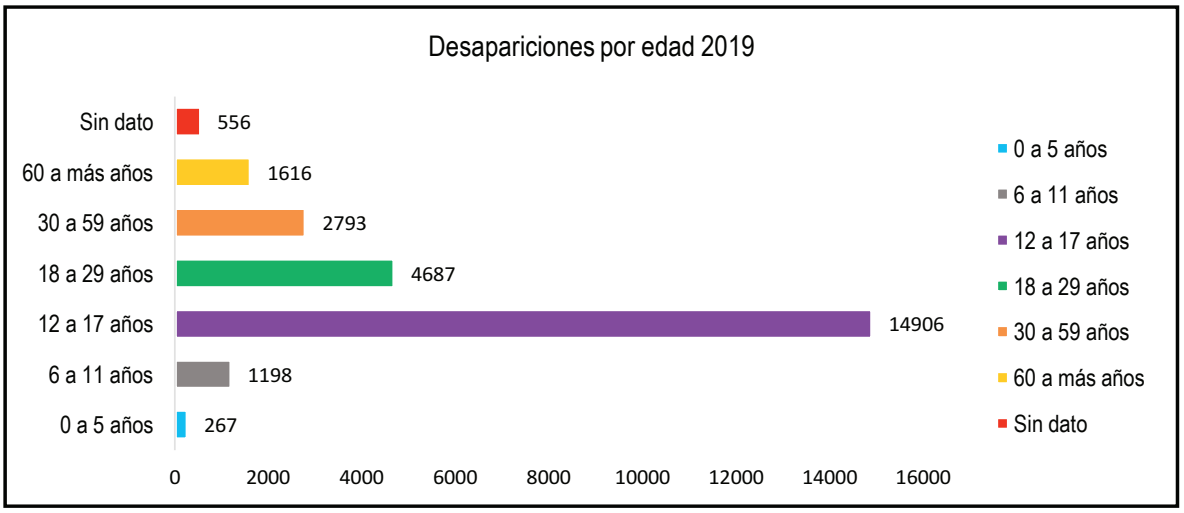


Fuente: Cuadro realizado por en base a dato obtenidos del *Registro Nacional de Personas desaparecidas (RENIPED) de la Policía Nacional del Perú.*

Conforme se observa, el porcentaje de las denuncias por desaparición de mujeres representa el 63 %, frente al 37% de hombres, una diferencia abismal, sin sumar a la totalidad una mínima y no menos importante suma, con decimales mayores o%, de casos de desapariciones de los cuales no se encuentran datos.

DESAPARICIONES POR GÉNERO 2019		
GÉNERO	N° DESAPARICIDOS	%
Mujeres	16451	63%
Hombres	9822	37%
Sin dato	58	0%
Total	26331	100%

A fin de especificar dichos porcentajes, se ha realizado una clasificación de desapariciones por edad, de 0 a 5 años, de 6 a 11 años, de 12 a 17 años, de 18 a 29 años, de 30 a 59 años y de 60 a más años, tal como se muestra en el siguiente cuadro:



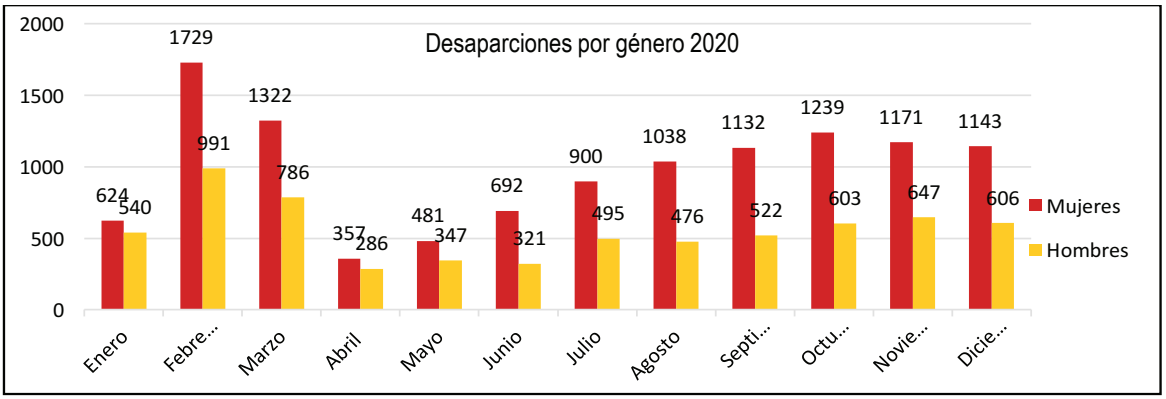
Fuente: Cuadro realizado por en base a dato obtenidos del *Registro Nacional de Personas desaparecidas (RENIPED) de la Policía Nacional del Perú.*

Son las personas entre 12 y 17 años, por las que más denuncias se han presentado, aunado a que más del sesenta por ciento son mujeres.

