

REVISTA INTERNACIONAL DE DERECHO

Volúmen 2
Número 2
2021

Política y Justicia en el Bicentenario

Editor: Víctor Sueiro Varhen

Autores: Carmen Barrón López
Hidelbrando Jiménez Saavedra
Renato Pezoa Huerta
Guisseppi Paul Morales Cauti
Paula Yovanka Morales Fajardo
Omar Enrique Salas Camacho
Rodolfo Marcone Lo Presti

Lima, diciembre de 2021

Facultad de
Derecho y
Ciencia Política


Universidad
Norbert Wiener
Fondo Editorial

REVISTA INTERNACIONAL DE DERECHO

**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA
UNIVERSIDAD PRIVADA NORBERT WIENER**

VOLUMEN 2, NÚMERO 2 (2021)

REVISTA INTERNACIONAL DE DERECHO

UNIVERSIDAD PRIVADA NORBERT WIENER

VOLUMEN 2, NÚMERO 2 (2021)

REVISTA INTERNACIONAL DE DERECHO, **VOLUMEN 2, NÚMERO 2 (2021)**

© Universidad Privada Norbert Wiener S. A. – Fondo Editorial
Jr. Larrabure y Unanue 110, Santa Beatriz, Lima, Perú
Teléfono 706-5555 anexo 3227

facultad.derecho@uwiener.edu.pe

<https://revistadederecho.uwiener.edu.pe/index.php/rider>

ISSN: 2788-7448

DOI: <https://doi.org/10.37768/unw.rid.03.01>

Prohibida la reproducción total o parcial por cualquier medio de impresión o digital en forma idéntica, extractada o modificada, en castellano o en cualquier otro idioma sin autorización expresa de la casa editorial.

Delia Muñoz Muñoz

Decana de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Privada Norbert Wiener. Perú

COMITÉ EDITORIAL

Delia Muñoz Muñoz

Decana de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Privada Norbert Wiener. Perú

Fernán Altuve-Febres Lores

Abogado peruano, español. Investigador en historia del Derecho

Cecilia Bákula Budge

Historiadora peruana. Docente de Pontificia Universidad Católica del Perú

Elaine Ann Ford Deza

Abogada y Periodista peruana. Catedrática de la Universidad Peruana de las Ciencias Aplicadas

Juan José Martínez Ortiz

Abogado peruano. Docente de Posgrado de Universidad del Pacífico

Carlos Enrique Rodríguez Manrique

Abogado y Socio del estudio Amprimo, Flury, Barboza & Rodríguez Abogados. Profesor, Universidad de Lima y Universidad del Pacífico.

Sergio León Ocampo Madrid

Docente de la Universidad Externado de Colombia y de la Pontificia Universidad Javeriana

Rafael Pastor Besoain

Docente de la Facultad de Derecho y Humanidades, Universidad Central de Chile, República de Chile

Nicolás Pizzo Viola

Docente de la Facultad de Derecho, Universidad de la República, República Oriental del Uruguay

COMITÉ CIENTÍFICO

Nicolas Pizzo Viola

Profesor de la Facultad de Derecho, Universidad de la República. Uruguay

Carlos Esplugues Mota

Catedrático de la Facultad de Derecho, Universitat de València. España

Cristiane Penning Pauli de Menezes

Profesora de la Facultad de Derecho, Universidade Federal de Santa Maria. Brasil

Katarzyna Dunin Borkowski

Docente de la Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica del Perú. Perú

Sarah Lucia Carracedo Uribe

Docente de la Facultad de Derecho y Ciencia Política, Universidad Privada Norbert Wiener. Perú

Ana María Cecilia Valencia Catunta

Docente de la Facultad de Derecho y Ciencia Política, Universidad Privada Norbert Wiener. Perú

Claudia Lucía Castro Barnechea

Docente de la Facultad de Derecho y Ciencia Política, Universidad Privada Norbert Wiener. Perú

EDITOR

Víctor Rogelio Sueiro Varhen

Docente de la Facultad de Derecho y Ciencia Política, Universidad Privada Norbert Wiener. Perú

CONTENIDO

Presentación	6
Retos de la Justicia en tiempos de pandemia	7-24
M ^a Carmen Barrón López	
Seguridad jurídica, fe pública y los cambios estructurales. ¿Una necesaria vuelta a la idea del derecho?	25-43
Hidelbrando Jiménez Saavedra	
La noción de uniformidad en el derecho internacional del transporte y especialmente en el derecho marítimo	44-62
Renato Pezoa Huerta	
Control de la criminalidad extranjera o política integral de seguridad ciudadana. Un análisis a propósito de los índices de criminalidad en el marco de la migración venezolana	63-82
Guisseppi Paul Morales Cauti Paula Yovanka Morales Fajardo	
Breve análisis de la suplencia de queja deficiente: ¿Es correcta su aplicación en el proceso constitucional peruano?	83-100
Omar Enrique Salas Camacho	
Recensión de la obra: “Principios de Derecho Ambiental y Agenda 2030”	101-106
Rodolfo Marcone Lo Presti	

Presentación

El año 2021 estuvo marcado por el regreso paulatino a la “nueva normalidad”, debido a la pandemia ocasionada por la COVID-19. A finales del 2021, el mundo aún se encuentra frente a la amenaza de nuevas variantes que, lejos de superar la pandemia, continúa siendo un reto para la sociedad en todos sus aspectos, incluido el jurídico. De esta manera, está surgiendo un nuevo panorama jurídico mundial que trata de enfrentar los desafíos y retos en los tiempos de pandemia.

En este contexto, la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Privada Norbert Wiener reafirma su compromiso con la investigación en Derecho, a través de la publicación del volumen 2, número 2 de la **Revista Internacional de Derecho**, una publicación académica de periodicidad semestral que cuenta con la participación de académicos e investigadores nacionales y extranjeros.

En estricto cumplimiento de los estándares internacionales en materia de investigación, todos nuestros artículos han sido sometidos a una revisión por pares (*peer review*), constituida por dos árbitros anónimos, quienes garantizan la originalidad y la calidad de su contenido. De igual manera, contamos con el respaldo y colaboración permanente de nuestro Comité Editorial y Comité Científico, que están conformados por un grupo de destacados académicos y profesionales nacionales e internacionales, quienes opinan sobre la pertinencia de la publicación, tanto de los artículos, como de la revista internacional en su conjunto. Estamos muy orgullosos de anunciar que la Revista se encuentra indexada en DIALNET y pronto en más indexadoras que acreditarán su calidad.

En este tercer número, los autores nos guiarán en un cautivante viaje jurídico, a través de diversos tópicos de actualidad como las nuevas formas de medicación en la era actual, la seguridad jurídica en registros públicos, los conceptos esenciales sobre derecho y políticas referidas al transporte internacional de mercaderías, las políticas públicas y el control de la criminalidad, así como un nuevo enfoque sobre la suplencia de queja deficiente.

Agradecemos a los árbitros, miembros del Comité Editorial y Comité Científico, por su invaluable participación en esta tercera entrega de la revista. Asimismo, al Vicerrectorado Académico, al Vicerrectorado de Investigación y al Fondo Editorial de la Universidad, por su contribución para hacer posible la publicación de la revista. Finalmente, un agradecimiento especial a la Decana de la Facultad de Derecho y Ciencia Política, Delia Muñoz Muñoz y al Secretario Académico, Braulio Arias Villagómez por confiarme la edición y publicación del volumen 2, número 2 de la **Revista Internacional de Derecho**.

Mg. Víctor Rogelio Sueiro Varhen
Editor Principal de la Revista Internacional de Derecho

Universidad Privada Norbert Wiener
victor.sueiro@uwiener.edu.pe

Retos de la Justicia en tiempos de pandemia**M^a Carmen Barrón López¹**

Universitat de València

Carbalo2@alumni.uv.es

Código ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2539-307X>

Resumen: El modelo de Justicia en España de la era pre-coronavirus ya venía arrastrando múltiples deficiencias que han sido evidenciadas por el incrementado de la litigiosidad motivada por la crisis sanitaria y su impacto socioeconómico. Con la puesta en marcha de la maquinaria judicial, al colapso generado por la suspensión de los términos y plazos procesales motivados por la declaración del estado de alarma, se ha unido un exponencial aumento de la litigiosidad en los diferentes ámbitos del Derecho afectados por esta nueva realidad socioeconómica provocada por la pandemia.

Las consecuencias derivadas de la crisis sanitaria provocada por el COVID-19 y las medidas adoptadas para contenerla, han trascendido el ámbito sanitario y han tenido un grave impacto en nuestra economía, con especial énfasis en el derecho familiar, contractual y empresarial.

En el escenario descrito, en el ámbito de la Administración de Justicia resulta necesario adoptar medidas orientadas a procurar la agilización procesal y mitigar el exceso de litigiosidad mediante la potenciación de mecanismos extrajudiciales de conflictos, especialmente, la mediación. Si bien, el necesario impulso de la mediación debe plantearse como una medida de futuro que facilite el acceso a la Justicia al ciudadano y no como solución temporal de liberalización del colapsado sistema judicial.

En esta situación excepcional que nos encontramos surge la oportunidad de recurrir a la mediación como solución extrajudicial previa a la vía judicial, dando con ello un paso adelante hacía el nuevo modelo de "obligatoriedad mitigada", que garantice el derecho a la tutela judicial efectiva de todos los ciudadanos.

Palabras claves: crisis; Justicia; medios extrajudiciales de resolución de conflictos; pandemia; mediación.

Abstract: The Justice model of the pre-coronavirus era had already been dragging multiple deficiencies that have been evidenced by the increase in litigation motivated by the health crisis and its socioeconomic impact. With the implementation of the judicial mechanism, the collapse caused by the suspension of the procedural terms and deadlines motivated by the declaration of the state of siege in Spain, has joined an exponential increase in litigation in the different areas of law affected by this new socioeconomic reality caused by the pandemic.

The consequences derived from the health crisis caused by COVID-19 and the measures adopted to contain it, have transcended the health field and have had a serious impact on our economy, with special emphasis on family, contractual and business law.

¹ Doctora en Derecho por la Universitat de València.

In the scene described, in the field of the Administration of Justice it is necessary to adopt measures aimed at seeking procedural streamlining and mitigating excessive litigation through the enhancement of extrajudicial mechanisms of conflicts, especially mediation. However, the necessary impetus of mediation must be considered as a future measure that facilitates access to justice for citizens and not as a temporary solution to liberalize the collapsed judicial system.

In this exceptional situation that we find ourselves, the opportunity arises to resort to mediation as an extrajudicial solution prior to the judicial route, thus taking a step forward towards the new model of "mitigated obligation", which guarantees the right to effective judicial protection of all citizens.

Keywords: crisis; Justice; extrajudicial means of conflict resolution; pandemic; mediation.

Recibido: 29.11.2021

Aceptado: 05.12.2021

1. Consideraciones previas

La incardinación de mecanismos extrajudiciales de resolución de conflictos como la conciliación, la mediación o el arbitraje en un nuestro modelo de Justicia, atiende al reto de los países democráticos de facilitar el acceso a la Justicia del ciudadano, proporcionándole un sistema adaptado a las necesidades evolutivas de la nueva realidad económica y social.

Centrándonos en la mediación, la regulación de la mediación en el ámbito europeo se produjo con la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles (en adelante, Directiva 2008/52/CE) que constituye la culminación del interés mostrado por parte de la Unión Europea (UE) por los sistemas de Alternative Dispute Resolution (ADR) y que establecía la obligación de los Estados miembros de la UE de legislar sobre mediación civil y mercantil.

La transposición de esta Directiva 2008/52/CE al ordenamiento jurídico español (Azcárraga Monzonís, 2013, p. 3), cuya adopción era urgente, se produjo por la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, (en adelante, Ley de Mediación), que se completa con el Real Decreto 980/2013 de 13 de diciembre, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley de Mediación.

Tal y como se establece en el art. 2 de la Ley de Mediación su ámbito de aplicación se concreta a “las mediaciones en asuntos civiles o mercantiles, incluidos los conflictos transfronterizos, siempre que no afecten a derechos y obligaciones que no estén a disposición de las partes en virtud de la legislación aplicable. En defecto de sometimiento expreso o tácito a esta Ley, la misma será aplicable cuando, al menos, una de las partes tenga su domicilio en España y la mediación se realice en territorio español”.

De forma que, la incorporación de la mediación civil y mercantil al sistema de justicia en España ha sido impulsada a instancia de la UE y de otros movimientos interregionales que la consideran una vía idónea para la gestión y resolución de conflictos. Así, desde la Comisión Europea y con la perspectiva de un espacio judicial común, se ha pretendido que la implantación de los ADR sea un signo de identidad de la nueva Europa (Almoguera García, 2009, pp. 5-19), a la par que un medio para abordar la crisis de la Administración de Justicia.

La implantación de la mediación como cauce alternativo extrajudicial de resolución de conflictos responde a la creciente tendencia de toda sociedad avanzada de ofrecer al ciudadano sistemas que, de forma alternativa o complementaria a la vía judicial, le permitan decidir libremente la vía más adecuada para la gestión y resolución de sus propios conflictos; lo que ha generado un nuevo modelo de Justicia, un “cambio de paradigma” o de “Justicia integral” (Barona Vilar, 2016, p. 54).

Al mismo tiempo, es sobradamente conocida la saturación que sufren nuestros tribunales de justicia, con un creciente aumento de los litigios y mayor diversidad de éstos, propiciando esta situación la utilización de dichos mecanismos alternativos o complementarios en ámbitos del derecho, fundamentalmente privado, empero, no con una aplicación uniforme, sino con especial implantación en determinados sectores más proclives a su aplicación, caracterizados por unos determinados componentes, sobre todo de ámbito afectivo y familiar.

En línea con lo expuesto, es un reto para los países democráticos el acceso a la Justicia a los ciudadanos, no sólo como respuesta a la nueva realidad económica y social que evoluciona vertiginosamente, sino también, como estímulo al ciudadano, confiriéndole un papel activo y crítico ante las deficiencias de sistemas como el judicial que cada vez se separa más de las necesidades y realidad del justiciable.

Esta corriente se ha visto acelerada por la pandemia del COVID-19 que ha incidido especialmente en la Administración de Justicia ante el exponencial aumento de la litigiosidad provocado por el impacto socioeconómico de la pandemia. De esta forma, la situación existente provocada por los efectos socioeconómicos derivados de la pandemia ha agudizado la insostenible situación de nuestra administración judicial que se encuentra desbordada y que evidencia la imposibilidad de atender la sobrecarga de trabajo derivada de esta nueva realidad.

Este escenario ha evidenciado las carencias de nuestro modelo de Justicia y ha puesto de manifiesto su imposibilidad de atender y dar respuesta de forma rápida y efectiva a los conflictos generados en la era coronavirus y post-coronavirus.

La realidad expuesta plantea la necesidad de remodelar nuestro modelo judicial y buscar mecanismos que, junto con la vía judicial, configuren un sistema plural de vías de acceso a la Justicia, sin perjuicio de que la Administración de Justicia demuestre su capacidad de adaptación a las nuevas circunstancias concurrentes.

Ante esta situación, se ha abierto el camino a otros cauces de resolución, como la mediación, cuya implantación requiere un especial impulso, para el que debemos plantear un cambio de rumbo que debe de ir inexorablemente unido de un efectivo impulso por las diversas instituciones jurídicas, destacando especialmente en este sentido las recomendaciones del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) en favor de la potenciación y favorecimiento de la mediación.

Por todo ello, siguiendo al profesor español Martín Diz, “Nos encontramos en plena transición hacia una justicia integral en la cual conviven los sistemas jurisdiccionales públicos y dependientes del Estado con mecanismos extrajudiciales de resolución de conflictos”. (Martín Diz, 2019, p. 27).

Ciertamente, en el panorama existente, la mediación puede ser la mejor herramienta para afrontar las múltiples situaciones conflictivas que se plantean. La crisis generada por la pandemia está teniendo una fuerte repercusión socioeconómica que requiere un esfuerzo de reconstrucción laboral, familiar, económica y jurídica, que proporcione a los conflictos surgidos una solución rápida y acorde a esta nueva realidad.

En estas circunstancias, se ofrece una gran oportunidad a la mediación, como vía que fomenta el consenso y la ayuda mutua. Por todo ello, será necesario confiar en la mediación y darle la oportunidad de desarrollar sus bondades e integrarla en nuestro modelo de Justicia, en el que la mediación puede tener un especial protagonismo y configurarse como una pieza clave del sistema.

2. Incardinación de la mediación en el modelo de Justicia

La incorporación de las ADR en nuestro modelo continental ha venido impulsada por su reconocimiento nivel nacional e internacional, con denominaciones como MARC (Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos), MASC (Métodos Alternativos de Solución de Conflictos), RAC (Resolución Alternativa de Conflictos). (Barona Vilar, 2014).

Esta corriente ha venido posicionando dichos mecanismos como piezas esenciales en Derecho privado para la resolución de los conflictos configurando un paradigma de justicia eficaz que ha cambiado su visión inicial de vía alternativa a la judicial, hasta su consideración como vía complementaria (Barona Vilar, 2011, p. 188).

Ciertamente, la Administración de Justicia del siglo XXI ha estado desconectada en gran medida de la realidad económica y social concurrente y se ha venido sobrecargando por el auge de los conflictos derivados de un entorno cada día más complejo y globalizado. Para afrontar dicha situación, tiende a estar apoyada por medios extrajudiciales de resolución de litigios, tales como arbitraje, mediación, negociación, con un objetivo de justicia plural, integrada por sistemas alternativos o complementarios al proceso, sin que por ello se deba generar una situación de indefensión al ciudadano (Carrasco Durán, 2018).

En efecto, el acceso a la Justicia a los ciudadanos es un reto para los países democráticos, como estímulo al ciudadano, confiriéndole un papel activo y crítico ante las deficiencias del sistema como el judicial, que cada vez se separa más de las necesidades y realidad del justiciable. En esta línea, los cauces extrajudiciales de resolución de conflictos responden a un modelo de justicia adaptado a nuestra realidad económica y judicial.

El impulso de otras vías de acceso a la Justicia es fiel reflejo del estado de bienestar que avanza en la búsqueda de proporcionar al ciudadano servicios públicos de calidad, entre los que se encuentra un sistema satisfactorio de acceso a la Justicia.

En este sentido, empoderar al ciudadano y darle protagonismo en la gestión de los servicios públicos no debe consistir en plantearse la dicotomía entre tribunales de justicia o medios alternativos o complementarios a la vía judicial; la reflexión debe ir más allá, a fin de proporcionar los recursos más eficaces al ciudadano según las circunstancias, convirtiéndose, en cada caso, el mecanismo elegido en la opción más idónea para la gestión y resolución de sus conflictos.

Siguiendo al autor español Redorta Lorente “el acceso a la Justicia por los ciudadanos debe ser visto como el derecho de acceso a los medios apropiados de resolución de conflictos en función de las circunstancias del caso”. (Redorta Lorente, 2009, p. 6).

En este punto, como expone acertadamente la doctora española Barona Vilar, la sociedad neo-moderna ha abandonado el monopolio procesal de los tribunales de justicia, con la paulatina incorporación inicialmente de las ADR, amén de las mismas con instrumentos tecnológicos que han dado lugar a las ODR (On line Dispute Resolution), lo que ha favorecido un cambio en el modelo de Justicia del Siglo XXI y ha avanzado en un concepto de “Justicia integral” (Barona Vilar, 2018, p. 438).

Ante esta visión integradora de la Justicia que ofrece al ciudadano un nuevo modelo amparado en el derecho a la tutela judicial efectiva, frente al modelo judicial monopolista. Este nuevo sistema de justicia plural pone de relieve las ventajas de la aplicación en la resolución de controversias de sistemas de autotutela, autocomposición y otros mecanismos de heterocomposición (Moreno Catena, 2017, p. 50), entre los que consideramos de especial trascendencia la mediación.

De esta forma, compartimos con el autor español Martín Diz que “la mediación es una institución típicamente jurídica, en cuanto a su consideración como medio de resolución pacífica de disputas. Por tanto, en sentido amplio, ha de ser entendida como un

mecanismo para impartir Justicia, que se inclina a dar a cada uno lo que le corresponde mediante la aplicación del derecho, la razón o la equidad” (Martín Diz, 2010, p. 61).

Quizá la cuestión planteada debe trascender al método valorado y enfocarse desde una visión más general referente a la igualdad entre los diversos mecanismos de resolución de conflictos, partiendo de una regulación procedimental que garantice igualdad de armas y un efectivo derecho a la tutela judicial por los ciudadanos. Para ello, los diversos métodos, independientemente de su idoneidad según la tipología del conflicto, podrán ser elegidos indistintamente por el ciudadano, al inspirarle igualdad de confianza y seguridad.

En razón a lo expuesto, a fin de valorar la idoneidad de la mediación, debemos considerar que el procedimiento de mediación es más flexible que el modelo judicial, al configurarse un procedimiento dinámico, en el que se determinan unos hitos mínimos y se deja libertad a las partes para su diseño y desarrollo, a fin de dotarlo de agilidad y especialidad.

3. La mediación como vía de acceso a la Justicia

La mediación se encuadra dentro de las técnicas ADR y se caracteriza por ser un sistema autocompositivo de solución de conflictos, en el que las partes apoyadas por un mediador colaboran activamente en la búsqueda de una solución que satisfaga sus respectivas necesidades e intereses.

La mediación no es un mecanismo nuevo de resolución de conflictos, empero, al ser una institución jurídica de reciente introducción en nuestro ordenamiento nacional, resulta difícil dar una definición integradora de la mediación. En este sentido, compartimos con la autora española Soleto que ante la dificultad de delimitar qué es o qué no es la mediación, no es conveniente establecer límites claros y excluyentes en relación con el concepto de mediación, al tratarse de una institución que está fundamentada en la flexibilidad, tratándose desde un punto de vista jurídico de un procedimiento a través del cual un tercero imparcial ayuda a las partes en conflicto a llegar a un acuerdo (Soleto Muñoz, 2009, pp. 66-88)

Ciertamente, en la mediación la pieza esencial del sistema será la figura del mediador que será el garante de su carácter autocompositivo, al consistir fundamentalmente su intervención en ayudar a las partes a que por sí mismas y de forma constructiva gestionen el conflicto, alcanzando una solución favorable que lo resuelva.

La definición de mediación es establecida en el artículo 1 de la Ley de Mediación como “aquel medio de solución de controversias, cualquiera que sea su denominación, en que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador”.

La Ley de Mediación, como establece su artículo 2, extiende su aplicación a los asuntos civiles o mercantiles que versen sobre derechos y obligaciones disponibles, sin que resulte aplicable a la mediación en el ámbito penal, con las Administraciones públicas, en materia laboral y en conflictos de consumo.

El ámbito de aplicación de la mediación en asuntos civiles y mercantiles es muy amplio, si bien, no consideramos que sea apta para todo tipo de conflicto, resultando la fórmula más adecuada para la resolución de determinados conflictos familiares. Es, por tanto, en el ámbito del conflicto de familia donde la mediación comenzó a encontrar acomodo y a desarrollarse en España, fruto principalmente de la inadecuación del procedimiento

judicial para dar cumplida respuesta a todos los conflictos derivados de dichas situaciones.

Compartimos con Viola Demestre (Viola Demestre, 2017, p. 425), que la idoneidad de la mediación para gestionar los intereses divergentes radica en que está orientada a conseguir pactos, así como, en mantener la relación entre las partes en disputa.

La mediación ha sido identificada a partir de una serie de principios o criterios reflejados en la propia regulación legal. Así, partiendo de la configuración de la mediación determinada por la Ley de Mediación, como rasgos esenciales de esta podemos destacar:

1) El principio de voluntariedad y de libre disposición que se fundamenta en la libre disponibilidad de las partes que les confiere poder de decisión en el procedimiento para organizarlo y darlo por terminado en cualquier momento.

En consecuencia, es un principio esencial de la mediación la voluntariedad, fundamentada en el poder de decisión de las partes sobre la gestión de sus conflictos, lo que fomenta la responsabilidad de las partes y la toma de conciencia sobre las consecuencias de los acuerdos adoptados (Otero Parga, 2007, pp. 146-149).

2) El principio de igualdad entre las partes, en función del que a cada una de las partes se otorga la oportunidad de ejercitar sus derechos, proporcionándoles los mismos medios de defensa e intervención (Vilalta Nicuesa, 2009, pp. 43-44).

En referencia al principio de igualdad acertadamente expone Barona Vilar que “sólo es posible identificar la mediación con la igualdad de las partes, de manera que, para que sean éstas las que intervengan, cedan y alcancen el acuerdo, es imprescindible que actúen en situación de igualdad de posiciones. De este modo, se viene excluyendo la mediación en aquellos supuestos en que este método implicaría la imposición de una parte sobre la otra, por razones diversas, de manera que deberán ser los mediadores los que establezcan esas situaciones claras que no deben llevarse a mediación” (Barona Vilar, 2010, p. 42).

3) El principio de neutralidad radica en que la postura del mediador debe ser neutral y adoptar una actitud cercana a las partes, pero equidistante respecto al acuerdo, siendo las partes las que lo alcancen.

La importancia de la neutralidad es intrínseca a la misma existencia y naturaleza de la mediación. A fin de delimitar los principios de imparcialidad y neutralidad, destacamos la apreciación del autor español González Pillado “se predica de la relación del mediador consigo mismo, teniendo en cuenta sus valores, prejuicios, emociones, formación profesional, etc.; mientras que la imparcialidad se ejerce frente a las partes, intentando atender a ambas con la misma atención, en aras del equilibrio de posiciones que se presentan frente al mediador” (González Pillado, 2011, p. 363)

Por tanto, la neutralidad está referida a la postura del mediador respecto a la resolución de la controversia, no pudiendo imponer el acuerdo, que únicamente puede proceder de las partes. En consecuencia, implica que el mediador debe adoptar una actitud cercana respecto a las partes, pero equidistante respecto al acuerdo, siendo las partes las que lo alcancen.