Año 2020:

Está claro que desde marzo de dicho año, toda la población en el Perú se encontraba confinada, y la violencia dejó de ser visible para convertirse en un problema silencioso, ya que las instituciones estatales se enfocaron en mitigar los casos y las consecuencias a consecuencia de la COVID-19, generándose desfases y vacíos en las cifras que se presenta a continuación durante todo el año 2020.

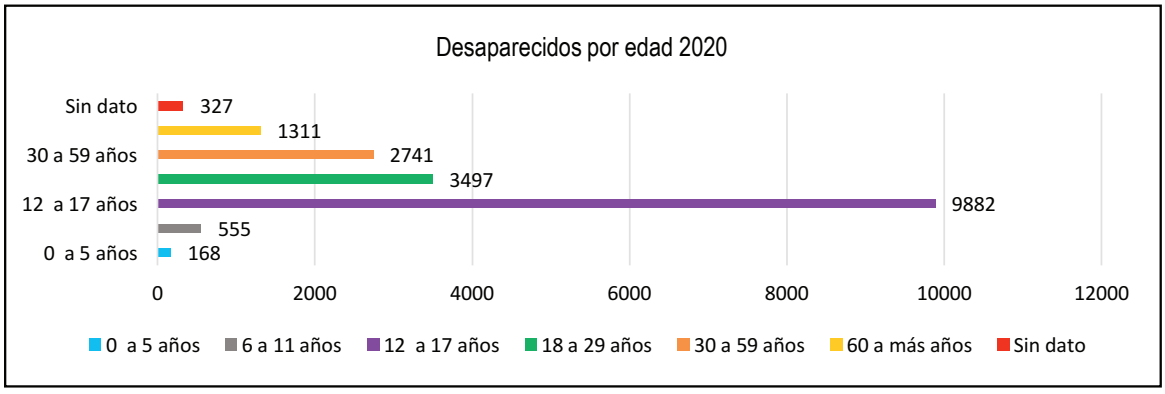
Resulta pertinente hacer mención que, ante la pandemia producida por el virus SARS-COV-02 (COVID19), con fecha 27 de abril del 2020 se publicó en Diario Oficial El Peruano el Decreto Legislativo 1470, Decreto Legislativo que establece medidas para garantizar la atención y protección de las víctimas de violencia contra las mujeres e integrantes del grupo familiar durante la emergencia sanitaria declarada por el COVID-19.



Fuente: Cuadro realizado por en base a dato obtenidos del *Registro Nacional de Personas desaparecidas (RENIPED) de la Policía Nacional del Perú.*

Género	Desapariciones	%
Mujeres	11828	64%
Hombres	6620	36%
Sin dato	13	0%
Total	18481	100%

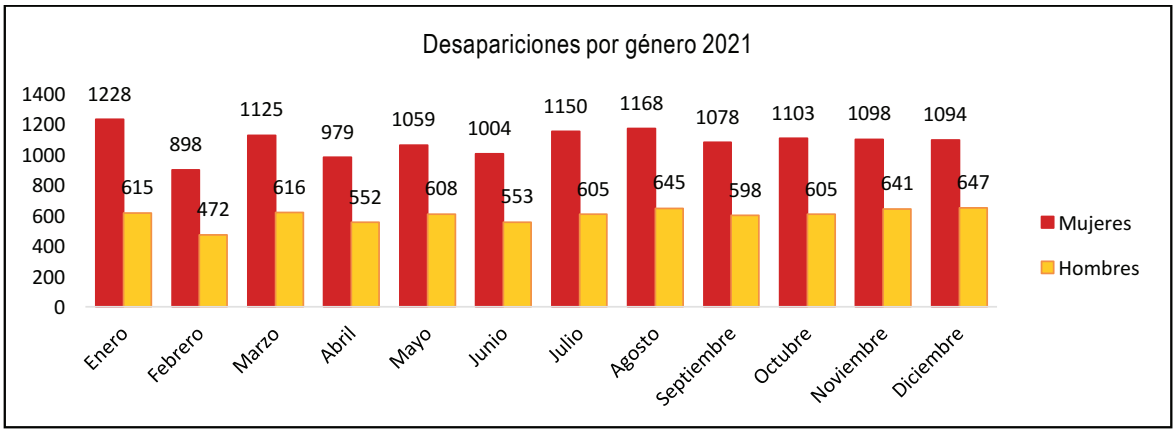
En las estadísticas por edad, sigue siendo la mayor cantidad de denuncias por desaparición presentadas a favor de las personas entre 12 y 17 años, no habiéndose reducido los índices en comparación con el año anterior.