4) El principio de flexibilidad determinado porque el procedimiento es adaptable a las circunstancias propias de cada conflicto y de las personas que intervienen en el mismo.

Ciertamente, no nos encontramos ante un procedimiento rígido, sino ante un procedimiento flexible que se caracteriza por su adaptación a las necesidades de las partes, sin que se deba confundir con la arbitrariedad; por lo que, el mediador debe ser garante de que no se conculquen los principios de la mediación (Blohorn-Brenneur y Soletto Muñoz 2019, p.85).

En función de dicha flexibilidad corresponderá al mediador valorar la marcha del procedimiento y adaptarlo, favoreciendo así el clima de acercamiento y confianza entre las partes. Esta adaptación no sería posible en un procedimiento rígido y formulario que se centrara en considerar solo los aspectos objetivos del conflicto, sin evaluar el problema subyacente existente entre las partes.

5) El principio de confidencialidad es otro de los principios rectores de la mediación, sobre el que se asienta la confianza del ciudadano en el procedimiento. En definitiva, la confidencialidad genera el clima necesario para que las partes actúen con plena libertad, y, así, manifiesten sus intereses y realicen propuestas que puedan construir un acuerdo (García Villaluenga, 2010, p. 733).

Los principios expuestos configuran la mediación como elemento clave para facilitar el acceso a la justicia del ciudadano, si bien, los resultados de su implantación en España reflejan que no ha alcanzado una efectiva penetración en el ámbito procesal civil. Por ello, nos resulta de gran interés determinar qué actuaciones desde el ámbito legislativo y social pueden implementarse para transformar culturalmente esta realidad, especialmente ante las excepcionales circunstancias concurrentes tras la irrupción de la pandemia, lo que trae como consecuencia el planteamiento de una nueva regulación normativa y una política de difusión social de la mediación, que potencie e impulse su aplicación práctica especialmente en la vía civil y mercantil.

Sobre la regulación del procedimiento de mediación sostiene Barona Vilar que “la regulación que se contiene en la Ley sobre el procedimiento no pretende tener vocación o carácter estático. De ser así, estaríamos ante una suerte de pseudoproceso al estilo del judicial, que no ofrecería ventajas a quienes a él acudan, más allá de la privatización de la justicia. No es ese ni el sentido de la incorporación de la mediación en el modelo de justicia y de tutela de los ciudadanos, ni el sentido *per natura* que tiene la mediación. La frescura, flexibilidad y adaptabilidad del procedimiento es su mayor tesoro, obviamente siempre que quien maneja el procedimiento, sea el mediador o mediadores, sea la institución de mediación, controlen y permitan extraer cuanto de beneficioso tiene esa adaptabilidad del procedimiento a las personas y a los conflictos” (Barona Vilar, 2013, p. 369).

En definitiva, el procedimiento de mediación es flexible y está regulado sobre unos parámetros básicos que dotan de validez al acuerdo alcanzado para darle fuerza ejecutiva, como refleja el apartado IV del Preámbulo de la Ley de Mediación.

Por todo ello, en las especiales condiciones concurrentes, hemos de considerar las bondades destacables de la mediación, como método que fomenta una cultura de diálogo, lo que la perfila como un mecanismo idóneo, en razón a que cuenta con la flexibilidad y adaptabilidad necesaria para dar una respuesta a las diferentes situaciones conflictuales que se presenten, ofreciendo a las partes la posibilidad de alcanzar un consenso para solventar sus conflictos. De esta forma, las partes apoyadas por la figura del mediador podrán encontrar soluciones más adecuadas al contexto actual y a la verdadera situación de las partes, abogando por el mantenimiento de las relaciones de cualquier ámbito, afectadas por el conflicto.

Ciertamente, la imagen deteriorada de la Administración de Justicia se ha visto agravada por la crisis socioeconómica que ha afectado a España con la pandemia, que está teniendo una fuerte repercusión económica para el ciudadano y sector empresarial, provocando un aumento exponencial del número de procedimientos judiciales.

El escenario expuesto conforma el marco idóneo para poner de relieve la necesidad y conveniencia de buscar fuera de los tribunales otros métodos, como la mediación, para resolver los conflictos e impulsar su aplicación social.

4. Propuestas de cambio del modelo de Justicia: hacia una nueva configuración de la mediación

El modelo de Justicia pre-coronavirus en España no estaba teniendo la capacidad de responder de forma adecuada, flexible y accesible al ciudadano. A la situación de saturación que vivían los tribunales en España se unió la declaración del Estado de Alarma, instaurado por el RD 463/2020, de 14 de marzo, debido a la emergencia sanitaria provocada por la pandemia del coronavirus, con la suspensión general de los términos y plazos procesales, salvo las actuaciones esenciales para garantizar los derechos de las personas.

Durante los primeros meses de paralización de la Administración de Justicia se ha producido un aumento de la litigiosidad como acertadamente expone Calaza López (2020), al indicar que, junto con la litigiosidad existente hasta marzo, habría que añadir aquella derivada de la propia pandemia, como los ERE (Expediente de Regulación de Empleo), ERTE (Expediente de Regulación Temporal de Empleo), alquileres, impagos, crisis matrimoniales, etc. En este sentido, con la puesta en marcha de la maquinaria judicial tras el levantamiento de la suspensión, nuestros tribunales se han visto desbordados al no contar con medidas efectivas de refuerzo y ante la falta de medidas legislativas eficaces para afrontar la situación existente.

Como venimos comentando, al incremento de la litigiosidad en los diferentes ámbitos del Derecho afectados por esta nueva realidad socioeconómica se ha unido la reanudación de los procedimientos que estaban en curso y fueron paralizados, lo que irremediabilmente ha contribuido al colapsado del sistema judicial español y a evidenciar las graves deficiencias que ya arrastraba desde hacía años (Pérez Marcos, 2020).

La situación existente derivó en la aprobación del Real Decreto-Ley 16/2020, del 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia que incorporó varias medidas de carácter procesal, de ámbito concursal, civil y mercantil, con una doble finalidad; por un lado, facilitar una ágil reactivación de la actuación judicial tras el levantamiento de la suspensión y, por otro, la adopción de medidas previsoras del aumento de litigiosidad.

En este escenario, han sido muchas las corrientes que han potenciado el uso de la mediación, como el CGPJ que elaboró en abril de 2020, el documento "Directrices para la elaboración de un Plan de Choque en la Administración de Justicia tras el Estado de Alarma", fundamentado en agilizar la resolución de todos aquellos asuntos que afectan a los colectivos vulnerables y que pueda incidir más negativamente en la recuperación económica por su demora y dotar a jueces y magistrados de medios materiales y humanos.

Amén de las referidas medidas de urgencia, la situación existente en nuestra Administración de Justicia evidencia la necesidad de adoptar soluciones de más amplio calado que excedan de la simple regulación por vía de urgencia de aspectos concretos, que parcheen de forma parcial nuestro ya deteriorado sistema judicial. En este sentido, resultan urgentes las medidas que garanticen la puesta al día de las actuaciones procesales atrasadas, con la inmediata celebración de las causas pendientes, así como las que garanticen una mayor celeridad de los nuevos procedimientos que están colapsando nuestros juzgados y tribunales.

Conscientes de dicha realidad, el Pleno del CGPJ, órgano de gobierno de los jueces, aprobó en junio de 2020 una serie de medidas denominadas Plan de Choque para la reactivación tras el estado de alarma declarado por el COVID-19, en el que se incluyen más de 60 medidas organizativas y gubernativas que recogen los principios y criterios generales que deberían inspirar las reformas legales a acometer.

Las medidas adoptadas recogen propuestas de muy diferentes ámbitos, desde organizativas y procesales, a tecnológicas y referentes a la implantación de mecanismos extrajudiciales de conflictos. En definitiva, las propuestas formuladas son un fiel reflejo del llamamiento que desde los diferentes ámbitos judiciales se está produciendo sobre la necesidad de implantar un nuevo modelo de Justicia en España.

Entre las materias propuestas en referencia a las medidas sobre solución extrajudicial de conflictos destacan las orientadas a evitar el exceso de litigiosidad, sin que ello pueda repercutir en el derecho de acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva. En este sentido, propugna el Consejo la necesidad de reformas normativas concretas que favorezcan:

- La agilización procesal y la solución rápida de los conflictos, encauzando cada conflicto a través del método que resulte más idóneo conforme a su naturaleza y circunstancias;
- Adopción de medidas legales dirigidas a estimular el uso voluntario de los ADR. Las modificaciones legales deben contemplar también la introducción de mecanismos que faciliten y reconozcan la labor del juez en la búsqueda de acuerdos, potenciando su labor conciliadora;
- Introducción en las normas vigentes de previsiones que faciliten la efectividad de los mecanismos de solución extrajudicial de conflictos;
- Las medidas de fomento de los acuerdos se han de extender a todos los órdenes jurisdiccionales.

Concretamente en referencia a la mediación, se indica que las reformas han de favorecer la mayor implicación posible de los operadores jurídicos e intervinientes en los procesos que colaboren con los jueces en el fomento de la mediación, debiendo perseguirse la introducción de mecanismos que, mediante el fomento del acuerdo y sin merma del derecho a la tutela judicial efectiva, permitan incrementar los niveles de participación y satisfacción del ciudadano en sus relaciones con la Justicia.

Efectivamente, la realidad planteada con la pandemia requiere la adopción de medidas urgentes que fomenten los mecanismos extrajurisdiccionales de resolución de conflictos como la mediación o el arbitraje y que faciliten el acceso del ciudadano a una Justicia eficiente. Si bien, el impulso de la mediación no debe preverse como una medida paliativa temporal para hacer frente a la situación existente, sino que, debe entenderse como una medida permanente de futuro.

De esta forma, las consecuencias devastadoras de la pandemia han evidenciado la necesidad de cambio normativo, que lleve consigo un impulso definitivo de la mediación, con un nuevo enfoque sobre su aplicación y regulación.

En línea con lo expuesto, resulta reseñable la propuesta legislativa planteada por el Anteproyecto de Ley de Impulso de la Mediación, aprobado el 11 de enero de 2019, que establecía la necesidad de acudir a la mediación con carácter previo a la vía judicial, siguiendo la fórmula de la “obligación mitigada”, que establecía la obligatoriedad a los litigantes de acudir con carácter previo a la vía judicial a una sesión informativa de mediación, en los seis meses previos a la interposición de la demanda.

La mencionada regulación suponía un giro regulatorio de la mediación en España, al determinarse la mediación como trámite preceptivo en determinados procedimientos de ámbito civil y mercantil, así como, en supuestos de mediación intrajudicial, al poder ser acordada por el órgano judicial.

La citada propuesta legislativa no fue finalmente aprobada. Ciertamente, su aprobación hubiera supuesto un cambio de rumbo en nuestro concepto de la mediación, al pasar de una mediación esencialmente voluntaria a convertirse en una mediación necesaria.

En este sentido, la valoración de la citada reforma legislativa, planteada como vía de impulso de la mediación, ha sido muy controvertida, existiendo un importante sector doctrinal que plantea la mediación como requisito de procedibilidad, que conculca el principio de voluntariedad y puede dificultar el principio de libre acceso a la Justicia del ciudadano.

En línea con lo expuesto, señala acertadamente Prats Albentosa que, “sin duda, el recurso directo a los Tribunales, sin intentar soluciones autocompositivas, no ha de estar vedado en ningún caso. No obstante, los litigantes deberían demostrar, efectivamente, al Juez, que han agotado todos los medios legítimos a su alcance para resolver el conflicto o que la gravedad de la lesión padecida es tal que, razonablemente, justifica que se acuda a ellos directamente. En consecuencia, los Tribunales deberían tratar con disfavor a quien no les demuestre que ha agotado todas las vías no judiciales para llegar a solucionar su litigio y, además, deberían tener a su alcance medios para reconducir el conflicto, cuando sea posible a tales vías de solución, sin que ello implique denegación de su ministerio, sino, al contrario, producirá un mejor ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva por los ciudadanos” (Prats Albentosa, 2011, pp.1-2).

La voluntariedad de la mediación no se considera conculcada por el hecho de acudir a la sesión informativa como fase previa al proceso, en cuanto, dicha asistencia brinda a las partes la oportunidad de conocer este método, sin imponerles la obligación de permanecer en el mismo; de modo que, las partes únicamente tendrán que asistir a la previa sesión informativa, a fin adquirir el conocimiento suficiente sobre esta técnica y así decidir sobre su utilización (García, 2003, p. 137).

En posición contraria a dicha implantación surge una destacada corriente doctrinal que propugnan evolucionar hacia un derecho de tutela judicial efectiva que facilite al ciudadano acceder libremente a los órganos jurisdiccionales o a cualesquiera otras formas extrajudiciales de resolución de conflictos en el ejercicio de sus propios derechos e intereses legítimos, sin que para alcanzar una posición igualitaria en la elección de dichos métodos, deba imponerse la utilización obligatoria y condicionada de uno respecto al resto (Martín Diz, 2014).

Adicionalmente a lo expuesto y como medida de impulso de la mediación en España se señala que el hecho de que las partes tengan que acudir a dicho mecanismo puede ser la oportunidad de conocer sus ventajas y existencia, al no ser suficiente su simple estímulo (Azcárraga Monzonís, 2016, pp. 103-117).

Ciertamente, nos encontramos ante una cuestión polémica en la que resulta difícil mantener una postura uniforme. Por una parte, el trámite preceptivo de asistencia a mediación planteado como requisito indispensable de acceso a la vía judicial, consideramos que puede ser un efectivo impulso a la mediación, al acercarla al ciudadano y permitirle adquirir confianza en este método. Por otra parte, debemos considerar si la situación actual de la Administración de Justicia, unida a la desconfianza y reticencia del ciudadano al uso de la mediación son el escenario idóneo para que esta regulación puede cumplir la función pretendida o, si, por el contrario, su implantación lo convertiría en un trámite preceptivo que dificultase al ciudadano el libre acceso a la vía judicial y le encareciese sus costes.

5. Impulso necesario de la mediación como vía efectiva de acceso a la Justicia en tiempos de pandemia

El modelo de Justicia de la era pre-coronavirus ya venía arrastrando múltiples deficiencias que se han incrementado por la suspensión de la actividad judicial, tras la declaración del estado de alarma el 14 de marzo 2020. Adicionalmente a dicha situación excepcional, la crisis sanitaria y sus efectos socioeconómicos colaterales han producido incremento exponencial de la litigiosidad generada en los diversos ámbitos de la actividad laboral, empresarial y familiar que está saturando nuestro sistema judicial y que se agrava paulatinamente, al no intuirse una evolución positiva a medio o largo plazo.

En una situación tan excepcional, en la que el modelo de justicia estrictamente procesalista implantado en España no ofrece una respuesta adecuada, se demandan especialmente vías múltiples de acceso a la Justicia que garanticen un sistema más eficiente y que responda más ágilmente a las necesidades concretas del ciudadano y de la realidad social existente. De forma que, se ha de aprovechar la coyuntura de las circunstancias concurrentes para abordar una regeneración de la Justicia agónica, lo que requiere un replanteamiento del modelo paradigmático de Justicia (Barona Vilar, 2019, 779).

En razón a lo expuesto, nos hemos de replantear nuestro modelo de Justicia, a fin de proporcionar al ciudadano un sistema de acceso dotado de vías que sean sensibles a la realidad socioeconómica existente y que atienda de forma rápida y efectiva la especial conflictividad surgida, aliviando con ello la sobrecarga judicial. Por ello, más allá de las esperadas medidas a adoptar en la Administración de Justicia, basadas en el aumento de la plantilla judicial y la implantación efectiva de medios telemáticos, que supongan un soporte en su estructura y dinámica de trabajo; el actual escenario socioeconómico y judicial ofrece la oportunidad, incluso la necesidad, de avanzar en la implementación efectiva de mecanismos de acceso a la Justicia, como la mediación.

En este escenario, la mediación debe integrarse en la justicia civil como mecanismo idóneo para gestionar los conflictos surgidos especialmente a raíz de las circunstancias concurrentes. Su idoneidad radica en que su procedimiento permite un tratamiento específico del conflicto, con la finalidad de alcanzar una solución consensuada, con un consiguiente compromiso de cumplimiento de las partes de la solución alcanzada.

Por todo ello, se ha de promocionar la mediación como sistema colaborativo de resolución de conflictos que ofrece a los ciudadanos una herramienta que favorecerá una solución rápida, flexible, económica, privada y duradera y genera un sentimiento de autogestión y construcción autónoma de solución a los conflictos que evidencien un cambio de cultura y un aprendizaje social derivado de la situación existente.

Si bien, para que la institución de la mediación se gane el respeto del justiciable, ofreciéndole las mismas garantías y ejecutividad que la vía judicial, deberá transmitirle unos estándares de profesionalidad y transparencia que permitan confiar en esta institución y elegirla la mejor opción para gestionar y solventar determinados conflictos.

En consecuencia, será necesario un cambio de cultura social, jurídica y normativa, para la mediación se configure como medio complementario efectivo de resolución de controversias. Para ello, se ha de impulsar la mediación por todos los operadores jurídicos, para facilitar al ciudadano su acceso e integrarla en el marco de su tutela efectiva; si bien, queda un largo camino por recorrer.

En este sentido, consideramos que el impulso de la mediación va de la mano de su fomento efectivo por instituciones y asociaciones nacionales y sectoriales y su estudio en las universidades. Adicionalmente, será decisivo en su implantación, el papel de los diversos operadores jurídicos, especialmente abogados y asesores que deben estar formados en mediación para tomar conciencia de las dimensiones de esta institución y de las bondades de su implantación.

En suma, como hemos comentado anteriormente el propio órgano de gobierno de los Jueces ha propugnado como medidas a considerar para futuras reformas legislativas la obligatoriedad de las partes de intentar una solución extrajudicial previa al inicio de acciones civiles.

A pesar de la propuesta formulada, el Real Decreto-ley 16/2020, de 28 de abril, que publicó las medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia, no acogió la referida recomendación del CGPJ.

En consecuencia, no habiéndose adoptado medidas legislativas eficaces que puedan paliar la actual situación agónica de nuestra Administración de Justicia, se dibuja un panorama en el que se proclama la urgencia en la adopción de medidas efectivas y duraderas que dinamicen el acceso a la Justicia del ciudadano. En este punto, la mediación se perfila como una magnífica herramienta para dirimir conflictos derivados del impacto socioeconómico provocado por la pandemia, en cuanto, es el instrumento más idóneo para alcanzar acuerdos que puedan cumplirse y buscar una solución constructiva a la situación de confrontación en tiempos de crisis.

Como hemos venido comentando, desde el propio CGPJ se han elevado voces partidarias de la incorporación de la obligatoriedad de la mediación, en su sesión informativa, como paso previo para acceder a la vía judicial. En definitiva, debemos reconsiderar la fórmula de la denominada “mediación voluntaria mitigada” (Vázquez De Castro y García Villaluenga, 2013, p. 93).

Este cambio de criterio, que plantearía una obligatoriedad *ope legis* determinada por materias, para que sea efectivo, debe ir acompañada necesariamente de un férreo esfuerzo institucional de impulso de la mediación, que favorezca un cambio de cultura social y jurídica.

En este sentido, para avanzar en este camino, sería necesaria la previa difusión y puesta en valor de la mediación, que proporcione confianza al ciudadano y la configure como una verdadera alternativa a la vía judicial. Por contra, si no se salvan dichos obstáculos, su simple implantación como trámite procedimental puede causar un efecto adverso al pretendido, que únicamente añadirá dilación temporal y coste económico, al ya lento y gravoso procedimiento judicial.

Por tanto, consideramos que la eficacia de la mediación, van más allá de adoptar medidas impositivas de ámbito legislativo, al ser fundamental para su implantación la potenciación de las políticas públicas que conciencien a la sociedad de sus virtualidades y la configuren como una vía efectiva de acceso a la Justicia. Esta concienciación, mediante la información y demostración de las bondades de este método, tendrá que ser extensiva a todas las partes implicadas, tanto a los diversos operadores jurídicos (jueces, abogados, etc.) como a las partes enfrentadas, para conseguir una implicación y compromiso conjunto en este procedimiento.

6. Reflexiones finales y propuestas de futuro

Todo lo expuesto con anterioridad nos permite plantearnos la existencia de bases para la incorporación efectiva de la mediación como medio de resolución de conflictos, especialmente en el ámbito civil y mercantil.

En la situación de excepcionalidad e incertidumbre a nivel nacional e internacional en la que los conflictos sociales están aumentando vertiginosamente, la justicia ordinaria no está adaptada a las necesidades del ciudadano y las medidas legislativas tratan de minimizar los efectos, sin dar una respuesta efectiva. En este contexto, la mediación se presenta como una magnífica alternativa, la más ágil y accesible para dirimir conflictos entre los principales actores de la vida económica.

Para avanzar en la implantación efectiva de la mediación en España en el diseño de un nuevo modelo que otorgue al ciudadano todas las garantías y le proporcionen una vía complementaria de acceso a una Justicia integral, es absolutamente imprescindible la concienciación de todos los profesionales del ámbito del Derecho y su colaboración decidida en apoyo de la mediación, que necesariamente debe ir acompañada de una política de profesionalización de la mediación.

Adicionalmente a lo expuesto, va cogiendo fuerza una corriente doctrinal que ha tenido eco en otros sistemas jurídicos y diversos anteproyectos legislativos, basada en implantar la obligatoriedad del intento de mediación, como requisito de procedibilidad previo a la vía judicial. En caso de que el legislador finalmente adoptase este cambio de criterio, su valoración como medida de impulso a la mediación podría ser positiva en aras de una integración efectiva de la mediación.

En este sentido, el impulso de la mediación no debe considerarse como una medida concreta para hacer frente a la crisis económica y judicial puesta en evidencia a raíz de la pandemia, sino que, debe tratarse como una apuesta de futuro.

En razón a lo expuesto, el fomento de esta institución no debe preverse exclusivamente para hacer frente a la situación actual, sino que, debe de aprovechar ésta para dar un salto adelante en la implantación definitiva de la mediación en nuestro país. Para ello, considero de vital importancia la instauración de la mediación como paso previo y necesario a la interposición de la demanda y el consiguiente comienzo de un proceso judicial. Adicionalmente, para convertir a la mediación en un método efectivo, se ha de concienciar y formar a todos los profesionales jurídicos a fin de se tomen conciencia de

las bondades de este método y las transmitan a las partes en conflicto, bajo el convencimiento de que la mediación en determinados ámbitos de conflicto puede ser la vía más idónea de acceso a la Justicia.

En suma, la flexibilidad, como principio fundamental de la mediación, permite la utilización de medios telemáticos que facilitan que el procedimiento de mediación pueda continuar en situaciones que provocarían la suspensión del proceso judicial, sin perjuicio, de la rapidez y economía de la tramitación del procedimiento. Asimismo, la plasticidad del procedimiento de mediación permitiría que, a criterio del mediador, las sesiones se pudieran desarrollar de forma presencial o en línea, favoreciendo con ello la conveniente continuidad entre las sesiones.

Los beneficios de la mediación se hacen notar cuando ésta es conocida por los ciudadanos y por los operadores jurídicos, demostrando las experiencias desarrolladas por otros países de nuestro entorno que resulta positivo establecer un requisito de procedibilidad en determinados supuestos o materias, ya que, no todos los litigios pueden, ni deben ser derivados a mediación. De esta forma, se obligará a las partes a acudir a una sesión informativa, limitando dicha obligatoriedad a un período temporal determinado, lo que facilitará que tanto los justiciables, como los propios operadores jurídicos puedan conocer la mediación y sus ventajas. Si bien, la obligatoriedad de la mediación ha de limitarse a la asistencia a la sesión informativa, sin que en ningún caso puede ir más allá.

Asimismo, para controlar dicho proceso y su eficacia, es conveniente llevar a cabo un seguimiento de la implantación previa de la mediación y establecer un sistema de evaluación y control que constate su correcto funcionamiento, así como, el nivel de satisfacción y cumplimiento de los objetivos perseguidos.

A modo de conclusión, considero que resulta necesario fortalecer la legislación en España en materia de mediación, en cuanto, el soporte legislativo será necesario para fomentar la mediación y que sea conocida por el ciudadano, para así configurarse en una alternativa efectiva a la vía judicial. Todo ello, contribuiría satisfactoriamente en facilitar al ciudadano el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva y erigir la mediación como la vía más idónea de acceso a la Justicia en determinadas materias, transformando paulatinamente la mentalidad ciudadana de una visión confrontativa a una más integradora y constructiva, al margen del litigio.

Referencias

Almoguera García, J. (2009) La Directiva europea de la mediación civil y mercantil. La mediación y el arbitraje en el comercio internacional. *Noticias de la Unión Europea* (292), pp. 5-19.

Azcárraga Monzonís, C. (2013). Impulso de la mediación en Europa y España y ejecución de acuerdos de mediación en la Unión Europea como documentos públicos con fuerza ejecutiva. *Revista electrónica de estudios internacionales*, (25) p. 3.

Azcárraga Monzonís, C. (2016). El (limitado) impacto de la directiva sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles y la mediación obligatoria como medida de promoción. En S. Barona Vilar, (Ed.). *Mediación, Arbitraje y Jurisdicción en el nuevo paradigma de Justicia* (pp. 103-117). Cizur Menor: Civitas-Thomson Reuters.

Barona Vilar, S. (2010). Solución extrajudicial de conflictos con *ojos de mujer*: la incorporación de las ADR en el ordenamiento jurídico español. En K. ETXEBARRÍA ESTANKONA e I. ORDEÑANA GEZURAGA (Dir.). *La resolución alternativa de conflictos. Segunda edición de las jornadas "Justicia con ojos de mujer" celebradas en la Facultad de Derecho de la UPV/EHU el 26 de noviembre de 2009* (p. 42). Bilbao: Argitaipen Zerbitzua S. E.

Barona Vilar, S. (2011). Las ADR en la justicia del siglo XXI, en especial la mediación. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, (1), p. 188.

Barona Vilar, S. (2013). *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España. Tras la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio*. Valencia: Tirant Lo Blanch.

Barona Vilar, S. (2014). Integración de la mediación en el moderno concepto de Access to Justice. Luces y sombras en Europa. *Indret*. <http://www.indret.com/pdf/1092.pdf>.

Barona Vilar, S. (2016). Justicia integral y Access to Justice. Crisis y evolución del paradigma. En S. Barona Vilar Ed.), *Mediación, Arbitraje y Jurisdicción en el actual paradigma de Justicia* (p.42). Cizur Menor, España, Civitas-Thomson Reuters.

Barona Vilar, S. (2018). *Nociones y principios de las ADR (solución extrajudicial de conflictos)*. Valencia, España, Tirant lo Blanch.

Barona Vilar, S. (2018). Retrato de la justicia civil en el siglo XXI: ¿caos o una nueva estrella fugaz? *Revista Boliviana de Derecho*, (25).

Blohorn-Brenneur, B. y Soleto Muñoz, H. (2019). *La mediación para todos: la Mediación en el ámbito civil e intrajudicial*. Aranzadi.

Calaza López, S. (2020). Ejes esenciales de la justicia post-COVID (1). *Diario La Ley*, (9737), pp. 1-22.

Comunicación del Poder Judicial (16 de junio de 2020) <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/En-Portada/El-Pleno-del-organo-de-gobierno-de-los-jueces-aprueba-el-plan-de-choque-del-CGPJ-para-la-reactivacion-tras-el-estado-de-alarma>

García García, L. (2003). *Mediación familiar. Prevención y alternativa al litigio en los conflictos familiares*. Madrid: Dykinson.

García Villaluenga, L. (2010). La mediación a través de sus principios. Reflexiones a la luz del anteproyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles. *Revista general de legislación y jurisprudencia*, (4), p. 733.

González Pillado, E., (2011) Principios básicos del proceso de mediación familiar en la legislación autonómica. En H. Soleto Muñoz, (Dir.), *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos* (p. 363). Madrid, España, Tecnos.

Martín Diz, F. (2010) *La mediación: sistema complementario de Administración de Justicia*. Consejo General del Poder Judicial, pp. 58-59.

Martin Diz, F. (2014). Del derecho a la tutela judicial efectiva o de la Justicia. *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, (23).

Martin Diz, F. (2014). Mediación en derecho privado: nuevas perspectivas prácticas. *Revista General de Derecho Procesal*, (33), p. 2.

Martin Diz, F. (2019). El derecho fundamental a justicia: Revisión integral e integradora del derecho a la tutela judicial efectiva. *Revista de derecho político*, (106) p. 27.

Moreno Catena, V. (2017). La resolución jurídica de conflictos. En H. Soleto Muñoz (Dir.). *Mediación y solución de conflictos: técnicas y ámbitos* (p. 50). Madrid: Tecnos, 3^a ed.

Otero Parga, M. (2007). Ventajas e inconvenientes de la mediación. En H. Soleto Muñoz y M. Otero Parga (Coords.). *Mediación y solución de conflictos: habilidades para una necesidad emergente*. Madrid: Tecnos.

Pérez Marcos, E. (2020). Métodos alternativos de resolución de conflictos en tiempo de COVID-19: la gran oportunidad de la mediación. *Revista de Derecho de familia*, 8. <https://elderecho.com/metodos-alternativos-de-resolucion-de-conflictos-en-tiempos-de-covid-19-la-gran-oportunidad-de-la-mediacion>

Prats Albentosa, L. (2011). Desjudicialización (I): el proyecto de Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles. *Diario La Ley*, (7625), pp.1-2.

Redorta Lorente, J. (2009). La justicia del futuro. Simposio sobre Tribunales y Mediación. Nuevos caminos para la Justicia. Comunicaciones. Barcelona: GEMME, p. 6.

Soleto Muñoz, H. (2009). La mediación: método de resolución alternativa de conflictos en el proceso civil español. *Revista eletrônica de Direito Processual*, (3), pp. 66-88.

Soleto Muñoz, H. (2017). El proceso de mediación. En H. Soleto Muñoz (Dir.), *Mediación y solución de conflictos: técnicas y ámbitos*, (p. 50) Madrid: Tecnos, 3^a ed.

Vázquez De Castro, E. y García Villaluenga, L. (2013). La mediación civil en España: luces y sombras de un marco normativo. *Política y Sociedad*, (50), p. 93.

Vilalta Nicuesa, A. (2009). Una aproximación al derecho extranjero en materia de mediación". En P. Casanovas, y M. Poblet (Eds.). *Materiales del Libro Blanco de la Mediación en Cataluña* (pp. 43-44). Barcelona: Generalitat de Catalunya, Departament de Justicia, Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada.

Viola Demestre, I., (2017). La mediación en la empresa familiar. En H. Soleto Muñoz (Dir.). Mediación y solución de conflictos: técnicas y ámbitos (p. 425). Madrid: Tecnos, 3^a ed.

Seguridad jurídica, fe pública y los cambios estructurales. ¿Una necesaria vuelta a la idea del Derecho?

Hidelbrando Jiménez Saavedra¹

Universidad Norbert Wiener

hidelbrando.jimenez@gmail.com

Código ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9587-2471>

Resumen: El presente artículo busca comprender la seguridad jurídica y la fe pública como conceptos estructurales y compatibles que se irradian a la organización social desde la que debemos fijarlas y dimensionarlas. Este propósito nos conduce a la idea del Derecho o justicia. En tal sentido, la relación entre justicia, seguridad jurídica, fe pública y realidad debe posibilitar su concreción mediante criterios sobre sus alcances, delimitación y verificación. Para este efecto, se arriba a algunos indicadores que permitirán referirnos a dichos valores y fines del Derecho desde un plano más cercano al quehacer científico jurídico y a la realidad. La investigación se aborda con enfoque cualitativo y en el contexto de la estructura formal y real de la sociedad peruana. Con ello se logra el propósito mencionado, arribándose a conclusiones que constatan la compatibilidad entre las categorías mencionadas y la necesidad de su incorporación al nivel constitucional en tal sentido.

Palabras clave: Justicia, seguridad jurídica, fe pública, Estado, Derecho.

Abstract: This article seeks to understand legal security and public faith as structural and compatible concepts that radiate into the social organization from which we must fix and size them. This purpose leads us to the Idea of Law or justice. In this sense, the relationship between justice, legal security, public faith and reality must enable its realization through criteria on its scope, delimitation and verification. For this purpose, we come up with some indicators that will allow us to refer to these values and purposes of Law from a plane closer to the legal scientific work and reality. The research is approached with a qualitative approach and in the context of the formal and real structure of Peruvian society. With this, the aforementioned purpose is achieved, reaching conclusions that confirm the compatibility between the aforementioned categories and the need for their incorporation at the constitutional level in this regard.

Keywords: Justice, security law, public faith, states, law.

Recibido: 13.06.2021

Aceptado: 27.09.2021

¹ Registrador Público ZR IX – Lima. Docente Universitario (Derecho Registral - Notarial y Gestión Pública). Doctor en Derecho.

1. Introducción

El presente artículo busca comprender la seguridad jurídica y la fe pública como conceptos estructurales y compatibles que se irradian a la organización social desde la que debemos fijarlas y dimensionarlas. Este propósito nos conduce nuevamente a la idea del Derecho o justicia. Se trata de categorías jurídicas que deben posibilitar ser apreciadas desde sus manifestaciones en la realidad. En tal sentido se desarrollan en el presente una serie de indicadores sobre seguridad jurídica que contribuyen con el objetivo propuesto.

La compatibilidad entre justicia, cualquiera sea su perspectiva, y seguridad jurídica se considera posible, en tanto que ambas, al alimón, permiten proscribir la arbitrariedad en el ámbito social. Por su parte la fe pública aparece como una herramienta imprescindible al servicio de la seguridad jurídica. Estos conceptos deben apreciarse analíticamente desde su contexto y para ello resulta necesario conocer sus características o indicadores que hagan posible su constatación. A ello se arriba como queda manifestado.

El trabajo desde el enfoque expresado desarrolla aspectos generales de la seguridad jurídica, su concepto, fundamentos, la seguridad jurídica como valor y como función jurídica, seguridad jurídica y estado de derecho, el sistema constitucional peruano y la seguridad jurídica, dimensiones de la seguridad jurídica. Asimismo, se desarrollan conceptos generales y manifestaciones concretas de fe pública. El desarrollo del trabajo permite establecer algunas conclusiones que responden al problema y propósito formulados.

2. Seguridad jurídica

En el desarrollo histórico de los conceptos de seguridad jurídica y justicia encontramos una relación de continuidad. El ser humano buscó eliminar su incertidumbre y los riesgos que la generaban. En un primer momento, frente al entorno natural y posteriormente frente a sus semejantes, debido a las naturales y necesarias relaciones que debió establecer para satisfacer sus necesidades fisiológicas y espirituales derivadas de su esencia social. Asegurar y garantizar dichas relaciones generó el Derecho; consolidarlas y justificarlas, la justicia.

La complejidad de las relaciones sociales motivó la complejidad de las fuentes que las garantizarían. En los albores de la ilustración se reclamó seguridad jurídica ante la existencia de una multiplicidad de fuentes aplicables sin criterios de prelación. Este problema le dio actualidad y relevancia a la seguridad jurídica, situación revertida con el desarrollo del Estado de Derecho. Sin embargo, esto puede llevarnos a pensar que el problema ha perdido las características anotadas de actualidad y relevancia. No es así, en efecto, la cantidad de normas que se dictan (ámbito estructural), la libertad en su interpretación y su aplicación (ámbito funcional) le devuelven dicho carácter.

No resulta abundante el tratamiento que se hace de la seguridad jurídica. Sin embargo, la ambigüedad del término requiere dejar sentado algún concepto respecto de ella sin preterir la forma como puede ser concebida desde diversas perspectivas. En el ámbito teórico filosófico, se conceptúa a la seguridad jurídica desde un aspecto formal y otro material o sustancial, según se considere aspectos como la certeza, estabilidad y previsibilidad del Derecho o mirando un orden social que permite la consecución de bienes u objetivos sociales determinados, respectivamente.

Asimismo, desde un plano práctico y desde las manifestaciones del Derecho y de actuación del Estado, encontramos la posibilidad, aceptada válidamente, de la existencia de una división en seguridad jurídica pública y privada. La seguridad jurídica pública está referida a las relaciones entre el Estado y los particulares; la seguridad jurídica privada comprende las relaciones entre los particulares, garantiza las relaciones jurídicas de los derechos subjetivos privados, así como de los actos jurídicos que crean, regulan, constituyen, modifican o extinguen dichas relaciones (autonomía de la voluntad).

De modo general puede apreciarse que la seguridad (cualidad de seguro, libre y exento de todo peligro, daño o riesgo del hombre) requiere de la concurrencia de una serie de elementos, uno de ellos es el jurídico. El Derecho surge como respuesta para colmar la urgencia de seguridad y certeza en la vida social. Es a partir del siglo XVII (Hobbes, Locke, Rousseau) que se postuló la necesidad de la restricción que el hombre permite de su libertad para obtener seguridad, comodidad, paz y su propia conservación. Todo ello nos permite integrar los conceptos (seguridad y Derecho) y ya no tratar únicamente de la seguridad, sino de seguridad jurídica en cualquiera de las concepciones y clasificaciones anotadas anteriormente.

Estos antecedentes provocaron que en los textos constitucionales se proclame la idea de seguridad como objetivo. En la Constitución Francesa (1793), artículo 8, se define a la seguridad como la protección que la sociedad otorga a cada uno de sus miembros para la conservación de su persona, de sus derechos y de sus propiedades. Ello, con distintas fórmulas jurídicas, se ha venido reproduciendo en los textos constitucionales. Es la seguridad por medio del derecho, de la que se parte para formular luego la seguridad jurídica como atributo de la estructura del Derecho mismo.

2.1. Concepto

Podemos considerar una idea genérica de seguridad si nos remitimos a aquellas situaciones imprevisibles e inciertas a que se halla expuesta la existencia del ser humano y que hacen que la seguridad se convierta en una de las necesidades humanas básicas. La existencia, conservación y desarrollo del hombre están íntimamente vinculados con la seguridad jurídica y la efectiva realización de ésta. Actualmente, no es un aspecto que deba concebirse únicamente desde un plano filosófico o moral, su importancia económica relacionada con el bienestar material se evidencia con la apertura económica y la llamada globalización. Si el aspecto jurídico no funciona regularmente resulta imposible el planeamiento económico y se afecta el desarrollo.

La seguridad jurídica surge con el Estado de Derecho que patentiza un verdadero sistema de legalidad y legitimación teniendo como soporte la Constitución. La norma fundamental no reconoce de modo expreso a la seguridad jurídica como un principio constitucional. El principio de la seguridad jurídica forma parte consubstancial del Estado Constitucional de Derecho, así lo establece el Órgano de Control de la Constitución (Tribunal Constitucional: 2003), y se concretiza con meridiana claridad a través de distintas disposiciones constitucionales, algunas de orden general.

Este valor que caracteriza a ramas de un sistema de seguridad jurídico preventivo como el Derecho Notarial, no está únicamente vinculado con la seguridad que proporciona el

Derecho, sino que comprende la seguridad misma de éste. G. Radbruch suele ser reconocido como ícono de esta posición en la concepción de la seguridad jurídica quien señala (Radbruch, 1951) que el derecho positivo busca tres objetivos: justicia, seguridad y orden o bien común. A su vez, la seguridad tiene tres aspectos: la seguridad por medio del derecho (seguridad del orden jurídicamente establecido); seguridad frente a la lesión jurídica (la que imparten los órganos del Estado); seguridad del derecho mismo (dentro de la que se encuentra la estabilidad del sistema normativo).

En tal sentido, la seguridad del Derecho mismo, la seguridad jurídica, requiere de cuatro condiciones: **a)** Positividad del Derecho, que se halle estatuido en leyes; **b)** Derecho basado en hechos y no en juicios de valor del juez en torno al caso concreto (recusa criterios generales como el de buena fe o buenas costumbres); **c)** Que los hechos en los que se basa el Derecho puedan establecerse con el menor margen posible de error, que sean practicables (como cuando se recurre a la edad para fijar la capacidad de obrar); **d)** El derecho positivo no debe hallarse expuesto a cambios frecuentes. La teoría de la división de poderes y la morosidad del parlamento son, desde este punto de vista, una garantía de la seguridad jurídica. Ello puede apreciarse en las normas dictadas para asegurar un determinado estado de cosas; así, expresamente, lo establecían las normas legales sobre el mercado dictadas en la década del 90 en el Perú exigiendo que sea el congreso mediante normas legales quien las modifique o derogue. En este sentido, adicionalmente, se plantea la existencia de dos Cámaras que aseguren un mejor tratamiento de la normativa.

Para que el derecho en sí mismo sea instrumento de seguridad requiere lo siguiente: que sea derecho justo, positivo, es decir, estatuido; que se sustente en hechos, que no esté sujeto a frecuentes cambios y que se aplique con el menor margen de error. Estas son algunas de las dimensiones básicas del Derecho que se consideran como integrantes del concepto de seguridad jurídica, desde la concepción de Radbruch.

Pérez Luño (Pérez, 1994) sostiene que las exigencias básicas de la seguridad jurídica pueden englobarse en dos: corrección estructural que comprende la promulgación, claridad, plenitud, ley estricta dictada por el Parlamento, irretroactividad, estabilidad; y, corrección funcional que contiene el cumplimiento del derecho (eficacia del derecho) y regularidad de actuación de los órganos encargados de su aplicación, a lo que se opone el silencio administrativo, la morosidad procedimental y la falta de tutela efectiva.

Por su parte Arcos Ramírez (Arcos, 2000) establece como elementos de la seguridad jurídica la certeza, eficacia y ausencia de arbitrariedad. Asimismo, establece los aspectos políticos y sociales como dimensiones de la seguridad jurídica.

La seguridad jurídica puede ser apreciada desde una dimensión estática y otra dinámica. Humberto Ávila (Ávila, 2012) considera que las exigencias o contenido de la seguridad jurídica pueden considerarse desde una dimensión estática en la que se comprenden la cognoscibilidad material (existencia, vigencia, accesibilidad, identificación normativa) y cognoscibilidad intelectual (inteligibilidad normativa, claridad, determinabilidad); y, una dimensión dinámica (estabilidad, eficacia y permanencia en este último supuesto pueden apreciarse desde un plano objetivo y otro subjetivo).

Determinar las dimensiones de la seguridad jurídica, cualquiera sea la posición que se adopte y dado que no aparecen irreconciliables sino complementarias, nos permite analizar

las normas fundamentales y a partir de ellas establecer si contienen las exigencias de seguridad jurídica y en qué alcances. Tal cometido lo realizamos en el último apartado para la Constitución Política del Perú de 1993.

2.2 Fundamentos

Los mecanismos de cohesión e integración social considerados suficientes hasta un determinado momento histórico comienzan a sufrir fisuras profundas generando inseguridad y amenazando al orden social en su integridad. Fluye de ello la idea del Derecho como un instrumento y elemento objetivo de cohesión social. Aun cuando se trate de un concepto restringido de seguridad del propio Derecho, exigencia de regularidad en sus estructura y aplicación, sus fundamentos como elemento de ordenación de convivencia social deben buscarse en sus dimensiones políticas, sociales y morales. No obstante, existen posiciones legalistas al respecto como la de Arcos (Arcos, 2000, pág. 204) para quien la seguridad jurídica cobra significado y entidad propia como legalidad. La seguridad del Derecho no puede ser más que seguridad legal.

2.3. La seguridad jurídica como valor y como función jurídica

La seguridad jurídica se ha visto sujeta a confusiones respecto de otras funciones de seguridad que el sistema jurídico desarrolla. La seguridad ciudadana y el orden público suele considerarse que se han visto afectados por su utilización en determinados regímenes y que han arrastrado a la seguridad jurídica a una incomprensión y afectación respecto de su naturaleza como valor jurídico.

La seguridad jurídica es un elemento constitutivo del Derecho que estructura un verdadero sistema jurídico. Sus dimensiones y formas de concreción se verán precisadas en el apartado final del presente y constituyen verdaderas guías para evaluar un sistema jurídico específico.

2.4. Seguridad jurídica y Estado de Derecho

La seguridad jurídica no ha estado exenta de amenazas desde diversas perspectivas. Históricamente encontramos que diversas concepciones teóricas (movimiento del derecho libre e ideas totalitarias como las del nazismo y fascismo) y fácticas (claridad, sencillez, cantidad de normas expedidas) han pretendido minimizar su importancia y alcances. Más aún, se ha considerado como parte del paternalismo buscado por inmadurez de quienes la persiguen. La ideologización del tema ha propuesto técnicas de interpretación y aplicación alternativas a las existentes en un sistema como el actual.

La situación descrita y la caracterización de las amenazas como teóricas han venido cediendo con la consolidación y afirmación del estado de derecho. En cuanto a las amenazas consideradas fácticas se aprecia que es la producción normativa del Estado la que viene afectando en mayor medida. La asunción por parte del Estado de la prestación de servicios y generación de infraestructura, funciones que subsidiariamente le asigna la Constitución Política vigente, ha generado que la función normativa no sea privativa del Poder Legislativo, generando ello una profusión hasta inmanejable de las normas. De este modo el Derecho resulta imposible de conocer hasta para los especialistas. A esta amenaza práctica viene respondiendo con gran eficacia la tecnología.

Podemos apreciar que las amenazas contra la seguridad jurídica, teóricas o prácticas, se han visto superadas por el Estado de Derecho y la tecnología; sin embargo, quedan algunos conceptos que parecen encontrarse en contradicción con aquella. La libertad y la justicia no parecen encontrarse en total consonancia con el concepto de seguridad jurídica. Pareciera que esta última surge de la renuncia a la libertad y justicia, como hemos podido apreciar de la opinión de la tesis contractualista, germen ideológico del Estado de Derecho.

Consolidar el Estado Social de Derecho y dejar atrás el estado liberal, supuso establecer el orden y la seguridad jurídica como antecedente y no como consecuencia de la libertad y los derechos fundamentales. El Estado social de derecho implica el establecimiento previo de la ley y el orden normativo como pautas generales (expresión de la voluntad general) a quienes todos, ciudadanos y Administración Pública, deben obediencia. Está se debe por tratarse de decisiones de las mayorías a las que deben someterse las minorías (garantía de la coherencia y generalidad normativa y de la seguridad jurídica en definitiva), aún con una supuesta renuncia al pluralismo, dada la generalidad de las leyes (artículo 104 de la Constitución Política vigente). La libertad sucede a la seguridad y esta tiene como exigencia básica la obediencia del derecho como garantía y ámbito de libertad.

Así se plantea desde un Estado social de derecho el pacto de reciprocidad, la obediencia del derecho como presupuesto básico de la seguridad jurídica y ésta como garante de la libertad. La obediencia no es una respuesta a la defensa y protección que otorga el Estado a sus ciudadanos, como se planteaba para el Estado policía. En resumen, como lo señala Pérez Luño (Perez Luño, 1994, pág. 70) “la ley constituye también seguridad de libertad”.

En cuanto a la relación seguridad jurídica y justicia, se trata de una supuesta contradicción entre ambos valores. Cómo proporcionar seguridad con justicia, cuando ambas no parecen condecirse en situaciones concretas. La seguridad fija el sistema normativo, la justicia promueve su adecuación a las nuevas realidades haciendo evolucionar los conceptos. Estaticidad de la seguridad jurídica frente a la movilidad perseguida y adecuación por la justicia.

Las posiciones que se consideran acertadas en la relación entre estos valores son aquellas que permiten la convivencia o comunicación entre ambos. No es posible una seguridad injusta como tampoco una justicia insegura. El contenido del ordenamiento debe responder a la justicia; la positividad, legalidad, forma, idea de orden o técnica normativa a la seguridad jurídica. Ambas dimensiones responden a un mismo fenómeno, el Derecho. En este avance sobre la supuesta e irreductible antítesis entre seguridad jurídica y justicia interviene el concepto de bien jurídico que le proporciona a la seguridad legitimidad, base empírica y opera como indicador de su eficacia. No obstante, la crítica a la utilización del concepto de bien jurídico radica en su carácter impreciso y equívoco la que para corregirla corresponde recurrir a los bienes jurídicos reconocidos por cada sistema normativo y definidos por el máximo intérprete de la Constitución, así como eliminar la frontera entre lo individual y colectivo y estimar adecuadamente los objetivos y fines que se persiguen, propios de un Estado social de derecho.

En resumen, la seguridad jurídica, que a su vez se sustenta en la obediencia del derecho, se constituye en un presupuesto del Estado de derecho, siendo desde este sistema que pueden resolverse antítesis supuestas entre la seguridad jurídica y la justicia, así como con

la libertad.

En un Estado de derecho debe superarse la perspectiva positivista de la seguridad jurídica, vista como un hecho derivado de todo sistema normativo, e integrarla como un valor exenta de contradicciones con la libertad y a la par con la justicia. El Estado de Derecho no solo es legalidad, centralización y generalidad normativa, sino legitimidad política sustento de la legitimidad jurídica que expresa la seguridad jurídica. Desde otra perspectiva, el sociologismo jurídico niega el carácter de valor a la seguridad jurídica y la remite a uno de los elementos inmanentes y constitutivos del Derecho

2.5. El sistema constitucional peruano y la seguridad jurídica

El ordenamiento constitucional peruano no prevé una definición de la seguridad jurídica, sin embargo, podemos encontrar sus manifestaciones, condiciones, características, dimensiones, elementos o cualquier otra denominación que se pretenda otorgar en el articulado de la constitución. El prólogo de la Constitución Política de 1979 comprensivo de la parte filosófico – axiológica y principista permitía interpretar dentro de sus alcances a su articulado, sin embargo en la Constitución vigente desde 1993 su escueto prólogo si apenas contiene referencias extremadamente generales como la invocación al Dios Todopoderoso, cuidándose de no mencionar a cuál dada la diversidad de credos religiosos existente, al cumplimiento del mandato del pueblo peruano y al sacrificio de las generaciones que nos han precedido, alcances de los que no podemos obtener referencias concretas a la seguridad jurídica, aun cuando podemos encontrar de su interpretación alcances para alguna de sus dimensiones, como lo haremos desde su articulado.

En tal sentido y siguiendo las condiciones o dimensiones de la seguridad jurídica desarrollada por Pérez Luño (Perez Luño, 1994), analizaremos el contenido de la Constitución Política del Perú vigente desde 1993. No obstante, debemos dejar constancia de la inclusión de la positividad del Derecho como una dimensión básica y punto de partida de la seguridad jurídica, posición con la que discrepa el autor citado.

a) **Estructuralmente** pueden considerarse las siguientes dimensiones, muy ligadas a la técnica legislativa, de la seguridad jurídica:

- **Promulgación** (*lege promulgata*), en cuanto a las normas jurídicas de cualquier nivel, vale decir conocidas por todos. En esta dimensión de la seguridad jurídica encontramos que la propia Constitución Política de 1993 luego de ser sancionada, aprobada o dada por el Congreso Constituyente debió ser promulgada por el Presidente de la República para su cumplimiento por todos.

Para el supuesto de las normas infra constitucionales encontramos que la Constitución en su artículo 108 establece que “la ley aprobada según lo previsto por la Constitución, se envía al Presidente de la República para su promulgación dentro de un plazo de quince días. En caso de no promulgación por el Presidente de la República, la promulga el Presidente del Congreso, o el de la Comisión Permanente, según corresponda. Si el Presidente de la República tiene observaciones que hacer sobre el todo o una parte de la ley aprobada en el Congreso, las presenta a éste en el mencionado término de quince días. Reconsiderada la ley por el Congreso, su Presidente la promulga, con el voto de más de la mitad del número legal de miembros del Congreso.” Con la promulgación se manda publicar

y cumplir, condiciones para su vigencia como se establece en el artículo 109 de la norma fundamental “la ley es obligatoria desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial, salvo disposición contraria de la misma ley que posterga su vigencia en todo o en parte.”