Fuente: Cuadro realizado por en base a dato obtenidos del *Registro Nacional de Personas desaparecidas (RENIPED) de la Policía Nacional del Perú.*

Año 2021:

En el 2021, año en el cual el Perú y todos los países del mundo se comenzaba a tomar las primera medidas, a fin de proyectarse el final de los confinamientos, y es de observarse que los índices de desapariciones recupera los números existentes antes de la pandemia.

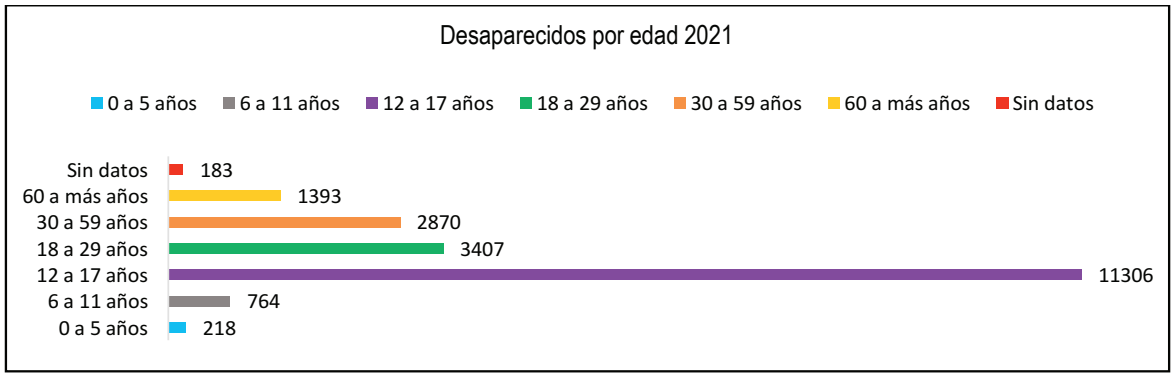


Fuente: Cuadro realizado por en base a dato obtenidos del *Registro Nacional de Personas desaparecidas (RENIPED) de la Policía Nacional del Perú.*

Se presentaron un total de 20141 denuncias de desapariciones, de los cuales el 64% que equivale a 12984 representa a mujeres y el 36% equivalente a 7157 a varones.

Género	Desapariciones	%
Mujeres	12984	64%
Hombres	7157	36%
Total	20141	100%

En las estadísticas por rango de edad, más denuncias por desaparición a favor de menores entre 12 y 17 años, haciendo un total de 11306 casos.



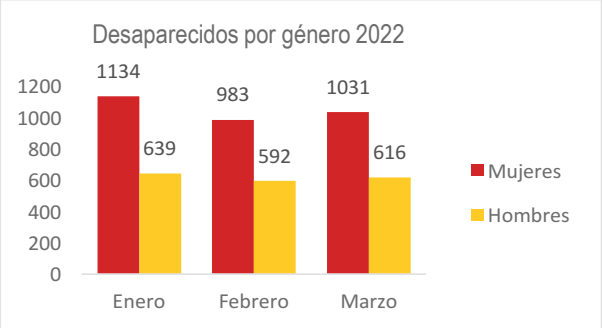
Fuente: Cuadro realizado por en base a dato obtenidos del *Registro Nacional de Personas desaparecidas (RENIPED) de la Policía Nacional del Perú.*

De las 20141 denuncias de desapariciones, solamente han sido ubicados 9248 ya sea vivos o fallecidos, siendo preocupante que la diferencia aún no haya sido ubicada.