La promulgación o puesta en conocimiento del texto normativo se constituye en una dimensión básica del sistema jurídico, su inexistencia invalida cualquier disposición. Se proscribió de este modo el secretismo normativo que caracterizó a épocas largamente superadas.

En este aspecto el gobierno digital concurre a facilitar el conocimiento y aplicación de la legalidad en un Estado. El ciudadano puede fácilmente conocer y conducirse por los cánones de lo regulado y cumplir con sus exigencias, al mismo tiempo que le facilita recurrir y reclamar lo que le corresponde. Este ámbito viene siendo cubierto rápidamente en nuestro país, situación acelerada por la pandemia.

- **Claridad y precisión** (*lege manifesta, chiare e precise*), las normas jurídicas deben eludir la ambigüedad, términos equívocos u oscuros, evitándose de esta forma la excesiva discrecionalidad.

- La seguridad jurídica sobre la libertad personal de los ciudadanos se encuentra en la fórmula que mejor la identifica en la Constitución vigente. Así en el artículo 2 inciso 24 se establece que toda persona tiene derecho “a la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia: a. Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe.” El mandato de claridad y precisión en los alcances normativos establece el ámbito de reserva personal inexigible.

La exigencia anterior se complementa con su contraria en cuanto a exigencia de la actuación de la Administración Pública, dimensión de legalidad para su actuación. En efecto, para ésta la norma debe establecer de modo claro y preciso los alcances de la autorización. Lo no autorizado por la norma se encuentra prohibido. Esto también constituye, define y protege el ámbito de reserva privada.

- **Plenitud** (*lege plena*) evitando las lagunas legales y jurídicas. Aun cuando dichas lagunas se presentan, el problema se resuelve recurriendo a otras fuentes de interpretación e integración del sistema normativo y con la exigencia de la Administración Pública y Jurisdiccional de no dejar de resolver los asuntos sometidos a su jurisdicción ante la presencia de tales fallos del sistema normativo.

Acorde con lo indicado, el artículo 139 de la Constitución en su inciso 8 establece “el principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley. En tal caso, deben aplicarse los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario.” y como corolario de éste se establece en su inciso 9 “el principio de inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restrinjan derechos.”

Como exigencia de la Administración Pública se establece que corresponde al Presidente de la República: 8. Ejercer la potestad de reglamentar las leyes sin transgredirlas ni desnaturalizarlas; y, dentro de tales límites, dictar decretos y resoluciones. (artículo 118)

Se da de esta forma plenitud a nuestro sistema jurídico no dejando a la absoluta

discrecionalidad la solución de los conflictos jurídicos. Se cubren de este modo las tres funciones básicas y generales, directas o por delegación, del Estado: legislativa, ejecutiva y judicial.

- **Reserva legal** (*lege stricta*) para determinadas materias (fiscales, penales u otras), es decir normas que respondan al nivel de ley parlamentaria. Dos son las materias jurídicas a las que generalmente se recurre para encontrar esta dimensión de la seguridad jurídica en la Constitución Política. De un lado el ámbito penal, constitucionalmente, se establece en el artículo 2 inciso 24 que toda persona tiene derecho a la libertad y seguridad personales. En consecuencia: “Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley.” La remisión a la ley previa para que la infracción punible se califique como tal y de lugar a un proceso es una conquista de hace ya varios siglos.

En segundo lugar tenemos que en materia fiscal y tributaria se establece en el “Artículo 74. Los tributos se crean, modifican o derogan, o se establece una exoneración, exclusivamente por ley o decreto legislativo en caso de delegación de facultades, salvo los aranceles y tasas, los cuales se regulan mediante decreto supremo. Los Gobiernos Regionales y los Gobiernos Locales pueden crear, modificar y suprimir contribuciones y tasas, o exonerar de éstas, dentro de su jurisdicción, y con los límites que señala la ley. El Estado, al ejercer la potestad tributaria, debe respetar los principios de reserva de la ley, y los de igualdad y respeto de los derechos fundamentales de la persona. Ningún tributo puede tener carácter confiscatorio. Las leyes de presupuesto y los decretos de urgencia no pueden contener normas sobre materia tributaria. Las leyes relativas a tributos de periodicidad anual rigen a partir del primero de enero del año siguiente a su promulgación. No surten efecto las normas tributarias dictadas en violación de lo que establece el presente artículo.”

El complemento de las disposiciones de reserva legal mencionadas lo encontramos en el reconocimiento de la estructura normativa de nuestro sistema jurídico. El principio de legalidad, jerarquía y subordinación se regula en el artículo 51 estableciendo que “la Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado.”

La forma de hacer efectiva la jerarquía jurídica es el control difuso que la Constitución otorga a la función jurisdiccional y que en virtud a ello también se han reconocido a Órgano Resolutivos colegiados de la Administración Pública. La norma fundamental establece que “la potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes. En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior.” (Artículo 138)

- **Irretroactividad** (*lege previa*) permitiendo la previa calculabilidad de los efectos jurídicos de los comportamientos. Esta dimensión igualmente la encontramos constitucionalmente regulada. El artículo 103 establece que “pueden expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de las diferencias de las personas. La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las

consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo. La ley se deroga sólo por otra ley. También queda sin efecto por sentencia que declara su inconstitucionalidad. La Constitución no ampara el abuso del derecho.”

La alusión a la excepción es únicamente en materia penal, habiéndose dejado de lado los aspectos tributarios y laborales como si lo hacía la constitución de 1979.

- **Estabilidad** (*lege perpetua*) que como presupuesto básico del Derecho genera confianza. El ser humano busca librarse de la incertidumbre y riesgo estableciendo instituciones duraderas. Ejemplo de estas son la cosa juzgada y los derechos adquiridos.

La cosa juzgada se regula estableciendo la prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada. La amnistía, el indulto, el sobreseimiento definitivo y la prescripción producen los efectos de cosa juzgada. (artículo 139 inc. 13). El desarrollo normativo de este principio y derecho de la función jurisdiccional es profuso y comprende todas las ramas del Derecho.

En cuanto a los derechos adquiridos, esta teoría generó discusión en el ámbito de la seguridad social, específicamente en temas pensionarios, por los efectos que se consideraban incidían en el presupuesto anual del Estado al no permitir un cierre en su otorgamiento. Ello sucedía con la denominada “cédula viva” para un importante sector de pensionistas. Considerándose un derecho adquirido resultaba imposible cerrar su otorgamiento por la vía legal, recurriéndose por ello a la modificación constitucional. Actualmente la fórmula utilizada en el artículo 103 de la Constitución Política de 1993, antes citado, deja claro que la teoría de los derechos adquiridos ha sido dejada de lado, al incorporar los siguientes términos: “... La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos...”

No obstante, lo regulado en la norma citada en el párrafo anterior, encontramos en el artículo 62 de la Constitución vigente la siguiente fórmula: “La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley. Mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente.”

b) **Funcionalmente** se consideran dimensiones como la garantía del cumplimiento del Derecho (destinatarios) y la regularidad de la actuación de la Administración Pública, sujeta siempre al principio de legalidad. La ley es vista como condición y garantía de la libertad y de una convivencia ordenada y libre. De este modo quedan proscritas la arbitrariedad de la Administración Pública y de la alegación de ignorancia del Derecho de los destinatarios de las normas u obligados.

La eficacia del Derecho se encuentra íntimamente vinculada con el aspecto funcional. La regularidad operativa de un sistema jurídico es condición de su eficacia, lo contrario quiebra

la seguridad jurídica. La morosidad procesal (incluye dilaciones injustificadas e indebidas) y los silencios administrativos constituyen manifestaciones disfuncionales de la actuación estatal y de la eficacia jurídica, generando déficit de seguridad jurídica funcional. De igual modo, se constituye en un déficit de seguridad jurídica la ausencia de tutela jurisdiccional efectiva al entenderse esta como acceso a ella y no, además, como el cumplimiento efectivo de lo resuelto.

El ámbito estructural de la seguridad jurídica no garantiza su eficacia. El cumplimiento requiere de la puesta en movimiento en esa dirección de la maquinaria operativa del Estado, es decir de la Administración Pública en su integridad y de modo coherente.

Tratamos en este aspecto de las entidades de la Administración Pública en su totalidad y quienes ejercen la función pública. Al respecto el artículo 39 de la Constitución establece que “todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación. El Presidente de la República tiene la más alta jerarquía en el servicio a la Nación y, en ese orden, los representantes al Congreso, ministros de Estado, miembros del Tribunal Constitucional y del Consejo de la Magistratura, los magistrados supremos, el Fiscal de la Nación y el Defensor del Pueblo, en igual categoría; y los representantes de organismos descentralizados y alcaldes, de acuerdo a ley.” Cualquiera sea el régimen se trata de la prestación de un servicio y como tal debe ser cumplido en función a lo regulado y buscando que sus alcances se cumplan.

El sistema constitucional peruano contiene las dimensiones que garantizan la seguridad del Derecho nacional. No obstante, el constante reclamo social se dirige a un cambio total o parcial de la norma fundamental, es decir a modificar su estructura. Estos acontecimientos hacen que se vuelva al plano conceptual tratado y a verificar la relación entre justicia, seguridad jurídica y otra herramienta como la fe pública, para constatar su compatibilidad actual.

2.6. Dimensiones de la seguridad jurídica

En el desarrollo del presente se han venido tratando conceptos sobre la seguridad jurídica que comprenden una serie de elementos que permiten definir y dimensionar este valor jurídico constitutivo del Derecho. Sin embargo, para integrar y poder trabajar este valor, debemos tratar de incluir todos aquellos elementos o indicadores, ya tratados por Cátedra de Cultura Jurídica (2013) en el Congreso Bienal realizado en España dicho año, que den una idea clara de su realidad en nuestro Derecho, en tal sentido consideramos las siguientes:

En la emisión del derecho

1. Respeto de los procedimientos de emisión.
2. Publicidad de las fuentes.
3. No retroactividad.

En la estabilidad jurídica

4. Duración de la vigencia de las disposiciones jurídicas.
5. Duración en el sistema de gobierno.
6. Duración de los poderes.
7. Reconocimiento y cumplimiento de los tratados internacionales.
8. Estabilidad y eficacia de la administración: funcionarización de los servidores

públicos, estabilidad del personal que trabaja para el estado.

9. Corrupción.
10. Informatización del funcionamiento de la administración pública.
11. Funcionamiento integrado y coherente de la administración.

En cuanto a la relación entre poderes

12. Independencia judicial: sistema de nombramiento de los jueces.
13. Permanencia de los jueces.
14. Sistema de gobierno de los jueces.
15. Independencia judicial: sistema de nombramiento de los fiscales.
16. Permanencia de los fiscales.
17. Sistema de gobierno de los fiscales.
18. Contencioso administrativo (también sobre responsabilidad civil del estado).
19. Volumen de condenas al estado (puede indicar independencia del Poder Judicial).

En cuanto a la aplicación judicial

20. Publicidad de los procesos y decisiones judiciales.
21. Resoluciones judiciales motivadas.
22. Existencia de doble instancia judicial.
23. Facilidad de acceso a la justicia (gratuidad o bajas tasas, calificación de defensa gratuita).
24. Protecciones colectivas de derechos individuales.
25. Existencia de garantías del derecho de defensa.
26. Índices de criminalidad.
27. Tercerización con mecanismos alternativos. más tercerización menor seguridad jurídica. los MASC no dan seguridad jurídica, acudir a ello implica el fracaso del derecho.
28. Interpretación estable. se mide con porcentaje de sentencias anuladas en apelación
29. Nivel de corrupción en la administración de justicia.
30. Efectividad de los procesos judiciales.
31. Duración de los procesos.
32. Efectividad de las medidas cautelares respecto de la ejecución de sentencias (relación medida cautelar – sentencia).
33. Duración y eficacia en la duración de la ejecución de las sentencias nacionales o extranjeras.
34. reconocimiento, cumplimiento y ejecución de las decisiones de las instancias internacionales.

3. Fe pública como herramienta de la seguridad jurídica

3.1. Antecedentes

Afirmar su dimensión social llevó al ser humano a comprometer determinadas conductas frente a los otros. Es necesario tener en cuenta esta dimensión para percatarnos de que desde sus primeros momentos necesitó llegar a establecer vínculos con niveles de seguridad para lo que resultaba necesario obtener el compromiso de sus próximos. Las referencias históricas dan cuenta de lo sostenido.

El cumplimiento de los compromisos primigenios únicamente necesitó de la expresión de los obligados, supuesto que con la complejidad social devino en insuficiente. Las formalidades como agregados a los compromisos para asegurarlos se van incrementando. En efecto, las solemnidades como los juramentos, la participación de testigos, etc. se

incrementan hasta la aparición de la res pública y de la necesidad de funcionarios que se encarguen de su gestión. Aparece de este modo la necesidad de dar fe de hechos y actos que permita facilitar la realización de relaciones entre los ciudadanos.

Roma, como antecedente con un desarrollo jurídico extraordinario, ya contaba con funcionarios que daban fe de los contratos y de hechos que importaban la creencia obligatoria de los civiles. Posteriormente, el Estado de derecho necesitó de generar creencia obligatoria en su principal instrumento de afirmación de la voluntad general como es el orden jurídico. La soberanía del Estado se manifiesta a través de la fe pública que lo establece como su único titular. La estabilidad, permanencia, promulgación, entre otros elementos de la seguridad jurídica deben sostenerse en la fe pública de carácter legal. La creencia obligatoria en el orden jurídico resulta fundamental para la sostenibilidad del mismo Estado.

3.2. Concepto

Podemos comprender la fe pública como un concepto que se disemina por todo el plexo normativo o jurídico de un sistema determinado. En efecto, esa exigencia de creer en lo positivamente valioso en los ámbitos público y privado es lo que tenemos por idea primigenia de fe pública. Sin embargo, en la multiplicidad de disciplinas jurídicas se le concibe como estrechamente vinculada con determinadas ramas del Derecho (Notarial, Registral, etc.). “El concepto que se tenga de la fe pública es el concepto que se tenga del derecho notarial” (Couture, 2011, p. 28); de allí, que se constituya en un concepto necesariamente introductorio de dicha rama del derecho, tanto por constituir el resultado del desempeño de una función pública como por pertenecer al ámbito público por antonomasia.

Podemos remitirnos a la fe o *fides* como una virtud teologal por la que llegamos a creer, tener seguridad, confianza acerca de hechos. En esta concepción no es difícil percatarse que se encuentra tras ella la autoridad de naturaleza divina que nos permite obtenerla, mantenerla o hasta acrecentarla. Nos adherimos a una verdad, creemos, aun cuando no nos conste de modo directo, vale decir creemos o tenemos fe por testimonio que importa veracidad o convicción.

La imposibilidad de tener conciencia de la realidad en su totalidad nos lleva a tomar testimonio de quienes consideramos tienen referencia directa o indirecta de ella. La calidad y naturaleza del testimonio producirá niveles de confianza o certidumbre. Primero la fe luego la creencia, premisa necesaria para entender el concepto de fe pública.

Fe es creencia por autoridad o fama y el carácter público de la misma viene del hecho de hacerse patente, notoria, manifiesta, conocida por todos. Preliminarmente y de modo muy general podemos concebir la fe pública como una creencia con contenido jurídico patente o conocida por todos o manifiesta.

Suele asimilarse el concepto de fe pública con la de instrumento, generalmente desde un dador de fe o notariado, es decir escritura pública, o con un criterio de exactitud. Sin embargo, notamos que en nuestro sistema normativo no solo el notario es el dador de fe, existen otros funcionarios públicos que cuentan con tal función pública. Los fedatarios (Ley 27444), los Jueces de Paz, los Cónsules, la Policía Nacional (en algunas certificaciones),

etc. El concepto de fe pública comienza a expandirse por delegación de su titular, el Estado, en el sistema normativo por necesidades concretas. Igualmente, en cuanto al instrumento, la fe pública no solo comprende los instrumentos notariales, como en el caso de la moneda. En esta aparece claramente el concepto de fe pública, sobre todo en el ámbito penal, sin mayor contenido escriturario. Sin embargo, dicha creencia colectiva o común ha sido concebida, igualmente, como impuesta por la autoridad o el estado, éste dispone creer.

La autoridad puede estar referida a la intervención del Estado y el testimonio realizado por quien resulta autorizado para constatar hechos, formalizar voluntad mediante instrumentos o tramitar asuntos delegados a su competencia; en tales supuestos estamos frente al concepto de fe pública, dada la intervención de la autoridad estatal y al testimonio de quien es autorizado para brindarlo, en nuestro sistema el Notario, a quien más se le identifica con esta función.

3.3 Clasificación

Una primerísima clasificación nos lleva a tratar de la fe como divina y humana. La primera como la creencia en lo revelado por la divinidad cualquiera sea ésta. La segunda, como la creencia o confianza en el actuar o expresarse de los hombres. Esta última, a su vez, puede concebirse como fe privada y fe pública, de la que nos ocuparemos al clasificarla.

Debemos tener presente que la fe es pública porque en ella participa la totalidad de los miembros de una comunidad, dando cuenta de hechos, actos o relaciones jurídicas. La complejidad de estas últimas con el crecimiento de las organizaciones sociales hizo necesario que dicha fe pública se ejerza por representación o delegación. El Estado asume la administración y gestión social y con ello el poder de dar fe de hechos, actos y relaciones jurídicas que se suceden.

Lo anterior nos lleva a afirmar que, desde la Administración Pública, como maquinaria organizada por el Estado para su gestión, puede éste y por Derecho lo hace, ejercer función fedante. Por ello cada órgano de la Administración del Estado puede decirse que cuenta con la capacidad de dar fe pública.

Sin embargo, para fines didácticos la fe pública suele dividirse en judicial y extrajudicial. Esta última, según el sujeto o entidad que la realice. De este modo encontramos fe pública administrativa, fe pública registral y fe pública notarial, en la primera debemos estimar la que se realiza en aplicación de la Ley 27444 y de la que se encuentra investido todo acto administrativo. De la fe notarial, pasamos a ocuparnos por ser materia del presente trabajo.

3.4. Fe pública en sus diversas manifestaciones

La Administración Pública, como maquinaria operativa del Estado, en todas sus entidades que la conforman da fe de lo que cumplen o perciben, según las funciones que se les asigna. En algunos supuestos las entidades u órganos de estas se identifican con la función fedante, conforme se encuentra regulado en la Ley 27444. Esta norma regula el procedimiento administrativo general y establece las pautas de la actuación de la Administración Pública que comprende los tres poderes del Estado, Los Organismos Constitucionales autónomos, los gobiernos subnacionales, y demás entidades incluidas aquellas personas jurídicas privadas que realizan función administrativa o de otra

naturaleza por delegación de su titular, el Estado.

El notariado, sin ostentar la calidad de funcionario público para ningún efecto legal, se ha constituido como una institución con capacidad para actuar como testigo público veraz por delegación que realiza el Estado para generar fe pública (Neri, 1980). La instrumentación pública notarial se tiene por cierta en mérito a la fe pública, en tanto no se declare lo contrario judicialmente. El ámbito de la fe pública notarial es extrajudicial y en los supuestos en que por mandato legal resulta constituida en una formalidad esencial. De este modo el notario viendo y oyendo, intermediación, da autenticidad a las manifestaciones de voluntad de quienes así lo solicitan. El notario como lo anota (Carnelutti, 1950) es el documentador de las declaraciones de voluntad, no obstante, para ello la idoneidad técnica no es suficiente sin idoneidad moral.

Existen algunos términos afines con los que no debemos confundir a la fe pública. En efecto, la fe pública no es buena fe, creencia común, verdad, ni debe confundirse con medidas de eficacia como la fe plena o eficacia probatoria de los instrumentos. La fe pública constituye la “calidad propia que la intervención notarial acuerda a los instrumentos expedidos en el ejercicio regular de esa función.” (Couture, 2011, p. 52).

El notario garantiza mediante su actuación la certeza de hechos haciéndolos creíbles, vale decir invistiéndolos de fe pública, que por sí mismos no la tienen. La calidad representativa de lo visto y oído, los hechos, por el notario se considera el contenido de la fe pública. De ello puede quedar constancia de modo protocolar o extra protocolo, en el primer supuesto, característica básica del notariado latino, se trata de una fe pública de fondo o sustantiva dado que es el notario quien directa e inmediatamente proporciona certeza o testimonio de verdad a lo realizado por los comparecientes. La actuación notarial en los procedimientos no contenciosos culmina con la formalización mediante instrumentos protocolares con la misma calidad de fe pública de fondo antes referida. En las protocolizaciones esta fe se relativiza a la estricta actuación del notario. La función extraprotocolar del notario se caracteriza por actividades de constatación o de mera certificación en donde la fe pública no ingresa al instrumento, sino que se limita a la constatación o certificación realizada.

La fe pública notarial instrumentalizada cumple funciones que pueden explicarse desde diversas perspectivas. En efecto, tratar de la función de la fe pública implica indagar por su cometido o rol en el orden jurídico. En tal sentido, el papel de la fe pública ha tratado de explicarse desde el poder certificante o fedante del Estado, como negocio complementario, presunción legal y como prueba legal por la calidad que le infiere al documento que la contiene.

En cuanto al poder o función certificadora o fedante del Estado se sugiere que la fe pública se ejerce por delegación realizada al Notario por el poder público, aun cuando se discute tal atribución señalándose que en todo caso es la ley la que define dicha atribución a un particular, entendiéndose que existe confusión al sostener que se ejerce la voluntad del Estado cuando de lo que se trata es de la autoridad de una ley. La crítica en este sentido resulta poco feliz en tanto que la ley es la forma en que el poder del Estado se manifiesta. Actualmente se sostiene que el Estado ejerce, además de las clásicas, un sinnúmero de funciones y una de ellas la ejecutiva o administrativa es la encargada de la prestación de los servicios públicos. La fe pública se concibe modernamente como un servicio público.

Dentro de esta primera perspectiva se precisa que el Notario integra la llamada jurisdicción voluntaria, considerada como una de las funciones de la potestad o poder del Estado. En nuestro sistema el Notariado se encarga de la tramitación de procedimientos no contenciosos que constituirían el ejercicio de la mencionada jurisdicción voluntaria. Una segunda concepción de la función de la fe pública la considera como un negocio complementario. Se sostiene que el acto o declaración de voluntad de las partes constituye un acto que posterior y complementariamente es reproducido o fijado por el instrumento notarial. Este se constituye en un nuevo negocio. La teoría del negocio complementario parte del error de no considerar la distinción entre acto e instrumento. Actualmente en nuestro sistema, tanto en la norma sustantiva como adjetiva, encontramos normas que distinguen plenamente el acto con el instrumento que lo contiene. Asimismo, se establece que lo que corresponde a la función notarial es la formalización de la voluntad de las partes u otorgantes, sin considerar por ello la formación de un nuevo negocio. Una tercera concepción sobre la función de la fe pública la considera como una presunción en favor del documento que la contiene. Se presume que el instrumento tiene una medida de eficacia preestablecida por la ley respecto de la validez de la afirmación realizada por el funcionario de fe pública.

Las presunciones implican todo lo contrario a probar. Sin embargo, de admitir que la fe pública se trata de una presunción sería *iuris tantum*, puesto que los instrumentos públicos prueban mientras no se declare judicialmente su invalidez, vale decir la fe pública puede ser impugnada. La crítica a esta posición se realiza en razón a lo que se establece desde la teoría de la prueba. Se considera que, existiendo pruebas legales, de sana crítica y de libre convicción, la fe pública sería una prueba legal en tanto que produce fe plena, este criterio no resulta aplicable en nuestro sistema desde la concepción sobre la prueba contenida en el Código Procesal Civil vigente.

Los efectos de la fe pública se vinculan con su eficacia, tanto sustantiva como procesal. La eficacia sustantiva de la fe pública se vincula con dos acepciones derivadas del concepto de título. Este puede estar referido a la causa o acto jurídico generador de un derecho, así como al instrumento que lo formaliza. En la primera acepción nos encontramos dentro del Derecho Civil; para la segunda el Derecho Notarial resulta en su integridad una respuesta adecuada a la formalización de dicha causa o acto cualquiera sea el tipo de instrumento protocolar o extra protocolar que la ley exija para su realización. De este modo el Derecho Notarial se pone al servicio del Derecho sustantivo. Para la búsqueda de una subsistencia pacífica no resulta suficiente la existencia de títulos causa que legitimen la adquisición de cualquier derecho. Resulta de este modo necesario recurrir a instrumentos que permitan constatar que ello es conforme se afirma. En el Derecho común tal situación se patentiza con la usucapión, en ésta el derecho existe el instrumento no. Por ello debe recurrirse a la Autoridad Judicial para que lo declare e instrumentalice con la sentencia. La eficacia sustancial de la fe pública está ligada a consolidar la estabilidad y firmeza de los derechos poniendo fuera de ellos la incertidumbre. De ello se deriva que al Derecho Notarial se le vincule más con la seguridad jurídica que con la justicia. La fe pública llega a la cúspide jurídica cuando se le encuentra inmersa en el acto mismo como sustancial elemento de él. Establecer que la forma solemne constituye elemento esencial de un acto implica llevar a la fe pública a su máxima expresión.

La eficacia procesal constituye uno de los efectos inherentes del instrumento notarial. Su eficacia la podemos verificar en tanto coadyuve a la probanza en un proceso o al nacimiento

de derechos, siempre determinados por la ley en un determinado sistema. No aplica de modo general el principio *instrumenta publica probant se ipsa*. En tal sentido, en el régimen notarial peruano los instrumentos públicos notariales se clasifican en protocolares y extraprotocolares. La escritura pública, actas y protocolizaciones integran el primer grupo; las certificaciones y actas determinadas en las normas legales constituyen el segundo grupo. Los instrumentos públicos notariales producen fe de acuerdo a cada caso y según lo que les fije la ley, incluso dentro de cada uno de los instrumentos referidos que produce el Notario. El nivel de eficacia probatoria y el establecimiento de los sujetos a quienes alcanza cada instrumento, límite objetivo y subjetivo respectivamente, se determinan legalmente. De este modo en nuestro sistema ha variado el alcance probatorio de los instrumentos públicos notariales.

Los instrumentos públicos notariales producen fe pública y su eficacia probatoria puede, límites objetivos, ser plena o plena fe, cuando por sí mismos acreditan el hecho controvertido; semiplena, necesita de otros medios complementarios convirtiéndose en un *fumus bonis iuris*, o simplemente como medio de prueba, sirve como apoyo para otros medios. En cuanto a los sujetos, límites subjetivos, tenemos a los otorgantes, sucesores a título universal y singular, y a los terceros. Para el caso de los otorgantes y sucesores a título universal el instrumento prueba plenamente, no así en el caso de los terceros a quienes no afecta, salvo el hecho de haberse otorgado y su fecha. Para el caso de los sucesores a título singular si bien se asimilan a la situación de los sucesores a título universal, no sucede ello en el caso de los contradocumentos en cuya situación se consideran como terceros.

La revisión panorámica realizada de las manifestaciones de la fe pública nos permite establecer su estrecho vínculo con la seguridad jurídica, básicamente cuando se trata de la creencia obligatoria o fe pública legal, en términos genéricos. Podemos afirmar que la seguridad jurídica y la fe pública constituyen las dos caras de una misma moneda constituida por la soberanía o poder del Estado. Ésta expresada en la regulación de nivel constitucional debe hacer referencias expresas a las categorías tratadas en el presente.

4. Conclusiones

1. La seguridad jurídica constituye un atributo del Derecho, un elemento constitutivo de éste que responde a fundamentos desde diversas perspectivas: políticas, sociales y morales. El debilitamiento de estos como sustento del orden premoderno hizo que el Derecho se asuma como elemento de cohesión y convivencia social exigiéndosele protección y estabilidad en sí mismo.
2. Seguridad y justicia son atributos del Derecho que coexisten, complementan y sustentan. No existe dicotomía entre ambos. Sin embargo, ante la ausencia de la seguridad jurídica o su extralimitación debemos volver a sus vínculos con la moral y desde aquí con la justicia.
3. Las crisis de convivencia o cohesión generalmente cuestionan y afectan la seguridad jurídica tratando de doblegar su principal manifestación, vale decir la legalidad en todos sus niveles. El Derecho y sus componentes no son estáticos, sin embargo, el ajuste en sus correlaciones no deben responder a exhabruptos que culminen en situaciones que afecten la convivencia social. El equilibrio y la progresión constituyen elementos a tener

en cuenta en un Estado de Derecho y a partir de lo que en materia de seguridad jurídica prevee la Constitución vigente, considerándose en su contenido referencias expresas a las categorías tratadas.

4. La seguridad jurídica no es un concepto estrictamente teórico y filosófico exento de ser dimensionado. Por ello se ha llegado a una serie de elementos que nos permiten tomar en cuenta a este valor jurídico desde sus manifestaciones en la realidad a través de una serie de indicadores, necesarios para un tratamiento científico del tema.

5. La fe pública se encuentra fuertemente vinculada con la seguridad jurídica. El Estado se vale de la fe en el orden normativo como fuente de cohesión social. La creencia en el orden normativo establecido genera seguridad jurídica y viceversa, así como mayor cohesión social. En ambos casos se debe volver a la idea de Derecho o justicia, con la que no resultan incompatibles, para lograr su consolidación.

Referencias

Alva de la Selva, A. R. (2020). Escenarios y desafíos de la ciudadanía digital en México. *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, 65(238), 81-105. *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, N°238, 81-105. Obtenido de <https://doi.org/10.22201/fcpys.2448492xe.2020.238.68337>

Alzamora, M. (1976). *La filosofía del derecho*. Lima: SESATOR.

Arcos Ramírez, F. (2000). *La seguridad jurídica. Una teoría formal*. Madrid: DYKINSON SL.

Avila, H. (2012). *TEORIA DE LA SEGURIDAD JURIDICA*. Madrid: Marcial Pons.

Cáceres Zapatero, M. y. (2015). *Hacia la construcción de una ciudadanía digital*. *Prisma social* - No 15 , 643-684.

Carnelutti, F. (1950). *La figura jurídica del notariado*. Madrid: Gaceta notarial.

Cátedra de Cultura Jurídica.(2013, setiembre 10).Taller 1: Diseño de indicadores de seguridad jurídica 4 [Video]. YouTube. <https://www.youtube.com/watch?v=eVu5XSmAe0w>

Couture, E. (2011). *El concepto de fe pública*. Lima: Gaceta notarial.

Neri, A. (1980). *Tratado teórico y práctico de derecho notarial*. Buenos Aires: Depalma.

Perez Luño, A. E. (1994). *La seguridad jurídica*. Barcelona: Ariel S.A.

Radbruch, G. (1951). *Introducción a la Filosofía del Derecho*. México: Fondo de Cultura Económica Nro. 42.

Sentencia del Tribunal Constitucional, 0016-2002 (Tribunal Constitucional 30 de abril de 2003).

Al respecto el Tribunal Constitucional expresa en la Resolución del EXP. N° 0016-2002-AI/TC.- LIMA.- COLEGIO DE NOTARIOS DE JUNÍN (30 de abril de 2003) que “nuestra Norma Fundamental no reconoce de modo expreso a la seguridad jurídica como un principio constitucional... El principio de la seguridad jurídica forma parte consubstancial del Estado Constitucional de Derecho... se concretiza con meridiana claridad a través de distintas disposiciones constitucionales, algunas de orden general, como la contenida en el artículo 2º, inciso 24, párrafo a) ("Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido se hacer lo que ella no prohíbe"), y otras de alcances más específicos, como las contenidas en los artículos 2º, inciso 24, párrafo d) ("Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no este previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley") y 139º, inciso 3, ("Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción, ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera que sea su denominación")... La predecibilidad de las conductas (en especial, las de los poderes públicos) frente a los supuestos previamente determinados por el Derecho, es la garantía que informa a todo el ordenamiento jurídico y que consolida la interdicción de la arbitrariedad. Tal como estableciera el Tribunal Constitucional español, la seguridad jurídica supone "la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en aplicación del Derecho" (STCE 36/1991, FJ 5)."

DOI: <https://doi.org/10.37768/unw.rid.03.01.003>**La noción de uniformidad en el derecho internacional del transporte y especialmente en el derecho marítimo****Renato Pezoa Huerta¹**

Universidad Bolivariana de Chile

renato@pezoapizarro.cl

Código ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9438-2836>

RESUMEN: El presente artículo intenta examinar cómo –y de hecho si– se puede alcanzar uniformidad en el Derecho del Transporte a nivel universal y, lo que es más importante, si esta uniformidad puede dar lugar a una aplicación transfronteriza. Para ello, en primer lugar, será imprescindible determinar el significado y valor de la uniformidad y, en particular, qué se entiende por tal. Para todo, se presta especial atención al fenómeno uniforme en el Derecho Marítimo, y la adopción normativa en el Derecho Chileno. Finalmente se expresarán los motivos por los cuales es necesaria la uniformidad, y los mecanismos a través de los cuales es posible alcanzarla.

Palabras clave: Transporte Terrestre; Transporte Aeronáutico; Transporte Marítimo; Derecho Internacional Uniforme; Soft-Law

ABSTRACT: This article attempts to examine how - and indeed whether - uniformity in transport law can be achieved on a universal level and, more importantly, whether this uniformity can lead to cross-border application. In order to do so, it will first of all be essential to determine the meaning and value of uniformity and, in particular, what is meant by it. Special attention will be paid to the phenomenon of uniformity in maritime law, and the adoption of rules in Chilean law. Finally, the reasons why uniformity is necessary and the mechanisms through which it is possible to achieve it will be expressed.

Keywords: Land Transport; Air Transport; Maritime Transport; Uniform International Law; Soft-Law.

*Recibido: 05.08.2021**Aceptado: 27.09.2021*

¹ Socio administrador de Pezoa & Pizarro. Máster (MBA) en Dirección y Desarrollo Directivo, especializado en Derecho Internacional. Universidad de Nebrija y CEREM IBS. Madrid, España. Correo: renato@pezoapizarro.cl

1. Introducción

Concebir el Derecho de Transportes como una disciplina aislada del Derecho Internacional es inapropiado; todavía más, si se asume la actual búsqueda de uniformidad de las reglas que regulan el transporte a nivel internacional, como el foco de mayor interés para los abogados y académicos de Derecho Internacional y Comercial. No obstante, este proceso también despierta una alta preocupación para quienes están interesados en el desarrollo del transporte, esto es, exportadores e importadores de carga, sin dejar de mencionar claramente al principal protagonista de esta disciplina, esto es, al transportista.

Lo anteriormente expresado, encuentra justificación en un objetivo claro: para el desarrollo de las relaciones entre privados es fundamental contar con leyes comerciales nacionales e internacionales uniformes, que doten de certeza y previsibilidad a los negocios que se desarrollan principalmente en la esfera internacional; y también porque es esencial para la industria y las partes que se involucran en las diferentes fases o etapas de producción y comercialización.

Existen posiciones jurídicas que estiman, sin perjuicio de los diversos sistemas jurídicos de las distintas naciones del mundo, que se ha logrado a través del tiempo, un alto grado de “unificación” o “uniformidad” en el ámbito de las relaciones privadas internacionales¹. Para determinar si esta aseveración es exacta, será indispensable analizar la situación de la uniformidad en el Derecho Comercial en general y, a su turno, recalcar en el puerto del Derecho del Transporte en particular. Es relevante precisar desde ya, que si bien el Derecho es una disciplina extremadamente conservadora y de lento desarrollo en comparación al Comercio y el Transporte como objetos de regulación o materias, de igual forma ha experimentado importantes cambios y tipos de modernización.

En el pasado, los Estados soberanos dominaban la escena internacional; la costumbre y la práctica estatal eran las principales fuentes del Derecho Internacional. No obstante, con el término de la Segunda Guerra Mundial y el advenimiento de la Guerra Fría, la creciente participación de las instituciones internacionales, regidas por tratados multilaterales, las empresas transnacionales, las ONG y los actores privados, transformaron determinadamente el Derecho Internacional convencional y dieron paso a la era del Derecho globalizado, con una infinita amplitud reguladora, que es precisamente la era jurídica en que vivimos.

El Transporte se ha modernizado, y el Derecho también lo ha intentado. Así, desde la segunda mitad del siglo XX, se marca el inicio de la “revolución de los contenedores”, que cambió las técnicas tradicionales y deficientes utilizadas para el transporte de mercancías², por lo que resultaba apropiado debatir sobre la uniformidad de las normas en un sentido de sistema, esto es, como un Derecho del Transporte en su conjunto; así, y entendiendo que el Derecho del Transporte es aquella área del Derecho Comercial que considera un marco más amplio de uniformidad respecto de otras áreas del Derecho mercantil, es importante establecer herramientas que promuevan dicha uniformidad en un escenario de constante evolución. Por esta razón, el debate actual debe centrarse en estudiar el Derecho actual (*lege lata*) para pasar, en definitiva, a razonar cómo debería modificarse el Derecho existente con el claro objeto de hacerlo más coherente, certero y predecible (*lege ferenda*).

2. ¿Qué es el derecho uniforme?

Las ideas del Derecho Uniforme provienen de la época del Derecho romano, por lo cual no se trata de un fenómeno novedoso³. Hacia mediados del siglo pasado, un renombrado profesor, Philip JESSUP, eximio docente de Derecho Internacional, utilizó el concepto en uno de sus escritos, y en concreto, razonó que la clásica división entre Derecho público y privado es poco feliz e inexacta, principalmente si existen algunas

áreas del Derecho que atraviesan las fronteras y no se encasillan estrictamente en el debate público o privado. A este respecto, el campo citado para justificar su hipótesis, fue el Derecho Marítimo, que ha presentado mayor uniformidad⁴.

Según el Diccionario de la Real Academia Española, la locución “uniforme”, etimológicamente significa “igual, conforme, semejante”. No obstante esta vaga imprecisión, el Oxford English Dictionary, lo define como “algo que no varía, que es igual en todas las partes y en todo momento”⁵. Esta acepción se enmarca con mayor detalle respecto del claro sentido o alcance de la uniformidad del Derecho, pues visibiliza un aspecto temporal y espacial en que será admitido y aplicado. Sinónimos de “uniforme”, son los vocablos “armonización” o “unificación”, que son ampliamente utilizados en los diversos convenios internacionales o instrumentos regionales, según se pasará revista.

Así, en el sistema de la Organización Marítima Internacional (en adelante, simplemente OMI) se suele utilizar el término “unificación”. Por su parte, la Resolución 2205 de la ONU de 1966 que establece la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (en adelante, simplemente CNUDMI), utiliza ambas palabras, como sinónimas de uniformidad, al expresar que “la “armonización” y la “unificación” del derecho del comercio internacional se refieren al proceso mediante el cual se crea y adopta la ley que facilita el comercio internacional, estando, en la práctica, ambos conceptos estrechamente relacionados”.⁶

Por su parte, los convenios de transporte marítimo presentan términos diferentes a “uniformidad”. Por ejemplo, en las Reglas de La Haya, se utiliza enfáticamente la palabra “unificación” en su título, a saber: “Convenio Internacional para la Unificación de Ciertas Reglas de Derecho relativas a los Conocimientos de Embarque”. En cuanto a otros instrumentos de Derecho Internacional, existe una situación diversa. Por ejemplo, el Convenio relativo al contrato de transporte internacional de mercancías por carretera (CMR) aplicable sólo a los países de la Unión Europea, introduce el término “normalización”.

Respecto del Derecho Aeronáutico, el Convenio de Montreal, del cual Chile es Estado parte, y su predecesor, el Convenio de Varsovia, utilizan un enfoque similar al de las Reglas de La Haya-Visby, al indicar que son convenios “para la unificación de ciertas reglas relativas al transporte aéreo internacional”.

De sumo interés para el Derecho Marítimo chileno y para el Derecho Internacional, las Reglas de Rotterdam contienen elaboradas disposiciones sobre uniformidad, tanto en la Resolución adoptada por la Asamblea General 63/122 como en el texto del convenio, incluido su Preámbulo. La Resolución subraya que “el régimen jurídico actual que rige el transporte internacional de mercancías por mar carece de uniformidad y no tiene en cuenta adecuadamente las prácticas modernas de transporte, como la utilización de contenedores, los contratos de transporte puerta a puerta y el uso de documentos de transporte electrónicos”.⁷ Por lo tanto, la adopción de criterios uniformes para modernizar y armonizar las normas que rigen el transporte internacional de mercancías con tramo marítimo, aumentaría la seguridad jurídica, mejoraría la eficiencia y la previsibilidad comercial en el transporte internacional de mercancías y reduciría los obstáculos jurídicos al flujo del comercio internacional entre todos los Estados.

3. El rol de las organizaciones internacionales para alcanzar la uniformidad

El rol de las Organizaciones Internacionales en el proceso de unificación del Derecho Marítimo y del Transporte en general, es crucial. En este contexto cabe destacar que una de las prerrogativas de las Organizaciones Internacionales es evitar la intromisión de los diversos gobiernos de las distintas naciones, desde que dicha intromisión rompe con el equilibrio de los intereses de las distintas partes interesadas en el transporte,

atacando principalmente el ámbito de la libertad contractual de quienes son actores de los sistemas de transporte; así, como explica un autor:

El Derecho de cada modo de transporte muestra una tendencia a aislarse en lo que respecta al procedimiento legislativo de cada país. Una de las razones es que cada modo de transporte tiene sus propias tradiciones legislativas y trabaja a través de sus propias organizaciones especializadas. En consecuencia, ha resultado extraordinariamente difícil una solución jurídica de los problemas asociados al transporte multimodal y los proyectos de texto han sido objeto de un “tira y afloja” entre organismos como la CMI, el UNIDROIT, la UNCTAD, la CNUDMI, la OACI, la OMI y la CEPE, cada uno de los cuales ve la cuestión desde sus propias gafas y perspectivas. Nadie es responsable de la evolución jurídica del sector del transporte en su conjunto.⁸

A pesar que esta afirmación fue formulada hace más de treinta años, hoy es tan cierta como en aquel entonces.

Tras el establecimiento de la ONU en el año 1945, nacen a su alero, una serie de organismos especializados, centrados en aspectos particulares de las relaciones internacionales. Así, y de acuerdo con los artículos 1 y 13 de la Carta ONU, los capítulos IX sobre Cooperación Económica y Social Internacional, y X relativa a El Consejo Económico y Social, la codificación del Derecho Internacional y la eliminación o reducción de los obstáculos jurídicos en el comercio internacional, entran en el ámbito y competencia de la ONU. A continuación, se pasará revista a algunas organizaciones que regulan el desarrollo del Derecho de Transportes a nivel internacional.

Organización Marítima Internacional (OMI)

Tras una conferencia celebrada por la ONU hacia el año 1948, se adopta un convenio por el cual se crea el 6 de marzo de 1948, la Organización Consultiva Marítima Internacional (OCMI), como primer organismo internacional dedicado exclusivamente a los asuntos marítimos. Posteriormente, hacia 1981, su nombre cambia al de Organización Marítima Internacional (OMI) tal y como es conocida hoy en día.

Uno de sus propósitos es proporcionar un mecanismo de cooperación entre los Estados en el ámbito de la reglamentación y las prácticas gubernamentales relativas a las cuestiones técnicas de todo tipo que afectan a los buques dedicados al comercio internacional, y fomenta la adopción general de normas más elevadas en materia de seguridad marítima y eficiencia de la navegación.

Sus funciones son eminentemente consultivas, pero también constituye una instancia para la redacción de convenios, acuerdos u otros instrumentos adecuados para ser recomendados a los gobiernos de los distintos Estados y Organizaciones Intergubernamentales, así como para convocar conferencias diplomáticas con tales fines. En realidad, la OMI se ocupa sobre todo de asuntos de Derecho reglamentario y no tanto de los aspectos comerciales del transporte marítimo. Para ello, ha adoptado varios convenios marítimos de Derecho reglamentario y de Derecho privado, entre los que cabe citar: Convenio Internacional para la Seguridad de la Vida Humana en el Mar de 1974, enmendado (SOLAS) y vigente en Chile a través del Decreto N° 328 del Ministerio de Relaciones Exteriores de 15 de abril de 1980; Convenio Internacional para Prevenir la Contaminación por los Buques, 1973, modificado por el Protocolo de 1978 relativo al mismo y por el Protocolo de 1997 (MARPOL) vigente en Chile a través de diversas enmiendas; Convenio Internacional sobre Normas de Formación, Titulación y Guardia para la Gente de Mar, enmendado, incluidas las enmiendas de Manila 1995 y 2010 (STCW) vigente en Chile; Convenio de Atenas relativo al Transporte de Pasajeros y sus Equipajes por Mar de 1974; Convenio sobre limitación de la responsabilidad nacida de reclamaciones de derecho marítimo (LLMC) de 1976 del cual Chile no es Estado parte, no obstante haberse adaptado el Libro III del Código de Comercio a sus disposiciones; Convenio Internacional sobre responsabilidad civil por daños causados por la contaminación de hidrocarburos (CLC) de 1969, sustituido por el Protocolo de

1992, ratificado por Chile; y el Convenio internacional sobre la constitución de un fondo internacional de indemnización de daños causados por la contaminación de hidrocarburos de 1971, sustituido por el Protocolo de 1992.

Además de los convenios y otros instrumentos convencionales formales, la OMI ha adoptado numerosos instrumentos de Derecho no vinculantes, como códigos, directrices o prácticas recomendadas sobre una amplia gama de temas importantes que no se consideran adecuados para su regulación mediante instrumentos convencionales formales. Casi todos los códigos de la OMI son ahora vinculantes; sin embargo, los instrumentos no vinculantes son a la vez persuasivos y útiles en la medida en que proporcionan orientación para enmarcar la legislación y las prácticas nacionales. Casi todos los instrumentos obligatorios pertenecen a SOLAS y/o MARPOL. De este modo, varios Estados han incorporado algunos instrumentos no vinculantes, en su totalidad o en parte, a su legislación interna.

Organización de la Aviación Civil Internacional (OACI)

La OACI fue creada hacia el año 1944 como un organismo especializado de la ONU, para promover el desarrollo seguro y ordenado de la aviación civil internacional en todo el mundo. Establece las normas y reglamentos necesarios para la seguridad, la protección, la eficiencia y la regularidad de la aviación, así como para la protección del medio ambiente en virtud del ejercicio de la aviación. La Organización sirve de foro para la cooperación en todos los campos de la aviación civil entre sus 191 Estados miembros. Se ocupa de los aspectos públicos de la aviación, así como del transporte de mercancías y pasajeros. Es notable que los aspectos públicos y privados de la aviación se concentren en una sola organización.

Chile es Estado parte de diversos Convenios en materia de Transporte Aéreo, que relevantemente destacan el criterio de “unificar” o “uniformar” reglas sobre el desarrollo de esta actividad, a saber: Convenio para la Unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional, promulgado a través del Decreto 56 de 2009; el Protocolo de Montreal N°4 que modifica el Convenio para la unificación de ciertas reglas relativas al transporte aéreo internacional, promulgado por el Decreto 261 de 2009; Convenio sobre la marcación de explosivos plásticos para los fines de detección, adoptado por la conferencia internacional de Derecho aéreo reunida en Montreal, Canadá, el 1 de marzo de 1991, promulgado a través del Decreto 1301 de 2000; Protocolo adicional N°1 y N°2 que modifica el Convenio para la Unificación de ciertas reglas relativas al transporte aéreo internacional firmado en Varsovia el 12 de octubre de 1929 y adoptados el 25 de septiembre de 1975 en Montreal, Canadá (Convenio de Varsovia) promulgado por Decreto 1383 de 1997; Protocolo para la represión de actos ilícitos de violencia en los aeropuertos que presten servicios a la aviación civil internacional, complementario del Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil de 1971 suscrito en Montreal, Canadá, el 24 de Febrero de 1988, promulgado por Decreto 519 de 1989; Convenio para la Unificación de ciertas reglas relativas al transporte aéreo internacional de 12 de octubre de 1929 en Varsovia y al Protocolo que lo modifica de 28 de septiembre de 1955 en La Haya, aprobado por Decreto 458 de 1979; Convenio sobre represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil, aprobado por Decreto 736 de 1975; Convenio sobre las infracciones y ciertos actos cometidos a bordo de las aeronaves, suscrito en Tokio en el año 1963, aprobado por Decreto 711 de 1974; Acuerdo relativo al tránsito de los servicios aéreos internacionales, aprobado por Decreto 538 de 24 de octubre de 1974; Convenio para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, aprobado por Decreto 147 de 1972; y Convenio de aviación civil internacional (OACI) suscrito en Chicago el 7 de diciembre de 1944, promulgado en Chile por Decreto 509bis de 1957.

Organización Intergubernamental para el Transporte Internacional por Ferrocarril (OTIF)

La OTIF se creó en 1985. Su predecesora fue la Oficina Central de Transportes Internacionales por Ferrocarril, creada en 1893. Es una organización que rige para Europa y algunos países de medio oriente. Destaca el Convenio relativo a los transportes internacionales por ferrocarril (COTIF), adoptado el 9 de mayo de 1980 bajo los auspicios de la OTIF.

Hasta la firma del Protocolo de 3 de junio de 1999 (Protocolo de Vilnius) para la modificación de COTIF, el objetivo de esta organización era principalmente desarrollar los sistemas jurídicos uniformes que se aplican al transporte de pasajeros y de mercancías en el tráfico internacional de tránsito por ferrocarril. Estos sistemas jurídicos existen desde hace décadas y se conocen como Reglas uniformes relativas al contrato de transporte internacional de viajeros por ferrocarril, 2006 (CIV) y Reglas uniformes relativas al contrato de transporte internacional de mercancías por ferrocarril, 2006 (CIM), también conocidas como CIM-COTIF.

La Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas (UNECE)

El Consejo Económico y Social de la ONU, como una de las cinco comisiones regionales de Naciones Unidas, creó la CEPE en 1947. El principal objetivo de la CEPE es promover la integración económica paneuropea. Una de sus principales áreas de trabajo es el transporte, con el fin de facilitar la circulación internacional de personas y mercancías por medios de transporte terrestre. La CEPE ha establecido 57 acuerdos y convenios de transporte, que son negociados por los representantes de los gobiernos y pasan a ser legalmente vinculantes para los países que los ratifican o se adhieren a ellos. Estos acuerdos y convenios crean normas y reglamentos internacionales de seguridad y medio ambiente para el transporte y para los vehículos de motor y sus remolques, armonizan las normativas nacionales, hacen menos complicado el cruce de fronteras y prevén el desarrollo de redes de infraestructuras coherente para el transporte por carretera, ferrocarril y vías navegables.

Destacan los siguientes convenios: Convenio relativo al contrato de transporte internacional de mercancías por carretera (CMR); Convenio relativo al contrato de transporte internacional de viajeros y equipajes por carretera (CVR) de 1956; Acuerdo europeo relativo al transporte internacional de mercancías peligrosas por vía navegable (ADN) de 1973.

Comité Marítimo Internacional (CMI)

El CMI ha desempeñado un papel único y significativo en la unificación del Derecho Marítimo durante más de cien años.⁹ En 1896, la Asociación de Derecho Internacional (ILA) se dio cuenta que el volumen de trabajo en relación con el Derecho Marítimo y el transporte marítimo había adquirido tales proporciones, que estaría justificado crear una organización independiente que se ocupara de los complicados problemas de la marina mercante. Así, hacia el año 1897, se funda en Amberes, el CMI, con el fin de contribuir por todos los medios y actividades adecuados, a la unificación del Derecho Marítimo en todos sus aspectos.¹⁰ Para lograr este objetivo, el CMI crea asociaciones nacionales de Derecho Marítimo, y coopera con otras organizaciones internacionales. En la actualidad, el CMI desempeña un papel fundamental en el ámbito de la unificación del Derecho Marítimo privado a escala mundial¹¹.