Año 2022:

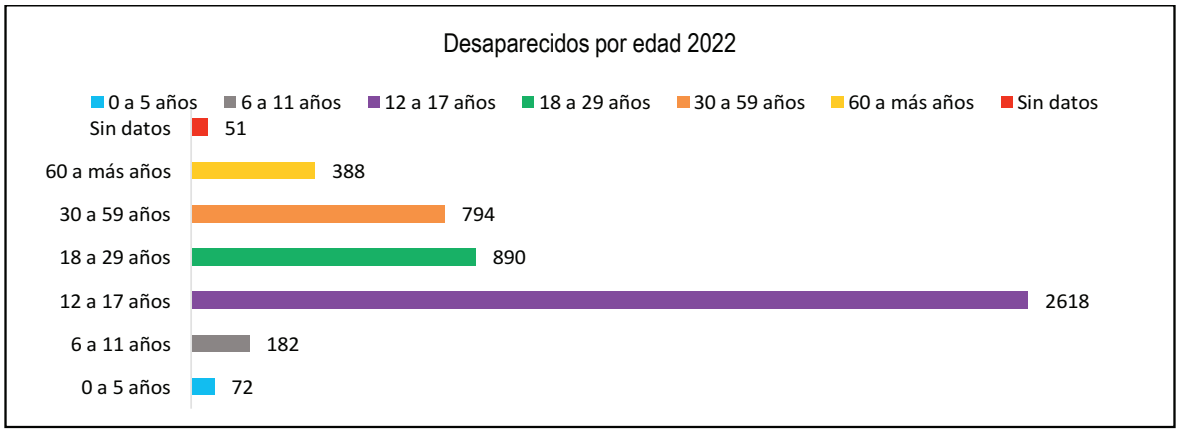
Finalmente en los primeros meses del año 2022, se ha registrado 4995 casos reportados de los cuales el 63% son mujeres y el 37% hombres.

Género	Desapariciones	%
Mujeres	3148	63%
Hombres	1847	37%
Total	4995	100%



Fuente: Cuadro realizado por en base a dato obtenidos del *Registro Nacional de Personas desaparecidas (RENIPED) de la Policía Nacional del Perú.*

Las estadísticas por edad, sigue sorprendiendo que los menores entre 12 y 17 años son los más reportados como desaparecidos. Del total de desaparecidos a la fecha solo han sido ubicados 2253 personas, vivo o fallecidos.



Fuente: Cuadro realizado por en base a dato obtenidos del *Registro Nacional de Personas desaparecidas (RENIPED) de la Policía Nacional del Perú.*

6. La mujeres desaparecidas, como población vulnerable

En el año 2018, el poder ejecutivo expidió el Decreto Legislativo N.º 1428, Decreto Legislativo que desarrolla medidas para la atención de casos de desaparición de personas en situación de vulnerabilidad, se considera dentro de las personas en situación de vulnerabilidad a las mujeres víctimas de violencia,:

Artículo 5°, el inciso b):

Personas en situación de vulnerabilidad. *- personas que sufren discriminación o situaciones de desprotección, entre ellas: niños, niñas, adolescentes, adultos mayores, personas con discapacidad, desplazados, migrantes internos,* ***mujeres víctimas de violencia****, integrantes de pueblos indígenas, entre otras personas que se encuentren en esta situación.(Énfasis y subrayado agregado)*

Posteriormente, en el año 2020, se expidió el Decreto Supremo N° 002-2020-IN, Protocolo Interinstitucional de Atención de Casos de Desaparición de Personas en Situación de Vulnerabilidad y Otros Casos de Desaparición, dicho desaparición de niñas, niños y adolescentes y mujeres víctimas de violencia en situación de alto riesgo, tal como estable su finalidad es: "*b) Garantizar la efectividad, continuidad y participación del sector público y privado en la activación de Alerta de Emergencia por desaparición de niñas, niños y adolescentes y mujeres víctimas de violencia en situación de alto riesgo."*

Conforme a los índices de desapariciones mostrados, es razonable la preocupación por activar mecanismos de apoyo, con la finalidad de ubicar a las personas, especialmente mujeres, desaparecidas.

"La desaparición de mujeres por particulares es una forma de violencia a menudo vinculada a delitos como feminicidio, trata de personas, violencia sexual, etc."[12] Como se observa la diferenciación del género y la Interseccionalidad generando desigualdad han sumado para agravar este problema.

7. Nuevas luces y nuevos mecanismos de protección de las mujeres desaparecidas

Con fecha 05 de abril de 2022, se emitió el Decreto SupremoN° 005-2022-MIMP, Decreto Supremo que modifica el Reglamento de la Ley N° 30364, Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes delgrupo familiar, aprobado mediante Decreto Supremo N° 009-2016-MIMP, entre las novedades más importantes se encuentra la inclusión del inciso 3 en el artículo 6°, referido a la finalidad del proceso:

"Artículo 6.- Finalidad del proceso

6.1. El proceso especial tiene por finalidad proteger los derechos de las víctimas y prevenir nuevos actos de violencia, a través del otorgamiento de medidas de protección o medidas cautelares; y la sanción de las personas que resulten responsables. Asimismo, tiene la finalidad de contribuir en la recuperación de la víctima.

6.2. En todas las fases del proceso se garantiza la protección de la integridad física y mental de las víctimas, sobre todo de aquéllas que corran riesgo de intimidación, de represalias o de victimización reiterada o repetida.

6.3. Las medidas adoptadas para la atención de casos de desaparición de mujeres, niñas, niños y adolescentes por particulares se regirán de acuerdo con lo dispuesto por la normativa vigente en la materia." [13] *(Énfasis agregado)*

[12] Recomendación General No.2 del Comité de Expertas del MESECVI sobre mujeres y niñas desaparecidas en el hemisferio de acuerdo con los Arts. 7b y 8 de la Convención de Belém do Pará.

Es sin duda un paso importante, para ampliar la protección de las mujeres desaparecidas. Desde la aplicación de la Ley 30364, solamente se buscaba la protección de la mujer e integrantes del grupo familiar, mediante las medidas de protección, es decir la víctima tenía conocimiento que a su favor existían un mandato judicial, porque ella lo solicitó o un tercero, en ambos casos se le notificaba, y podía hacerlo efectivo cuando su agresor intentaba ejercer nuevamente hechos de agresión.

Sin embargo, teniendo como sustento los índices de desapariciones, ocurre que la mujer se encuentra desaparecida, son los familiares más cercanos lo que se embarcan en su búsqueda, con la finalidad de encontrarlo viva, y lograr que la autoridad imponga una sanción contra el culpable.

Ante esta situación, el juzgado de familia o el órgano jurisdiccional competente, deberá otorgarle las medidas de protección también a los familiares, para tutelar su integridad, de tal manera que todas las instituciones puedan brindarle las facilidades en la búsqueda de la niña, niño, adolescente o mujer desaparecida, con tan solo mostrar la resolución judicial, a las diversas instituciones (Municipalidades, Serenazgo, guardacostas etc.)

Es un logro muy importante sin duda, que permitirá como un soporte a las familias, a fin de no doblegar todo sus esfuerzos y marchitar sus esperanzas de encontrar a la mujer miembro de su familia.

Fon fecha 07 de abril del 2022, se publicó en el Diario Oficial El Peruano la Ley 31439, la misma que modifica la Ley 30364, Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar, con la finalidad de fortalecer las instancias de concertación, sean estas regionales, provinciales o distritales, dicha norma modifica los artículos 37°; 38° y 39°, e incorpora los artículos 39-A y 39-B, con el objetivo que los gobiernos, regionales, provinciales y distritales, implementen, monitoreen, evalúen, coordinen y articulen la implementación de políticas encargadas de combatir la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar, que como ha sido establecido dichas obligaciones son bajo responsabilidad.
Ambas modificaciones son muy importantes, ya que para el logro de la prevención, sanción erradicación es necesario de todos los sectores, instituciones y comunidad en conjunto.