En particular, la CMI ha generado algunos instrumentos no convencionales, como las Reglas Uniformes para las Cartas de Porte Marítimo y las Reglas de Avería Gruesa de York-Amberes de 1994, de las que es custodio. Todas las cuestiones relativas a estas reglas se tratan en las reuniones y conferencias del CMI. Las Reglas de York-Amberes se utilizan a través de su referencia en los contratos marítimos comerciales, tales como los contratos de fletamento y las pólizas de seguro marítimo.

Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT)

UNIDROIT fue creado con el propósito de examinar los medios que permitieran armonizar y coordinar el Derecho Privado de los Estados y grupos de Estados, y de preparar gradualmente la adopción por los distintos Estados de normas uniformes de Derecho Privado.

En particular, UNIDROIT se ha mostrado muy activo en la elaboración de diversos convenios, directrices y principios en el ámbito comercial, incluido el de los transportes. A lo largo de su existencia, ha elaborado más de 70 estudios y proyectos, muchos de los cuales han dado lugar a la creación de instrumentos internacionales, incluidos varios convenios internacionales y leyes modelo. Algunos de estos convenios han sido adoptados por conferencias diplomáticas convocadas por los Estados miembros de UNIDROIT, entre los que cabe citar: Convenio relativo a una ley uniforme sobre la formación de contratos para la venta internacional de mercancías, La Haya, 1 de julio de 1964; Principios de los contratos comerciales internacionales, 1994 y sus ediciones ampliadas de 2004 y 2010; Convenio de Ciudad del Cabo relativo a las garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil de 2001.

Cámara de Comercio Internacional (CCI)

Con sede en París, Francia, la CCI, también conocida como “Organización Mundial de Negocios”, fue creada en 1919. Según su constitución de junio de 2012, su objetivo es promover el comercio internacional, los servicios y la inversión, eliminando al mismo tiempo los obstáculos y las distorsiones al comercio internacional. Además, la CCI reúne a los distintos sectores económicos de los países que practican la “economía de mercado”, y actúa como representante del comercio, la industria, las finanzas, los transportes, los seguros y, en general, de todos los sectores de los negocios internacionales; también garantiza una acción eficaz y coherente con el ámbito económico y jurídico, para contribuir al crecimiento armonioso y a la libertad del comercio internacional, y para prestar servicios prácticos y especializados a la comunidad empresarial internacional.

El instrumento más conocido de la CCI son las reglas INCOTERMS que, sin duda, representan una norma reconocida internacionalmente, y se utilizan en todo el mundo en el perfeccionamiento de los contratos internacionales y nacionales de venta de mercancías. A su turno, proporcionan definiciones y reglas de interpretación internacionalmente aceptadas para los términos comerciales más comunes, y ayudan a los comerciantes a evitar costosos conflictos de relevancia jurídica, al aclarar las tareas, costes y riesgos que conlleva la entrega de mercancías de los vendedores a los compradores, mediante su incorporación en los contratos de venta de mercancías.

Las INCOTERMS se publicaron por primera vez hacia el año 1936, y desde entonces han sido modificadas en reiteradas oportunidades, siendo su versión actual, la de INCOTERMS 2020, que entró en vigor el día 1 de enero de ese año.

Otros instrumentos elaborados con éxito por la CCI, son las Reglas y Usos Uniformes relativos a los Créditos Documentarios (UCP 600), edición de 2006, y el Reglamento de Arbitraje de la CCI. Respecto del Reglamento¹², éste está en vigor desde el 1 de enero de 2012. Su cometido es definir y regular el desarrollo de los casos sometidos a la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI. Al optar por seguir este reglamento, las partes involucradas en transacciones comerciales internacionales, tienen la garantía de un marco neutral para la resolución de disputas transfronterizas¹³. Actualmente, el Reglamento CCI se utiliza en unos 180 países.

El Consejo Marítimo Internacional y del Báltico (BIMCO)

BIMCO es una asociación de transporte marítimo que ofrece una amplia gama de servicios a sus miembros mundiales, quienes pueden tener intereses en la industria del

transporte marítimo, incluyendo armadores, operadores, gestores, corredores y agentes. El principal objetivo de BIMCO es facilitar las operaciones comerciales de sus miembros mediante el desarrollo de contratos y cláusulas estándar, y proporcionando información, asesoramiento y educación de calidad.

BIMCO es reconocido como el líder mundial en la producción y revisión de contratos y cláusulas marítimas estándar. Ha sido acreditada como una ONG ante todos los organismos pertinentes de la ONU, y otras entidades reguladoras. BIMCO promueve activamente la aplicación de los instrumentos reguladores acordados internacionalmente.

Según el Reglamento de la BIMCO del año 2011, su objetivo general es facilitar la armonización de las prácticas comerciales del transporte marítimo. Los formularios estándar más conocidos de BIMCO, son GENCON, SUPPLYTIME, BARECON y SALEFORM. Cada contrato va acompañado de notas explicativas para que el usuario comprenda claramente las disposiciones contractuales¹⁴.

Al resumir esta visión general de los diversos organismos internacionales en materia de Transportes, se pueden extraer conclusiones anticipadas. En primer lugar, algunas de estas entidades internacionales cooperan entre sí, y aúnan esfuerzos de armonización. Un ejemplo de ello es la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, en cuya virtud la UNIDROIT y la CNUDMI coordinan regularmente, actividades para garantizar un enfoque concentrado de cuestiones comunes en materia comercial y de transportes. Hasta ahora, esta cooperación se ha centrado en el ámbito del Derecho contractual comercial internacional, principalmente relativo a las ventas¹⁵.

En segundo lugar, pareciera que para unificar eficazmente las leyes comerciales a nivel mundial, primero deben armonizarse los propios organismos encargados de esta tarea.¹⁶ La presencia de demasiadas entidades que participan de alguna manera en la preparación de los convenios marítimos y de transporte, puede considerarse un inconveniente. Como se desprende de lo reseñado *supra*, los Convenios de transporte han sido preparados por diferentes organizaciones, de modo que, para que pueda operar o verificarse una armonización o unificación del Derecho Marítimo y del Transporte, es necesaria la concentración de todas las Organizaciones en una sola, lo cual será difícil de alcanzar, por una cuestión de protagonismo de cada entidad en la escena comercial internacional.

4. Métodos para alcanzar la uniformidad

René DAVID (1968, pp. 23-27) razonaba estar convencido de que “hoy en día, el problema no es si se logrará la unificación del Derecho; es cómo se puede lograr hacerlo.” Otro autor, Willem C. VIS (1986), experto mundialmente reconocido en transacciones comerciales internacionales, y antiguo secretario de la CNUDMI, es partidario de la unificación y la disgregación, estableciendo una mixtura, pues reconoce las desventajas que sugieren ambos sistemas jurídicos:

Las normas uniformes incorporadas a los convenios representan un Derecho estático y son difíciles de modificar. La experiencia demuestra que la interpretación y aplicación uniforme del derecho, por parte de los Tribunales nacionales, no está en absoluto asegurada. Las razones son que las normas uniformes pasan a formar parte de un sistema jurídico determinado y no pueden interpretarse de forma aislada, ya que el derecho está necesariamente en constante desarrollo (VIS, 1986, pp. 236-237).

La unificación del Derecho del Transporte se puede verificar a través de las formas que adoptan los criterios de unidad, esto es, a través de Convenios internacionales, leyes uniformes, Códigos y normas de conducta que regulan los diversos ámbitos del Derecho Público y Privado¹⁷. Hannu HONKA (1996, p. 127) ha identificado seis métodos

alternativos de armonización, que son: la legislación; las cláusulas contractuales estándar; la costumbre internacional; los principios jurídicos internacionales; la jurisprudencia y laudos arbitrales; y las guías legales de la doctrina de los autores. Importando para el desarrollo del presente trabajo, el Tratado y los Convenios Internacionales, resulta imprescindible analizar esta fuente directa y formal de Derecho Internacional.

Convenios Internacionales

Conforme el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (CIJ), entre las fuentes de Derecho Internacional, se da preminencia a los Tratados. Se ha observado con razón, que los Tratados son, con mucho, los instrumentos más importantes para regular las relaciones internacionales, y son uno de los medios a través de los cuales los Estados se relacionan entre sí, y un método preciso para regular las relaciones entre estos.

El profesor BENADAVA (1982, p. 39), con pluma autorizada, expresó que “un Tratado es un acuerdo internacional celebrado generalmente entre Estados, regido por el Derecho Internacional y destinado a producir efectos jurídicos.” Este concepto, fundamentalmente decimonónico, es renuente a aceptar un cambio de paradigma en la concepción del orden jurídico internacional actual, a fin de facilitar que la disciplina del Derecho Internacional se adapte a las nuevas dinámicas de la comunidad internacional en un mundo cada vez más interdependiente y globalizado. Este hecho enriquece la concepción de los procesos de formación de derechos y obligaciones internacionales, y pone de manifiesto el papel de los diferentes actores de la sociedad internacional y sus estrategias de acción. En la actualidad, es inadecuado sostener que las fuentes del Derecho Internacional se constriñen al artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.¹⁸ No obstante, la principal ventaja de los Convenios internacionales¹⁹, es la seguridad jurídica, siempre que el Convenio en cuestión sea ratificado por un número considerable de Estados.²⁰

En el Derecho Mercantil Internacional, los Convenios desempeñan un papel fundamental para la comunidad empresarial en general. El uso de esta fuente del Derecho Internacional, es también una de las herramientas utilizadas para la modernización y armonización en las organizaciones internacionales. Generalmente, quienes suscriben un Tratado, están de acuerdo con regirse por reglas o normas internacionales, de manera que el desarrollo de la actividad de transportes se encuentra –en principio– uniformada.

Sin perjuicio de lo hasta aquí descrito, es relevante determinar que existe un caso que socava la uniformidad de esta fuente de Derecho Internacional en materia de transportes; y está dada fundamentalmente por el artículo 19 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 que establece las denominadas “reservas”, que suponen un antagonista al proceso de unidad que plantea el Convenio, tal y como hacen las diferencias de interpretación del contenido de parte de los Estados.

5. El “soft law” y el derecho internacional de transportes

Más allá de los infructuosos anhelos de uniformidad que se han intentado a través de la materialización de las fuentes formales clásicas del Derecho Internacional (Tratados y Convenios), el Derecho Marítimo y de Transportes ha representado la instancia matriz para uniformar criterios del ejercicio de la actividad transportadora a través de un “Derecho Informal”, esto es, un sistema creado más allá de las clásicas fuentes reconocidas por el vetusto artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, y que reconoce las declaraciones, resoluciones y acuerdos ejecutivos, como novísimas fuentes de la regulación internacional de diversas materias como la de maras, considerando como marco de referencia temporal, al transporte, como un asunto en permanente cambio, frente a la ausencia de normas consolidadas en Tratados y la

Costumbre Internacional.²¹ Esto es el “Soft-Law” del Derecho Internacional del Transporte.

Una de las razones por las que proliferan las fuentes de “Soft-Law”, esto es, las declaraciones, resoluciones, acuerdos ejecutivos, formularios tipo, cláusulas de contratación estándar, u otros instrumentos informales, según Roy GOODE (1997, pp. 233-234), es el resultado de un largo proceso de adopción de los convenios internacionales y las dificultades asociadas a su modificación. A pesar de su condición de Derecho informal, el “Soft-Law” del Derecho de Transportes, permite la incorporación de sus fuentes en los contratos de transporte y, conjuntamente, que estos sean interpretados válidamente por los Tribunales de Justicia y Arbitrales.

Las fuentes de “Soft-Law” son emanadas de las Organizaciones Internacionales que promueven la Uniformidad en materia de transportes, sean estas gubernamentales (CNUDMI, UNCTAD) como no gubernamentales (CMI, UNIDROIT, CCI, BIMCO, FIATA). Un claro ejemplo de ello, es la Carta de porte multimodal FIATA negociable, y la carta de porte multimodal FIATA no negociable, autorizada para ser utilizada por las asociaciones nacionales de transitarios en más de treinta países. Del mismo modo, UNIDROIT ha producido instrumentos de “Hard Law” (Convenios) y de “Soft-Law” (leyes modelo y principios sugeridos)²²

La Cámara de Comercio Internacional (CCI), es conocida por la elaboración de instrumentos de Derecho Indicativo o “Soft-Law”. Entre ellos, se encuentran los ya mencionados INCOTERMS, que rigen las condiciones de transporte marítimo; y las UCP 600, que rigen las cartas de crédito, un mecanismo de pago habitual en el comercio internacional. Estos instrumentos, independientemente de su fuerza no vinculante²³, son aceptados en el comercio internacional para establecer normas en las diversas transacciones. Estas normas equivalen atrevidamente a “normas mundiales” o “normas universales”²⁴. En particular, la UCP 600, es considerada como uno de los instrumentos en materia de Transporte más exitosos, pues se basa en la práctica empírica bancaria, y en los principios del *common law* procedentes principalmente de la práctica comercial británica.²⁵ En general, este instrumento es considerado una “ley”, y proporciona uniformidad en la regulación de los créditos documentarios. Aunque UCP 600 puede considerarse simplemente una guía de la práctica bancaria internacional, aparentemente tiene más peso jurídico y difícilmente puede determinarse que no pertenece a una norma de “Soft-Law”.

En definitiva, en la práctica internacional del Derecho, es *communis opinio* el reconocimiento de la importancia que juega el “Soft-Law”, conjuntamente con los Convenios o Tratados de Derecho imperativo que regulan el transporte. El profesor Herbert KRONKE (2000, p. 20) incluye estos instrumentos con los convenios vinculantes del Derecho de Transporte transnacional, y añade que conducen a la armonización del derecho mercantil a nivel internacional., puesto que “[a]l reducir los costes, contribuyen en forma significativa a la unificación y armonización del Derecho mercantil internacional y han sido calificados como ‘el mejor método para armonizar el Derecho contractual’”²⁶. Debido a su carácter no vinculante, se consideran menos amenazantes para los Estados y, por tanto, un medio de armonización más eficaz a largo plazo.

Además del importante rol de las Organizaciones Internacionales y ONG, resulta menester tener en consideración el papel que juegan los actores privados en la creación de fuentes de “Soft-law” en la materia. Ciertamente existe una errada idea de que las empresas privadas carecen de la suficiencia y competencia como “actores legales” para producir normas legales de Derecho Internacional. Sin embargo, es indiscutible que el protagonismo de las empresas de transporte en el diseño de las fuentes directas y formales de Derecho Internacional sobre transporte es sustancial.

Algunos autores han reconocido de manera sumamente positiva la participación de las empresas, tomando en consideración la propia naturaleza del comercio y los intercambios mercantiles. Igualmente se ha admitido que por el carácter profesional del comercio y del transporte, sus normas no pueden ser redactadas únicamente por especialistas en derecho. Así,

“[g]ran parte del comercio internacional se basa en el sentido económico y práctico, por lo que las reglas y normas aplicables deben ajustarse a las expectativas del mundo de los negocios. Si la terminología empleada no es familiar para el profesional, así como para su cliente, sería un abogado imprudente el que recomendará el empleo de normas uniformes opcionales de efecto incierto en los inevitables peligros de la actividad comercial. En el futuro, sería prudente asegurarse de que el equilibrio de los participantes en el proceso de redacción incluya no solo a los profesionales con experiencia práctica en la materia considerada, sino también a los representantes de los destinatarios de la ley.”²⁷

El Derecho Internacional clásico, donde los Estados son considerados los principales actores de las relaciones internacionales, se transforma, luego que surgen y reconocen nuevos protagonistas, tales como las empresas y las ONGs. Un autor observa que “las entidades empresariales se han convertido en actores internacionales autónomos [por esta razón] la participación de las empresas podría afectar al éxito o fracaso de los Tratados en una serie de ejes diferentes: participación, proceso, sustancia y cumplimiento”²⁸

En cierto modo, el éxito de la armonización o uniformidad del Derecho Comercial Internacional, principalmente en materia de transportes, es atribuible a la elaboración de normas de naturaleza privada que incluyen formularios y términos aceptados universalmente como instrumentos estándar. Por lo tanto ya no puede desconocerse o, al menos, sustraerse a las empresas de transporte, en la elaboración de los mismos instrumentos que les son aplicables jurídicamente.

6. Uniformidad del derecho marítimo y del transporte

El Dr. SIEVEKING (apud KENNEDY, 1910, p. 2017), ya había expresado que “La ley del océano puede ser una; la ley del océano será una”. Del mismo modo, es posible argumentar que el Derecho Comercial y el Transporte Marítimo deben ser uno solo. Varios estudiosos han reconocido que, debido al carácter único del comercio marítimo, el Derecho Marítimo siempre ha demostrado un increíble grado de uniformidad²⁹.

Los Convenios de Transporte Marítimo han intentado establecer, a lo largo de la historia, un equilibrio entre los protagonistas de la actividad marítima, protegiendo al sujeto más débil de las relaciones jurídicas, principalmente consumidores y cargadores. En principio, el régimen de las Reglas de La Haya-Visby domina el transporte de mercancías a nivel mundial, y fue adaptada incluso como parte integrante de las legislaciones de algunos países. El éxito de las Reglas de La Haya-Visby se atribuye indiscutiblemente al CMI, como grupo de expertos marítimos que comprendían con precisión los intereses y necesidades del sector. Cabe destacar que las Reglas de La Haya-Visby son un importante régimen que rige el Transporte Marítimo bajo régimen de conocimiento de embarque, ya sea en forma de Convenio aplicado por los Estados Partes o como legislación nacional en países que no se adscribieron a dicho sistema internacional. Chile no es parte de las Reglas de La Haya-Visby. La principal crítica a estas Reglas, viene dado por la fuerte inclinación en dar protección a los armadores o navieros, en perjuicio de los cargadores.

El Derecho Marítimo no podía permanecer ajeno a los cambios atribuibles a la revolución de los contenedores. Por ello, se hizo necesaria la uniformidad del Derecho del Transporte. Así, la UNCTAD fue la antesala para provocar el cambio sustancial que generaba el atrasado convenio de La Haya-Visby y su técnica de redacción. Una de las

razones que impulsó a reformular las reglas del Transporte Marítimo, fue el rápido desarrollo económico, la fluidez de las ventas, la importancia de los seguros marítimos y el protagonismo del sistema bancario. En consecuencia, aparece en la escena internacional un nuevo convenio, conocido como las Reglas de Hamburgo.

La asunción de las Reglas de Hamburgo –régimen del cual Chile es parte-, no estuvo exento de reacciones; algunos argumentaron que representaba una ruptura abrupta con el pasado; y otros afirmaron que el limitado éxito de las Reglas de Hamburgo condujo a la disgregación del Derecho Marítimo Internacional.³⁰

Al igual que en el Derecho Marítimo, los Convenios son considerados la mejor solución para lograr la uniformidad del Derecho de Transporte. Para todo, el profesor Jan RAMBERG (1974, p. 2) sugiere que se utilice un punto de partida común al momento de debatir la armonización del Derecho de Transporte, centrándose en un núcleo dogmático común: la naturaleza jurídica de la responsabilidad del transportista. Señala que el principio de responsabilidad objetiva es una característica común del Derecho Comercial angloamericano, francés, alemán y escandinavo. Indiscutiblemente el sistema jurídico chileno también opta por esta misma vía³¹. En general, el hecho por el que los Convenios centren sus esfuerzos en regular la responsabilidad del transportista, dejando de lado otros conceptos importantes como el daño y la causalidad, conduce a que los sistemas jurídicos internos de los diversos Estados prefieran aplicar sus propias instituciones jurídicas a un caso concreto sobre dichas desoladas materias.

En materia de transporte aeronáutico, la uniformidad alcanzada por el Convenio de Varsovia se vio alterada en cierta medida tras la introducción de una serie de protocolos y de un nuevo Convenio: El Convenio de Montreal de 1999. Al igual que otros Convenios de transporte, el Convenio de Varsovia establece un régimen de responsabilidad por los daños causados por un accidente ocurrido durante el transporte aéreo internacional. En realidad, este instrumento de Derecho Internacional unifica sólo algunas disposiciones, tal y como se desprende de su título, pero deja al Derecho Interno de cada Estado, la labor de aplicar su propio Derecho a otras cuestiones, como la formación, validez incumplimiento o inejecución del Contrato de Transporte Aéreo; y la base jurídica contractual o extracontractual de la responsabilidad del transportista. De este modo, cuando los Tribunales nacionales conocen y juzgan estas cuestiones, las decisiones suelen no ser uniformes en todos los países. Como señaló un autor, “los Convenios internacionales destinados a la unificación del Derecho Privado se están ‘desunificando’ por la forma en que fallan los Tribunales nacionales”³².

En conclusión, los Tratados internacionales sólo pueden cumplir su función si sus normas son aplicadas de manera uniforme en todos los Estados contratantes, y esto sólo puede alcanzarse si los Tribunales nacionales, llamados a interpretar y aplicar un determinado Convenio Internacional de Transportes, emiten las decisiones judiciales y los laudos arbitrales adecuados para ese fin.

Respecto a la interpretación de los Convenios Internacionales en materia de Transporte, es relevante destacar que las diferencias de interpretación de una misma disposición podría conducir a resultados no deseados, poniendo en peligro el *telos* principal del Convenio: unificar el Derecho. El profesor BERLINGIERI (1987) señala, en relación con el Derecho Marítimo, que “[existen] varios grados de uniformidad en el Derecho Marítimo, y varias formas de alcanzarla. La solución ideal es que existan las mismas disposiciones en los ordenamientos jurídicos nacionales y que dichas disposiciones se interpreten de la misma manera en todos los países en los que están en vigor” (BERLINGIERI, 1987, p. 317)

Al examinar la interpretación de los Convenios internacionales, hay que tener en cuenta que existen diferentes principios de redacción legislativa en los países de tradición románica-afrancesada *versus* del Derecho anglosajón. Así, el profesor William TETLEY

(2004, pp. 31-34) compara estos estilos y afirma que un rasgo distintivo de la redacción de las normas de tradición románica-francesada de corte civilista –como en la chilena– es la concisión; en tanto que para el derecho anglosajón, el estilo de redacción hace hincapié en la precisión. Además, describe el enfoque del Derecho civil como “liberal” y el del Derecho común como “restrictivo”.

Con independencia de los criterios doctrinales expuestos, basalmente es necesario examinar en la materia, las principales normas sobre interpretación que se recogen en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, principalmente en el numeral 1º del artículo 31, que dispone “[u]n tratado deberá interpretarse de buena fe conforme el sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objetivo y fin”. Adicionalmente, el artículo 32 del mismo Tratado, regula los medios de interpretación complementarias, incluidos los trabajos preparatorios del tratado y las circunstancias de su celebración; y el artículo 33 regula la interpretación de los tratados autenticados, en dos o más lenguas.

Además de las normas generales contenidas en la Convención de Viena, algunos Tratados incluyen disposiciones específicas sobre la interpretación; así, por ejemplo, las Reglas de Hamburgo establecen en su artículo 3º que “en la interpretación y aplicación de las disposiciones del presente Convenio, se tendrá en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad”.

En lo que respecta al transporte aéreo, tanto la CITEJA como la OACI, formularon una serie de propuestas para mantener la uniformidad, especialmente la de interpretación. Uno de los impedimentos mencionados por CITEJA fue la inexistencia de un Tribunal Supremo Internacional. Ante esta carencia, la delegación francesa de estudiosos, expresó la opinión de que la CITEJA debería participar en la interpretación de los Convenios relativos al Derecho aéreo privado.

7. Conclusiones

El presente trabajo ha intentado examinar la noción de “uniformidad” a través de su evolución en el tiempo y las formas que ha adoptado en la actualidad. Con ello se ha intentado revelar si la uniformidad en el Derecho Internacional del Transporte representa un núcleo de interés para el Derecho Internacional y Comercial; y si así fuera, cuáles son los mecanismos para alcanzar dicho cometido.

Se ha demostrado que la noción de uniformidad en el Derecho Comercial, y especialmente en el Derecho Marítimo y del Transporte es compleja y polifacética; como se ha expresado, no hay uniformidad siquiera en lo que respecta a la etimología de la acepción, pues los términos “uniformidad”, “unificación” y “armonización” se utilizan indistintamente, a pesar de ser concebidos como sinónimos.

Se subrayó que la aplicación e interpretación de los Convenios de Derecho privado es más relevante e importante que su mera ratificación y entrada en vigor, ya que la verdadera uniformidad sólo puede alcanzarse cuando los Tribunales de Justicia de los distintos Estados partes de un Convenio, aplican un instrumento de Derecho Internacional de forma similar.

El sistema de Transportes experimenta cambios constantes, impulsado principalmente por las revoluciones tecnológicas y digitales. Así, se han producido hasta el presente, cambios drásticos desde que entran en vigor las Reglas de La Haya; la revolución de los contenedores transformó la industria del transporte marítimo y de paso, la estructura de todas las otras formas, sean estas terrestres y aeronáuticas.

Para no perder validez e importancia, el Derecho Internacional debe adaptarse a los constantes cambios que experimenta el Transporte en general, sin la engorrosa necesidad de modificar constantemente los Convenios a través de conferencias diplomáticas. Debe haber una estrecha colaboración con la industria de transportes para conocer, comprender y entender sus necesidades, problemas y exigencias. De lo contrario, los Convenios de Derecho Internacional imperativo o “Hard-Law” pasarán a la historia más rápido de lo que pueda imaginarse, y el Derecho indicativo o “Soft-Law” se apropiará de la escena regulatoria internacional, al ofrecer soluciones a los intereses de los protagonistas del sistema de transportes, de manera más eficaz.

Resulta fundamental, por tanto, optar por el camino de la uniformidad sólo en lo que respecta a la aplicación de los instrumentos de Derecho Internacional en materia de Transportes, más no esforzarse por aspirar a crear Convenios o Tratados perfectamente redactados.

Referencias:

Abbot, K; Sindal, D. (2000) "Hard and Soft Law in International Governance" en *International Organization*, p.54.