8. Nuevos desafíos

Se debe fortalecer el sistema de Búsqueda de Personas Desaparecidas, el mismo que se ha convertido en un medio muy importante para la búsqueda de las personas desaparecidas, especial atención a las mujeres que cada día aumentan los índices, tal como lo ha indicado la Defensoría del Pueblo, en un informe en el año 2021, además de realizar campañas, sobre la obligación de la Policía Nacional del Perú de cumplir con los protocolos aplicados en la búsquedas, se debe aplicar los principios de oportunidad, interés superior del niño y celeridad (**Defensoria del Pueblo, 2021)**

[13] Artículo 6° del Reglamento de la Ley 30364, Decreto Supremo N° 009-2016-MIMP

Ante las desapariciones reportadas, el Estado debe actuar conforme a los siguientes principios de debida diligencia y el principio de interés superior de la persona en condición de vulnerabilidad.[14]

9. Conclusiones

- Para lograr ubicar a las personas con más eficacia, es necesario fortalecer los instrumentos de búsqueda de las niñas, niños, adolescentes y mujeres, entre ellos el Registro Nacional de Personas desaparecidas (RENIPED) de la Policía Nacional del Perú
- Resulta importante la capacitación del personal de las instituciones orientadas a la búsqueda de personas, especialmente a los efectivos de la Policía Nacional del Perú, sobre la importancia de realizar las búsquedas cumpliendo los protocolos de actuación establecidos, en concordancia con el principio de debida diligencia y el interés superior de la persona en situación de vulnerabilidad

- La Defensoría del Pueblo, precisa que el Estado ante las desapariciones, debe cumplir con; la debida diligencia, la actuación pronta e inmediata, procesos adecuados por denuncias, la presunción de vida y el personal capacitado. **(Defensoria del Pueblo, 2022)**

- Los juzgados de familia, deben brindar protección a las niñas, niños, adolescentes y mujeres desparecidas las medidas de protección, así como a los familiares que hacen de conocimiento la desaparición, incluyéndose dentro de estas las facilidades que toda institución debe prestar en la búsqueda.

10. Bibliografía

- Defensoria del Pueblo. (Junio de 2021). *¿Que Pasó con ellas?* Obtenido de https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2021/07/Reporte-17-Qu%C3%A9-pas%C3%B3-con-ellas.pdf
- Defensoria del Pueblo. (2022). *¿Qué pasó con ellas?* Informe N° 25 - Febrero 2022, Defensoria del Pueblo, Lima, Lima. Obtenido de https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2022/03/Reporte-Igualdad-y-No-Violencia-25.pdf
- OEA. (2021). *La violencia en liena contra las mujeres y niñas.* OEA. doi:ISBN 978-0-8270-7306-7
- REVM-ONU, R. E. (2018). *Informe acerca de la violencia en línea contra las mujeres y las niñas desde la perspectiva de los derechos humanos.* Obtenido de https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G18/184/61/PDF/G1818461.pdf?OpenElement
- *Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer (Convención Belem do Para)*
- *Comité CEDAW, Recomendación General 19, párr. 6, Acceder: http://hrlibrary.umn.edu/gencomm/Sgeneral19.htm*
- *Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Informe de la Relatora Especial de la ONU sobre violencia contra las mujeres y las niñas desde la perspectiva de los derechos humanos, doc. cit., párr. 23. (A/HRC/38/47, 18/06/2018); acceso: https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G18/184/61/PDF/G1818461.pdf?OpenElement*
- *Web de búsqueda de la Policía Nacional del Perú: ww.desaparecidosenperu.policia.gob.pe*
- *Ley 30364, Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar*
- *Decreto Supremo N° 009-2016-MIMP, Reglamento de la Ley 30364, Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar*
- Recomendación General No.2 del Comité de Expertas del MESECVI sobre mujeres y niñas desaparecidas en el hemisferio de acuerdo con los Arts. 7b y 8 de la Convención de Belém do Pará.
- Observatorio de Igualdad de Género (OIG) de CEPAL, Ver, Observatorio de Igualdad de Género de América Latina y el Caribe. Feminicidio. Disponible en https://oig.cepal.org/es/indicadores/feminicidio
- Corte IDH, Caso González y otras vs. México ("Campo Algodonero"), Sentencia de 16 de noviembre de 2009, párrafo 258
- *Registro Nacional de Personas desaparecidas (RENIPED), Web: https://desaparecidosenperu.policia.gob.pe/Desaparecidos/reniped*

[14]Artículo 3° del Decreto Legislativo 1428, Decreto Legislativo que desarrolla medidas para la atención de casos de desaparición de personas en situación de vulnerabilidad

IPSO JURE

REVISTA DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LAMBAYEQUE

La República

SOMOS DIARIO JUDICIAL - LAMBAYEQUE 2022