'Allocation of Work among Formulating Agencies', Chair: Jeffrey Chan Wah-Teck, Modern Law for Global Commerce. (2007) Actas del Congreso de la CNUDMI celebrado con ocasión del cuadragésimo período de sesiones de la Comisión, Viena, 9-12 de julio de 2007.

Andersen, C., (2012) *Applied Uniformity of a Uniform Commercial Law: Ensuring Functional Harmonization of a Uniform Texts through a Global Jurisconsultorium of the CISG*, en "ANDREAS, M. y ANDERSEN, C, (edit.) *Theory and Practice of Harmonisation*, Edward Elgar, Cheltenham,

Barroilhet, C. (2016) *Derecho Marítimo*, Librotecnia, Santiago de Chile.

Benadava, S. (1982) *Derecho Internacional Público*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile.

Berlingieri, F. (1987) *Uniformity in Maritime Law and Implementation of International Conventions* en "Journal of Maritime Law and Commerce".

Berlingieri, F. (1993) *The Role of the CMI for the International Unification of Maritime Law*, en "Internationales Recht auf, See und Binnengewässern Festschrift für Walter Müller", Schulthess Polygraphischer Verlag, Zurich.

Berger, K.P., (2012) *The Creeping Codification of the New Lex Mercatoria*, 2ª Edición, La Haya, Wolters Kluwer.

Berman, H. y KAUFMAN, C. (1978) *The Law of International Commercial Transactions (Lex Mercatoria)* en "Harvard International Law Journal".

Bonell, M. (1990) *International Uniform Law in Practice – Or Where the Real Trouble Begins* en "American Journal of Comparative Law".

Cabezas, S. (2005) *Regulación jurídica del contenedor en el derecho marítimo chileno*, Librotecnia, Santiago de Chile.

Carvallo, J. (1994) *Derecho Marítimo Chileno*, La Ley, Santiago de Chile.

CNUDMI, "FAQ – Origen, mandato y composición de la CNUDMI" disponible en www.uncitral.org/uncitral/en/about/origin_faq.html

Contreras, O. (2011) *Instituciones de Derecho Comercial*. Thomson Reuters, Santiago de Chile.

Cornejo, E. (2003) *Derecho Marítimo Chileno: Explicaciones sobre el Libro III del Código de Comercio: De la Navegación y el Comercio Marítimos*. Ediciones Universitarias de Valparaíso, Valparaíso.

David, R., (1968) *The Methods of Unification*, en "American Journal of Comparative Law".

Donovan, F. (1959-1960) *The Unification of International Commercial Law- Sale and Arbitration*, en "Melbourne University Law Review".

Durkee, M. (2016) "The Business of Treaties", en *UCLA Law Review*, 63(2), p. 265

Fernández, J. (2008) *Tratado del Arbitraje Comercial en América Latina*, Iustel, Madrid.

Gabriel, H. (2008-2009) *The Advantages of Soft Law in International Commercial Law: The Role of UNIDROIT, UNCITRAL, and the Hauge Conference* en "Brooklyn Journal of International Law".

García, F. (1993) *Derecho del Transporte Marítimo. Comentarios, Legislación Comercial y Administrativa*, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Valparaíso.

Goode, R. (1991) *Reflections on the Harmonisation of Commercial Law* en "Uniform Law Review".

Goode, R. (1997) *International Restatements of Contract and English Contract Law*, en "Uniform Law Review".

Gómez-Robledo, A. (2003) *La Convención de Montego Bay, génesis de la misma y el unilateralismo como técnica jurídica*, en "Temas Selectos de Derecho Internacional", Serie H. Estudios de Derecho Internacional Público, número 12, 4ª edición, Universidad Autónoma de México, México, disponible en : <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/831-temas-selectos-de-derecho-internacional-4ª-ed>

Grönfors, K., *Transport Law* (1998) en "International Uniform Law in Practice"; Actas y Procedimientos del 3er Congreso de Derecho Privado celebrado en UNIDROIT (Roma 7-10 de septiembre de 1987), Oceana, Nueva York.

Honka, H. (1996) *Harmonization of Contract Law through International Trade: A Nordic Perspective*, en "Tulane European and Civil Law Forum".

"International Unification of Private Law: The Multilateral Approach" Observaciones de VIS, W. (1986) en *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)*, Vol. 80 (9-12 de abril de 1986)

JUSTICE KENNEDY. (1910) *The Unification of Law*, en "Journal of the Society of Comparative Legislation".

Kronke, H. (2000) *International Uniform Commercial Law Conventions: Advantages, Disadvantages, Criteria for Choice* en "Uniform Law Review".

Kronke, H. (2005) *Methodical Freedom and Organisational Constraints in the Development of Transnational Commercial Law*, en "Loyola Law Review".

López, A.; Carnerero, R. (Coord.) (2008). *Textos de Derecho Internacional Público*. Iustel, Madrid.

Mandujano, S. (2019) *Manual de Derecho Internacional Público*. Tirant lo Blanch, Ciudad de México.

Matteucci, M. (1960) *The Unification of Commercial Law*, en “Journal of Bussiness Law”.

Mukherjee, P.K. (2000) *Maritime Legislation*, Malmö: WMU Publications.

Myburgh, P. (2000) *Uniformity or Unilateralism in the Law of Carriage of Goods by Sea?* En “Victoria University of Wellington Law Review”.

Mankiewicz, R. (1972) *The Judicial Diversification of Uniform Private Law Conventions: The Warsaw Convention's Days in Court* en “International and Comparative Law Quarterly”.

Pocket Oxford English Dictionary.

Ramberg, J. (1974) *The Law of Carriage of Goods- Attempts at Harmonization*, en “European Transport Law”.

Ramberg, J. (2012) *Unification of Transport Law- Difficulties and Possibilites* en “Scritti in Onore di Francesco Berlingieri” vol. II, *Il Diritto Marittimo*.

Sandoval, R. (2005) *Régimen jurídico del arbitraje comercial internacional: Análisis de la Ley N° 19.971, de 29 de septiembre de 2004, sobre arbitraje comercial internacional*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile.

Schachter, O. (1986) ‘*Philip Jessup's Life and Ideas*’ en American Journal of International Law.

Tetley, W. (2004) *Interpretation and Construction of the Hague, Hague/Visby and Hamburg Rules* en “Journal of International Maritime Law”.

Tomasello Hart, L; Tomasello Weitz, L; FOX, C; PEURIOT, L; KLENNER, A; CARRILLO, B, (2011) *Las Reglas de Róterdam: Análisis del Convenio de las Naciones Unidas sobre el Contrato de Transporte Internacional Total o Parcialmente Marítimo*. Librotecnia, Santiago de Chile.

Tomasello, L. (2014) *Curso de Derecho Marítimo Chileno*, Libromar, Santiago de Chile.

VÁSQUEZ, M.; FERNÁNDEZ, J., (Coord.) (2012) *Derecho Mercantil Internacional: La unificación del Derecho privado*. Thomson Reuters, Santiago de Chile.

YIANNPOULOS, A., *The Unification of Private Maritime Law by International Conventions*, en “Law and Contemporary Problems (primavera de 1965), disponible en <http://scholarship.law.duke.edu/lcp/vol30/iss2/8>

¹ Donovan, F. (1978) *The Unification of International Commercial Law- Sale and Arbitration*, en Melbourne University Law Review, 1959-1960, p. 172; y también en H.J. Berman y C. Kaufman, *The Law of International Commercial Transactions (Lex Mercatoria)* en Harvard International Law Journal, p. 221

² Sobre el particular, es aconsejable citar a Cabezas, S., *Regulación jurídica del contenedor en el derecho marítimo chileno*, Librotecnia, Santiago de Chile, 2005, pp. 13 y ss. quien desarrolla

una extensa y profusa relación histórica del contenedor, y resalta su importancia para el desarrollo del transporte marítimo.

- ³ Véase en detalle, Berger, K., (2012) *The Creeping Codification of the New Lex Mercatoria*, 2ª Edición, La Haya, Wolters Kluwer.
- ⁴ Schachter, O. (2000) '*Philip Jessup's Life and Ideas*' in American Journal of International Law, 1986, pp. 893-894; y en el mismo sentido, MUKHERJEE, P., *Maritime Legislation*, Malmö: WMU Publications, pp. 2-3
- ⁵ Pocket Oxford English Dictionary.
- ⁶ CNUDMI, "FAQ – Origen, mandato y composición de la CNUDMI" disponible en www.uncitral.org/uncitral/en/about/origin_faq.html
- ⁷ Tomasello Hart, L; Tomasello Weitz, L; Fox, C; Peuriot, L; Klenner, A; Carrillo, B. (2011) *Las Reglas de Rotterdam: Análisis del Convenio de las Naciones Unidas sobre el Contrato de Transporte Internacional Total o Parcialmente Marítimo*. Librotecnia, Santiago de Chile, p. 51 y ss.
- ⁸ Grönfors, K. (1988) *Transport Law*, en "International Uniform Law in Practice"; Actas y Procedimientos del 3er Congreso de Derecho Privado celebrado en UNIDROIT (Roma 7-10 de septiembre de 1987), Oceana, Nueva York, pp. 397-398
- ⁹ Berlingieri, F. (1993) *The Role of the CMI for the International Unification of Maritime Law*, en "Internationales Recht auf, See und Binnengewässern Festschrift für Walter Müller", Schulthess Polygraphischer Verlag, Zurich, p. 167
- ¹⁰ Véase la Constitución del CMI, en www.comitemaritime.org/Constitution/0,2756,15632,00.html
- ¹¹ Yiannopoulos, A., *The Unification of Private Maritime Law by International Conventions*, en "Law and Contemporary Problems (primavera de 1965), pp. 372-373, disponible en <http://scholarship.law.duke.edu/lcp/vol30/iss2/8>, p. 370
- ¹² Sandoval, R. (2005) *Régimen jurídico del arbitraje comercial internacional: Análisis de la Ley N° 19.971, de 29 de septiembre de 2004, sobre arbitraje comercial internacional*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, p. 45
- ¹³ Fernández, J. (2008) *Tratado del Arbitraje Comercial en América Latina*, Iustel, Madrid, p. 1283
- ¹⁴ Todos los formularios están disponibles en www.bimco.com
- ¹⁵ Si bien es una obra colectiva, considero fundamental tener a la vista los trabajos en Vásquez, M.; Fernández, J., (Coord.) (2012) *Derecho Mercantil Internacional: La unificación del Derecho privado*. Thomson Reuters, Santiago de Chile.
- ¹⁶ 'Allocation of Work among Formulating Agencies', Chair: Jeffrey Chan Wah-Teck, Modern Law for Global Commerce, Actas del Congreso de la CNUDMI celebrado con ocasión del cuadragésimo período de sesiones de la Comisión, Viena, 9-12 de julio de 2007, p. 35
- ¹⁷ Bonell, M. (1990) *International Uniform Law in Practice – Or Where the Real Trouble Begins* en "American Journal of Comparative Law", p. 865
- ¹⁸ Mandujano, S., (2019) *Manual de Derecho Internacional Público*. Tirant lo Blanch, Ciudad de México, p. 14
- ¹⁹ López, A.; Carnerero, R. (Coord.) (2008) *Textos de Derecho Internacional Público*. Iustel, Madrid, pp. 101-102
- ²⁰ Matteucci, M. (1960) *The Unification of Commercial Law*, en "Journal of Business Law", pp. 137-143

- ²¹ Gómez-Robledo, A., (2003) *La Convención de Montego Bay, génesis de la misma y el unilateralismo como técnica jurídica*, en “Temas Selectos de Derecho Internacional”, Serie H. Estudios de Derecho Internacional Público, número 12, 4ª edición, Universidad Autónoma de México, México, disponible en: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/831-temas-selectos-de-derecho-internacional-4a-ed>, p. 378
- ²² Para mayores antecedentes respecto de este asunto, véase el sitio web en línea: www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration_status.html
- ²³ De ahí que el denominado “Soft Law” sea comprendido como un sinónimo o equivalente al Derecho Indicativo, al carecer de imperatividad.
- ²⁴ Gabriel, H. (1991) *The Advantages of Soft Law in International Commercial Law: The Role of UNIDROIT, UNCITRAL, and the Hague Conference* en “Brooklyn Journal of International Law” bienio 2008 – 2009, p. 667; y Goode, R., *Reflections on the Harmonisation of Commercial Law* en “Uniform Law Review”, pp. 57-59
- ²⁵ Andersen, C. (2012) , *Applied Uniformity of a Uniform Commercial Law: Ensuring Functional Harmonization of a Uniform Texts through a Global Jurisconsultorium of the CISG*, en “Andreas, M. y Andersen, C. (edit.) *Theory and Practice of Harmonisation*, Edward Elgar, Cheltenham, pp. 30-31
- ²⁶ Kronke, H. (2005) *International Uniform Commercial Law Conventions: Advantages, Disadvantages, Criteria for Choice* en “Uniform Law Review, 2000, p. 20; véase también KRONKE, H., *Methodical Freedom and Organisational Constraints in the Development of Transnational Commercial Law*, en “Loyola Law Review”, p. 288
- ²⁷ Abbot, K; Sindal, D. (2000) “Hard and Soft Law in International Governance” en *International Organization*, p. 54
- ²⁸ Durkee, M. (2016) “The Business of Treaties”, en *UCLA Law Review*, 63(2), p. 265
- ²⁹ La literatura maritimista chilena, en este sentido, es conteste e inmensa como un océano: véase Barroilhet, C. (2016) *Derecho Marítimo*, Librotecnia, Santiago de Chile; Carvallo, J. (1994) *Derecho Marítimo Chileno*, La Ley, Santiago de Chile; Cornejo, E. (2003) *Derecho Marítimo Chileno: Explicaciones sobre el Libro III del Código de Comercio: De la Navegación y el Comercio Marítimos*. Ediciones Universitarias de Valparaíso, Valparaíso; García, F. (1993) *Derecho del Transporte Marítimo. Comentarios, Legislación Comercial y Administrativa*, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Valparaíso; Tomasello, L. (2014) *Curso de Derecho Marítimo Chileno*, Libromar, Santiago de Chile.
- ³⁰ En este debate, véase Myburgh, P. (2000) *Uniformity or Unilateralism in the Law of Carriage of Goods by Sea?* en “Victoria University of Wellington Law Review”, p. 361; y Ramberg, J. (2012) *Unification of Transport Law- Difficulties and Possibilities* en “Scritti in Onore di Francesco Berlingieri” vol. II, *Il Diritto Marittimo*, p. 814
- ³¹ Contreras, O. (2011) *Instituciones de Derecho Comercial*. Thomson Reuters, Santiago de Chile, pp. 1089 y ss.
- ³² Mankiewicz, R. (1972) *The Judicial Diversification of Uniform Private Law Conventions: The Warsaw Convention’s Days in Court* en “International and Comparative Law Quarterly”, p. 718

Control de la criminalidad extranjera o política integral de seguridad ciudadana. Un análisis a propósito de los índices de criminalidad en el marco de la migración venezolana

Guisseppe Paul Morales Cauti¹

Universidad Privada Norbert Wiener
guisseppi.morales@uwiener.edu.pe
Código ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6550-0722>

Paula Yovanka Morales Fajardo²

Pontificia Universidad Católica del Perú
a20211142@pucp.edu.pe
Código ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8348-4172>

Resumen: En la presente investigación se analiza la respuesta del Estado peruano, desde el punto de vista del diseño y de la implementación de las políticas públicas, a raíz de la ola migratoria de ciudadanos extranjeros, principalmente venezolanos, que en los últimos años han contribuido a incrementar la criminalidad en las principales ciudades del Perú. La estrategia de análisis parte de la revisión sistemática de los reportes en materia de criminalidad a cargo de las instituciones especializadas y de los órganos de administración de justicia que viene enfrentando este fenómeno. Se concluye que el Estado peruano no requiere establecer estrategias específicas contra la criminalidad de los migrantes, sino del diseño e implementación de políticas públicas integrales en materia de seguridad ciudadana para enfrentar con eficacia el incesante incremento de los índices de criminalidad, en los cuales están inmersas las actividades delictivas de ciudadanos extranjeros vinculadas a delitos contra la vida, el cuerpo y a la salud y a delitos contra el patrimonio, principalmente en la modalidad de robo agravado.

Palabras clave: criminalidad, migración venezolana, seguridad ciudadana

Abstract: This research analyses the Peruvian state's response, from the point of view of the design and implementation of public policies, to the wave of migration of immigrants, mainly Venezuelans, which in recent years has contributed to an increase in crime in Peru's main cities. The analysis strategy is based on a systematic review of crime reports from specialised institutions and justice administration entities that have been dealing with this phenomenon. It is concluded that the Peruvian state does not require the establishment of specific strategies against migrant crime, but rather the design and implementation of comprehensive public policies on citizen security in order to effectively address the incessant increase in crime rates, which include the criminal activities of foreign citizens linked to crimes against life, the body and health, and crimes against property, mainly in the modality of aggravated robbery.

Keywords: criminality, Venezuelan migration, citizen security

¹ Docente en la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Privada Norbert Wiener.

² Estudiante de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Recibido: 29.11.2021
Aceptado: 12.12.2021

1. Realidad problemática

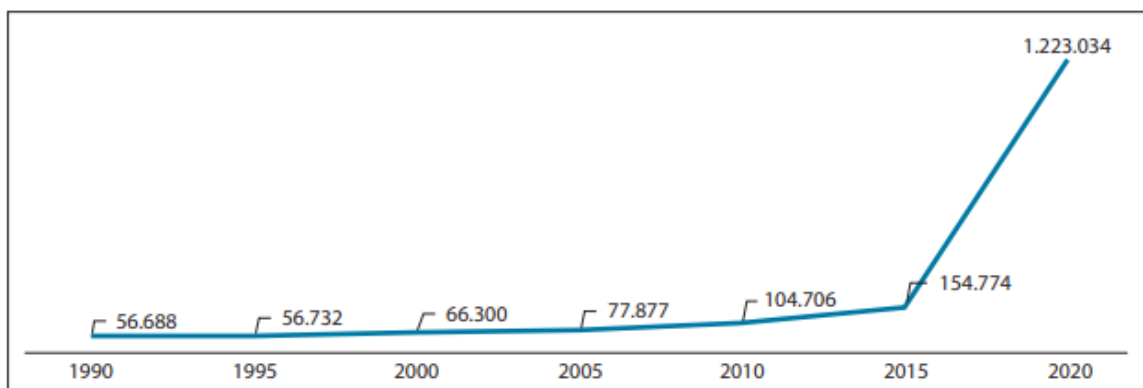
Para nadie es un secreto que los índices de criminalidad en el Perú se han incrementado significativamente en los últimos años; más aún, en el periodo post pandemia, la *notitia criminis* es cada vez más frecuente. Este incremento podría estar asociado a diversos factores, pero existe una corriente de opinión que sostiene que la migración de ciudadanos extranjeros, principalmente de origen venezolano, sería la causa de este hecho.

Se entiende por migración al movimiento de masas de personas de un lugar a otro, a través de largas distancias, de un país a otro. Las migraciones no son un fenómeno reciente, pues han ocurrido a lo largo de la historia. No obstante, sus características son distintas a las del pasado, pues las causas de estos sucesos hoy en día se relacionan a desarrollos demográficos, económicos y factores familiares, e incluso las personas pueden ser forzadas a moverse por situaciones ajenas a su voluntad (Leppik, 2015).

Este fenómeno puede darse en el sentido regular, entendiéndose como el movimiento de individuos desde su país a otro, desde su salida, su paso por los países de tránsito hasta llegar al país receptor (UNICEF, 2020) o en el sentido de la migración legal, en el que los migrantes se desplazan con los requisitos que exige el país de destino por lo que evitan conflictos al ingreso y generan mejores oportunidades en el país de destino. También puede producirse la migración irregular que está asociado al conjunto de migrantes que no cumplen con las normas de salida de su país o con las normas de ingreso del país a donde llega. Al no tener los documentos que solicitan las autoridades, los inmigrantes no se encuentran permitidos de poder laborar o vivir en el país al que optan ingresar (Verástegui Sánchez, 2019, pág. 16).

Según, el Informe Alternativo al Comité de Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, Perú 2020 (CMW), el Perú ha sufrido un shock migratorio en los últimos años. Este fenómeno no tiene precedente análogo en nuestra historia.

Figura 1. Personas migrantes venezolanas que residen en el Perú (1990-2020)



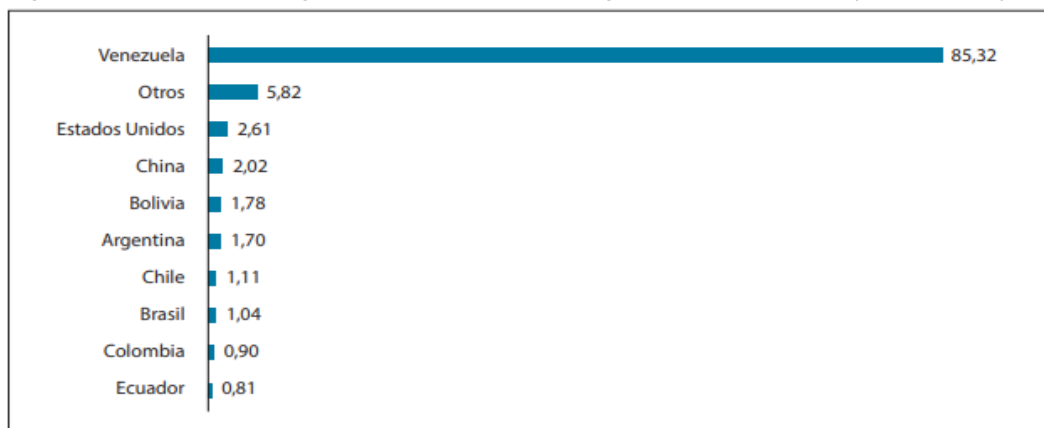
Fuente: Plataforma de Coordinación para Refugiados y Migrantes de Venezuela (R4V).2020

Conforme se advierte en el gráfico anterior, en 1990 el Perú solo había recibido la migración de 56 688 ciudadanos extranjeros -de todas las nacionalidades-; sin embargo, esta cifra se

elevó a 1 223 034 en el año 2020. Esto quiere decir que en el año 1990 solo teníamos menos del 5 % de la población migrante que hoy reside en nuestro país. Debe tenerse en cuenta que en el año 1990 el Perú se encontraba inmerso en una de las peores crisis de su historia; pero para el año 2020 gozaba de buena salud económica y el grado de confianza era significativamente mayor que en las décadas anteriores, conforme a los índices de riesgo país. (Banco Central de Reserva del Perú, 2019)

En los últimos años, este fenómeno migratorio ha provenido de países como Colombia, China, Bolivia entre otros; sin embargo, no ha tenido el impacto de la migración venezolana que prácticamente monopoliza el índice de migración hacia el Perú; y es que del país del norte de han movilizado un poco más de 5.2 millones de personas hacia diversos países del mundo, de los cuales 4.2 millones se encuentran en países de Latinoamérica y el Caribe (Bahar, Dooley y Selee, 2020). De esta cantidad, 1.2 millones residen en el Perú.

Figura 2. Países de origen de las personas migrantes en el Perú (1990-2020)



Fuente: Plataforma de Coordinación para Refugiados y Migrantes de Venezuela (R4V).2020

De la totalidad de migrantes hacia el Perú, los que corresponden a ciudadanos venezolanos alcanza el 85,32 %, según cifra acumulada desde el año 1990 hasta 2020, el mismo que ha tenido un progresivo, incesante y significativo incremento. Entre los años 1994 y 2012, los venezolanos representaban el 2.0 % de inmigrantes en el Perú. Sin embargo, en los años 2017 y 2018 -cuando se agudiza la migración venezolana debido a la persecución política, la situación económica, pasando por la desilusión, huyendo de la violencia, hasta la crisis humanitaria- la migración venezolana tuvo altísimos niveles. (Rodríguez F. & Ramos Pismataro, 2019).

En este contexto, debe tenerse en cuenta las características de la migración venezolana que, en un primer momento, se desarrolló en el marco de la legalidad; sin embargo, es necesario reconocer que el índice de migración ilegal se ha incrementado en los últimos años. En el año 2019 la División de Extranjería de la Super Intendencia de Migraciones del Perú, expulsó a 262 ciudadanos venezolanos por infringir la Ley de Migraciones, lo que representó el 38.47 % del total de ciudadanos extranjeros expulsados; mientras que en el año 2020 – solo en el mes de enero- se había expulsado a 134 ciudadanos venezolanos, - por la misma razón- lo que representó un 63.51 % del total de expulsiones. Para el mes de septiembre de 2021, el Perú – a través de la Superintendencia de Migraciones- había ordenado la expulsión de 6 000 ciudadanos extranjeros, de los cuales 98 % eran de nacionalidad venezolana (Del Águila, 2021).

Este último problema genera otras consecuencias, como es el caso del ingreso al país de ciudadanos extranjeros que están vinculados a hechos delictivos o a organizaciones criminales en sus países de origen; factor que podría explicar el incremento de la ola delincinencial producto del accionar de ciudadanos migrantes, principalmente de ciudadanos venezolanos contra quienes se presentaron 5 767 denuncias entre los años 2016 y mayo de 2019 -que representa el 55 % de todas las denuncias contra extranjeros- principalmente por violencia familiar, delitos contra el patrimonio, y por lesiones y homicidios. (Campuzano, 2019)

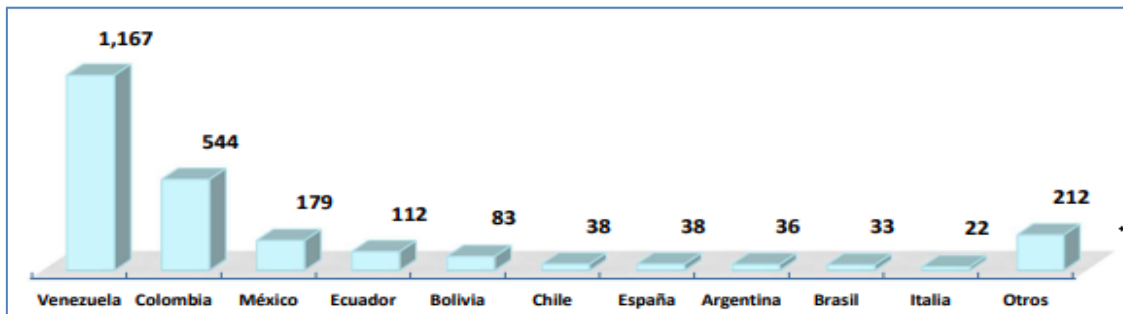
El incremento de la criminalidad, sea de ciudadanos peruanos o extranjeros merece la atención del Estado; el asunto es, si debe desarrollarse una estrategia específica contra la criminalidad extranjera o debe ser parte del diseño de un plan integral de seguridad ciudadana que esté orientado a combatir la delincuencia generalizada.

2. Ocupación territorial de los migrantes venezolanos en el Perú e índices de criminalidad

Los migrantes venezolanos, desde los momentos iniciales de este fenómeno, han ocupado diversas ciudades del interior y la capital del Perú. Así, en el año 2018, las principales ciudades que albergaron a estos ciudadanos fueron Arequipa, Callao, Cusco, La Libertad, Lima y Tumbes con los mayores porcentajes de población extranjera. En el caso de Lima la población es muy significativa, al punto de constituir el 6 % de la población total de esta región. (ENPOVE, 2018)

Es interesante establecer la existencia de relación entre la población migrante venezolana y los índices de presos extranjeros por nacionalidad. Como ya se ha advertido, la mayor cantidad de población extranjera corresponde a los ciudadanos venezolanos; asimismo, la mayor cantidad de población carcelaria extranjera también corresponde a esta nacionalidad. Esta información se corrobora a través del siguiente cuadro:

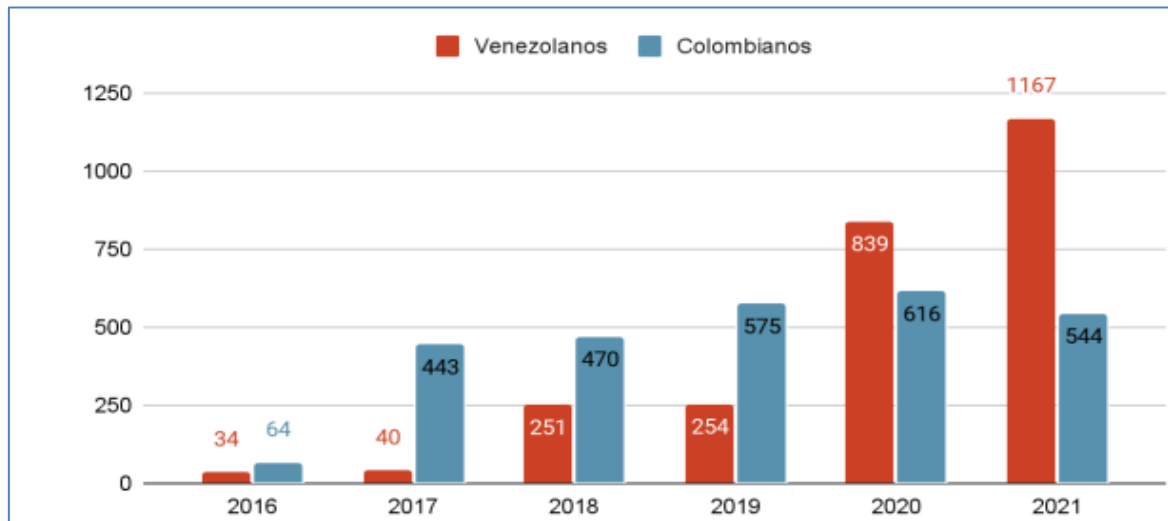
Figura 5. Cantidad de presos extranjeros en el Perú, según nacionalidad (2021)



Fuente: Unidad de Registro Penitenciario (INPE)

En el presente año, la población penitenciaria extramuros e intramuros en el Perú asciende a 126 216 de los cuales se encuentran internados 86 812 reos. De esta totalidad, según el cuadro arriba descrito, la población carcelaria de extranjeros asciende a 2 264 internos que constituye el 3 % de la población carcelaria intramuros total, siendo los venezolanos y colombianos la mayor parte de esta, con una cantidad de 1.167 y 544 personas, respectivamente. (INPE, 2021).

Figura 6. Cantidad de venezolanos y colombianos recluidos en centros penitenciarios del Perú. 2016-2021



Fuente: INPE. Informe estadístico, 2016-2021

Si se establece una relación entre lo ocurrido en los años inmediatamente anteriores, podemos advertir que en el año 2020, el índice de la población penitenciaria de venezolanos y colombianos representaba un 35,4 % (839) y 26 % (616) respectivamente. En el 2019, la población penitenciaria colombiana lideraba la población total extranjera con un 32,6 % (575), seguido de venezolanos con un 13,3 % (254). En el 2018, el 29 % (470) y 15,5 % (251) del total de la población penitenciaria extranjera eran colombianos y venezolanos, respectivamente. Hasta octubre de 2016, solo 34 venezolanos habían sido recluidos en diversos penales del país. (INEI)

En consecuencia, habría una correlación entre la cantidad de población migrante extranjera e índice de criminalidad, por lo menos en el Perú. Cabe precisar que existen estudios que sostienen que no existe una relación entre migración y criminalidad (Bahar, Dooley y Selee, 2020) que, contrariamente, habría enraizado una cultura de criminalización en contra de la población migrante, principalmente venezolana; en la medida que más bien son víctimas de violencia y discriminación (Enpove, 2018).

En ese mismo sentido, Osorio (2019) analizando el comportamiento de este fenómeno en Colombia, concluyó que, si bien los índices de violencia y criminalidad se han incrementado, conforme a los datos aportados por la Policía Nacional entre el 2017 y el 2018, hubo un incremento del 79% en el número de delitos cometidos por venezolanos, que representa solo un 3.7% de la tasa de delincuencia nacional colombiana; por lo tanto, no es posible concluir que la masiva migración venezolana sea la causa de la criminalidad. Informa también que en el caso de la ciudad de Medellín -entre el 2017 y el 2018- decreció el índice de delitos cometidos por los migrantes venezolanos en un 11 %.

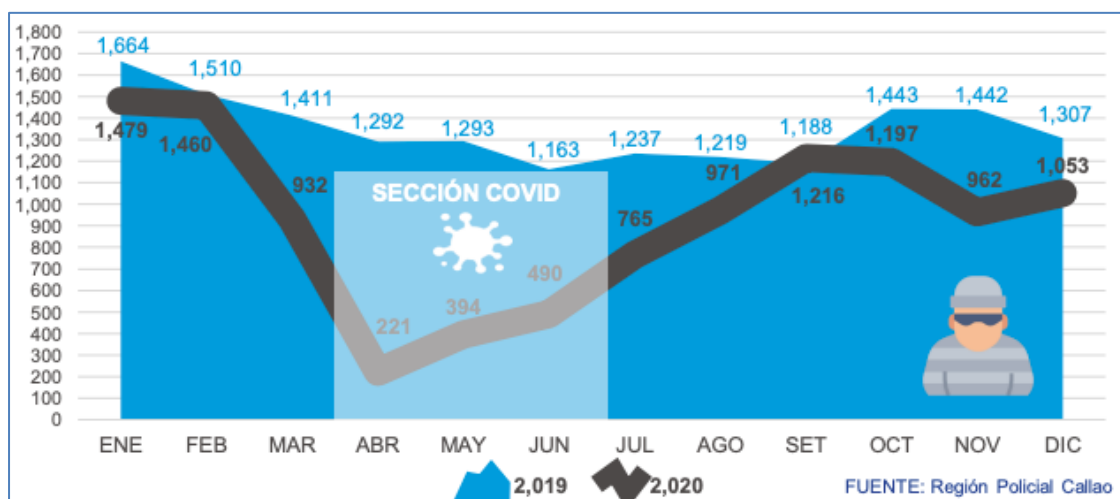
3. Índice de criminalidad por regiones en el Perú en el contexto de la pandemia

El análisis de la variación de este fenómeno en los dos últimos años, pasa por considerar que el aislamiento social producto del covid-19 tuvo un impacto en el descenso en los índices de criminalidad, no solo en el Perú sino en todo el mundo. Una nota periodística del diario El País, citando el estudio publicado por la revista Nature Human Behaviour, indica que producto del aislamiento, los delitos se han reducido hasta en un 37 % respecto de

años anteriores. “En general, los delitos que más se redujeron fueron los hurtos (un 47 % menos) y los robos (46 %). El robo de vehículos cayó un 37% y los asaltos un 35%. Los robos en viviendas, por su parte, descendieron un 28 %. Los investigadores achacan estas cifras a las pocas opciones de las que disponían los criminales por la falta de movilidad”. Como explica el estudio, “las oportunidades de cometer un delito contra la propiedad, como los robos y los hurtos, dependen del flujo de gente hacia las zonas comerciales o nodos de transporte que concentran un gran número de objetivos y una gran cantidad de entradas y salidas para los asaltantes” (El País, 2021)

Lo que sucede en algunas regiones del Perú, como es el caso de la región del Callao es ilustrativo. Esta región se ha caracterizado en los últimos tiempos por los altos índices de criminalidad; entre otras razones por el tráfico de drogas y las disputas por el control de los puntos estratégicos para el comercio internacional de los estupefacientes; pero durante la pandemia ha reducido significativamente los índices de criminalidad.

Figura 7. Variación de la criminalidad en el Callao. Enero – diciembre 2019-2020



Fuente: Región policial, Callao

Conforme a la figura, se advierte que la región Callao, que alberga a la segunda mayor cantidad de migrantes venezolanos, padeció altos índices de criminalidad durante el año 2019. No obstante, el año 2020 en el que se confinó a la población por la pandemia del covid-19, se evidenció un drástico descenso en los índices de criminalidad que, a medida que las restricciones se flexibilizaban, en relación al confinamiento, las cifras se fueron incrementando significativamente. En ese sentido, las tasas de criminalidad del año 2020 descendieron drásticamente por la emergencia sanitaria y aumentaron mientras la situación mejoraba. Por ello, es posible sostener que existe una relación entre el vacío de criminalidad del anterior año y el repentino auge de actos delictivos en determinadas regiones del Perú.

Hasta el año 2018 los migrantes venezolanos se habían concentrado en regiones de la costa como Lima, Tumbes, La Libertad, entre otras. Conforme se advierte en el siguiente cuadro:

Figura 8. Venezolanos en el Perú, por departamentos. 2018

Departamento	Venezolanos	Proporción de la población
Arequipa	7,083	0.5%
Callao	40,368	4.1%
Cusco	1,743	0.1%
La Libertad	11,440	0.6%
Lima	568,573	6.0%
Tumbes	1,340	0.6%
ENCUESTADOS TOTALES	630,547	4.2%

Fuente: ENPOVE, 2018.

En Lima, se encuentra la mayor concentración de ciudadanos venezolanos los que en el año 2018 representó el 6.0 % de la población total; mientras que la región del Callao ocupa el segundo lugar de residencia de los migrantes venezolanos los que representan el 4.1 % de la población total; La Libertad se ubica en el tercer lugar con un índice del 0.6 % de venezolanos en dicha región. (Enpove, 2018)

Esta situación no sería relevante si no se tomara en cuenta que, precisamente, dichas regiones tienen un índice elevado de criminalidad. Sin embargo, se debe precisar que este análisis no es determinante para aseverar que existe una relación directa entre criminalidad y migración venezolana. Pero sucede que estas regiones (Lima, Callao, La Libertad) se encuentran entre las que tienen los índices más altos de criminalidad (INEI, 2021).

4. Características de la población migrante venezolana y su relación con la criminalidad

Si bien existe la posibilidad de asociar la migración venezolana con la criminalidad, también es cierto que no sería razonable establecer este vínculo de manera indiscriminada. Como en toda población, existen ciudadanos que se encaminan por la senda de la legalidad y buscan generar recursos para la satisfacción de sus necesidades en base a actividades en el marco del respeto irrestricto de la legalidad y del orden jurídico.

Por ello, es necesario tomar en cuenta que la población migrante venezolana está compuesta por profesionales de diversas carreras técnicas y universitarias, como la medicina, ingeniería, administración de empresas, abogacía, contabilidad, etc.

La población migrante venezolana que ingresó en 2018 culminó una carrera o se encontraba en proceso de graduarse de la universidad, siendo las carreras más frecuentes Ingeniería, Administración de Empresas y Educación con el 21,7 %, 20,1 % y 19,7 % respectivamente. Asimismo, las carreras menos frecuentes fueron Asistencia y Servicios Sociales y Nutrición con un 0,4 % y 0,3 % respectivamente. De igual manera, del total de venezolanos con carreras universitarias solo el 7,8 % no contaba con un título profesional. Ello demuestra que existe un gran índice de migrantes que pueden dedicarse a ejercer su profesión o, por lo menos, desempeñarse en un oficio lícito (Enpove, 2018).

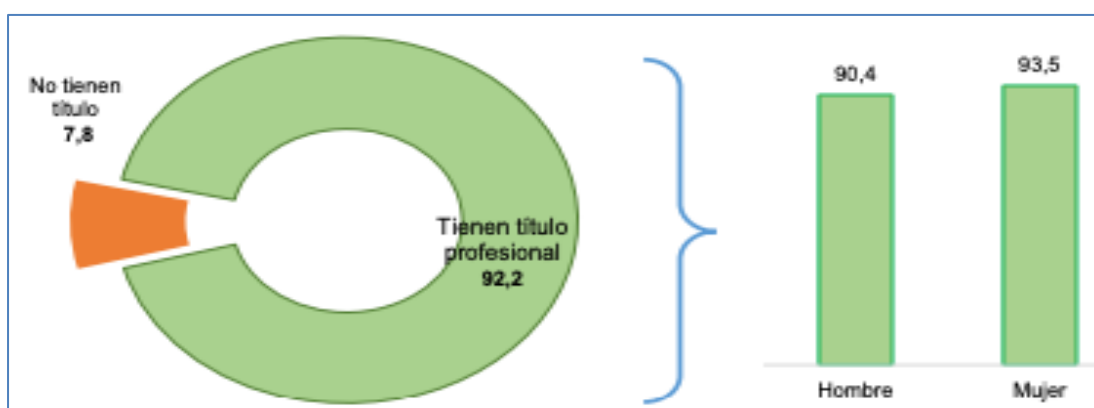
En consecuencia, los migrantes venezolanos son personas con un grado de instrucción reconocido y se encuentran en la posibilidad de contribuir con el desarrollo del país, ejerciendo funciones en diversas áreas conforme sus respectivas profesiones. Asimismo, dentro de la totalidad de la población migrante venezolana, un 3,6 % son enfermeras, 2,4 % son profesionales de la medicina (Enpove, 2018); que bien pudieron fortalecer el equipo de profesionales de la salud que necesitaba el Perú para enfrentar las necesidades sanitarias en los peores momentos de la pandemia.

Un problema específico dentro de la situación profesional de los migrantes venezolanos es la dificultad o, en muchos casos, imposibilidad de validar y/o homologar en el Perú, los títulos profesionales obtenidos en Venezuela. La falta de homologación de sus títulos profesionales, representa uno de los factores más significativos que les ha impedido obtener un trabajo formal. Las razones de esta situación son la falta de dinero (39 %); falta de conocimiento del procedimiento (37 %); no haber traído su diploma universitario al Perú (18 %) ; y, entre otras razones menos frecuentes (8,3 %), el no haber apostillado el documento, la falta de tiempo o el no querer realizar el trámite. (Enpove 2018).

La falta de dinero puede considerarse como la principal limitante de la homologación del título, lo que repercutirá en las condiciones de vida que padece esta población al no encontrar un empleo formal y estable. La homologación de títulos profesionales hubiera permitido mayor oportunidad laboral, especialmente en los tiempos de pandemia. Así, los migrantes venezolanos no solo hubieran apoyado en el área de la salud, sino también educación, infraestructura, etc. que eran sumamente necesarios para la reactivación económica que el país.

Es verdad que existe un porcentaje muy reducido de migrantes venezolanos que carecen de título profesional técnico y/o universitario al que pudiera atribuirse actividades muy precarias que linden con aquellas de carácter ilícito; aunque esta correlación no puede ser mecánica. Es decir, no sería responsable afirmar que aquel migrante venezolano que no cuenta con título profesional se dedica a actividades ilícitas. Del total de población migrante venezolana, el 92,2 % tiene título profesional y solo el 7,8 % carece del mismo (Enpove, 2018); por lo que – aun admitiendo esta hipótesis- el índice de población es riesgo sería insignificante.

Figura 9. *Población venezolana con educación universitaria completa, según tenencia de título profesional que acredite sus estudios. 2018*



Fuente: INEI, Enpove, 2018

Como puede advertirse, casi la totalidad de población migrante posee título profesional y además, en igualdad de condiciones de género; lo cual hace de esta una población, competitiva para el mercado laboral peruano (mano de obra calificada) que debe aprovecharse para el desarrollo del país.

5. Control de la criminalidad en países de América Latina en el contexto de la migración venezolana

A raíz de este fenómeno migratorio, muchos países se han propuesto diseñar estrategias orientadas a combatir la criminalidad en el contexto de la ola migratoria venezolana. Convencidos de que este fenómeno es la causa de los elevados índices de criminalidad, las autoridades de diversos países han planteado diversas acciones.

En Brasil, la gobernadora Roraima, Suley Campos, responsabiliza a la migración venezolana por el incremento de la criminalidad que habría provocado un gran impacto en la seguridad el índice de criminalidad. Indicó que en el año 2017 se registraron 26 homicidios y hasta marzo de 2018, 44 homicidios; motivo por el cual la gobernadora solicitó al Gobierno brasileño el cierre temporal de la frontera. (Sputnik, 2018).

Por el contrario, en la actualidad, el Estado Brasileño ofrece refugio y promueve la residencia de los migrantes venezolanos. En ese sentido, implementó la Operación Acogida que garantiza la inclusión socioeconómica de los refugiados, mediante la reubicación a centros de acogida, la reagrupación familiar y la asignación de un puesto de trabajo (Gobierno de Brasil, 2021). Brasil se ha convertido en el principal país con la iniciativa de recibir a los migrantes venezolanos. Esta operación promueve la regularización de los migrantes, pues las oportunidades y condiciones que se les ofrece resultan beneficiosas para vivir adecuadamente en un contexto de crisis. Por ello, al favorecerlos, existe un menor riesgo de que cometan actos delictivos. (Mahlke & Yamamoto, 2017)

La crisis política, social y económica de Venezuela, acompañada de un aumento de los índices de delincuencia, ha provocado un desplazamiento generalizado de los venezolanos del estado de Roraima en el norte de Brasil y otros lugares. Aunque los ciudadanos venezolanos tienen derecho a residir temporalmente en Brasil durante un período máximo de dos años (en el marco de una resolución reciente creada para los miembros asociados del Mercosur), la mayoría no conoce esta posibilidad.

En su lugar, se inscriben para solicitar asilo, sean elegibles o no, ya que después de la solicitud se les permite acceder a los servicios públicos y recibir un permiso de trabajo. Entre enero y junio de 2017, el estado de Roraima recibió un total de 5787 solicitudes de asilo (incluidos venezolanos), 3500 más que las que recibió durante 2016, y las autoridades de Roraima informan que más de 30 000 personas cruzaron la frontera en los tres meses siguientes.

Como Estado parte de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y de su Protocolo de 1967, Brasil debe proporcionar una estructura eficaz para la acogida y la integración de refugiados; sin embargo, esto aún no existe. La falta de una política y una estructura migratorias eficaces en Brasil es una opción política; en su lugar, el gobierno decide adoptar soluciones provisionales caso por caso.

La situación en Brasil no es tan distinta a otros países de la región; la gran cantidad de migrantes y falta de políticas públicas para organizar y a su vez proteger a los migrantes, representaron los factores más significativos que dificultaron este proceso. Como

consecuencia, muchos de los migrantes que ingresaron legal e ilegalmente al país decidieron optar por sobrevivir mediante la delincuencia (criminalidad), violencia, asesinatos, robo.

Desde hace varios años, Brasil viene trabajando en una manera que pueda mitigar los abruptos efectos de la migración venezolana. Para ello, creó un Ley de migraciones N° 13445 que establece los derechos y deberes de los migrantes en el territorio brasileño (Gobierno de Brasil, 2017). Esta ley busca garantizar la protección e integración de los migrantes. Sin embargo, no fue hasta hace poco que se implementó una medida que parece ser mucho más efectiva, ya que ha favorecido a un sinnúmero de migrantes venezolanos. Ello demuestra la necesidad de crear otras acciones administrativas que acompañen a la legislación para asegurar el cumplimiento y la mejora de la situación de la migración que afecta tanto a venezolanos como a la población brasileña.

Por otro lado, Argentina, según el Plan Regional de Respuesta para Refugiados y Migrantes de Venezuela (2021), oficialmente cuenta con 179 200 refugiados venezolanos. Este plan pretende destinar 20 millones de dólares a 156 acciones en los sectores de salud, educación, alimentación, alojamiento, transporte, agua, entre otros. El principal objetivo es enfrentar los desafíos que han surgido en la pandemia e impiden ofrecer una completa protección e integración de esta población migrante. De esta manera, el Gobierno argentino en un trabajo conjunto con ACNUR, ONU y OIM se compromete a mejorar la calidad de vida de los migrantes venezolanos quienes sufrieron los estragos de la pandemia. (RMRP 2021)

Ecuador, al igual que los anteriores países, se suma a la labor de proteger a los migrantes venezolanos. El Gobierno ecuatoriano aprobó un Plan Integral para la Atención y Protección de la Población Venezolana en Movilidad Humana en Ecuador, 2020 – 2021; este Plan, sintetiza las prioridades gubernamentales frente a la crisis de la migración venezolana y plantea cuatro estrategias de acción: la inclusión socio-económica, atención y protección, acceso a servicios, y coordinación, cooperación internacional y manejo multilateral (Gobierno de Ecuador, 2020). Mediante este plan integral, se pretende asegurar la integración y protección de los venezolanos frente a la satisfacción de necesidades básicas que permitan un adecuado desarrollo de la vida en este país.

En Colombia, ante la masiva ola de migrantes venezolanos, el Gobierno ha implementado el Estatuto Temporal de Protección para Migrantes Venezolanos con el objetivo de regular el ingreso y la irregularidad en este proceso. Un gran número de venezolanos ingresan irregularmente al territorio colombiano. Frente a ello, esta medida busca que los migrantes ingresen mediante un régimen migratorio ordinario para que, dentro de un lapso de 10 años, consigan la residencia (Gobierno de Colombia, 2021). En ese sentido, se regularizarán aquellos migrantes en situación irregular, lo que solucionará problemas en torno a la inseguridad ciudadana, el desempleo, la informalidad, entre otros.

En los últimos cinco años, la migración desde Venezuela a Colombia se ha concentrado principalmente en las zonas fronterizas (Norte de Santander, Arauca y La Guajira), Bogotá y la Costa Atlántica. Cerca del 80 % de los migrantes se concentran en siete departamentos. Siendo, Bogotá la ciudad con mayor número de migrantes (estimado entre 88 mil y 112 mil), que representa el 9,8 % del total de personas provenientes de Venezuela. Sin embargo, las zonas fronterizas son las más afectadas por su alta incidencia relativa. (Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento, 2018)

En respuesta ante la ola migratoria venezolana se incluyeron nuevas medidas orientadas a mejorar la gestión de la población migrante y el acceso a servicios básicos. El Gobierno desarrolló dos instrumentos para regularizar el flujo migratorio en áreas de frontera. Primero, con el objetivo de facilitar la migración pendular, el Gobierno creó las Tarjetas de Movilidad Fronteriza (TFM), las cuales dan acceso al territorio nacional por un máximo de siete días y solamente dentro de áreas de frontera. Segundo, con el objetivo de proveer un estatus migratorio a los regulares con vocación de residencia que les permita trabajar y acceder a servicios de salud, educación y servicios financieros, el Gobierno creó el Permiso Especial de Permanencia (PEP), expidiendo 68.875 de estos permisos bajo este paquete de respuesta. Sin embargo, a pesar de ser localizados y concentrados, los impactos sociales negativos identificados requieren un manejo urgente a fin de evitar daños irreversibles y mayores costos en el mediano plazo.

Sin embargo, las políticas brindadas en favor de los migrantes venezolanos no fueron lo suficiente, pues ante el masivo número de connacionales en el país, trajo consigo la criminalidad para conseguir recursos mediante actividades que lindan con la ilicitud; convirtiendo a Colombia en un foco de violencia y criminalidad, tal como ocurre en otras regiones de América Latina.

En Panamá, Delgado y Diamante, (2017) en su columna titulada “Crisis de Venezuela y su impacto en Panamá” señalaron que la oleada de miles de ciudadanos venezolanos particularmente de Caracas, es una de las más peligrosas de América Latina donde la violencia criminal de estos emigrantes, asociados con la criminalidad nativa pueden ser parte del incremento de los actos delincuenciales. Como se advierte, Panamá es otro Estado que sufre a raíz del deficiente control de la migración venezolana, la misma que ha sembrado la inseguridad en los panameños, situación que de no adoptar mejores medidas contribuirá en un aumento de criminalidad en dicho país.

Sin embargo, el gobierno panameño ha diseñado el Plan Panamá Solidario con la finalidad de hacer frente a las condiciones de vida de las personas refugiadas y migrantes de Venezuela que se han visto deterioradas a raíz de la pandemia de la COVID-19. Este Plan contiene tres aspectos básicos:

- “Reforzar la capacidad del gobierno para garantizar el acceso al asilo y la inclusión de las personas refugiadas y migrantes de Venezuela en los sistemas nacionales, incluidos los procedimientos de regularización migratoria y los programas de protección social.
- Ampliar las oportunidades de integración de las personas refugiadas y migrantes, incluido el acceso al empleo formal, la formación profesional, los medios de vida y las actividades de cohesión social” (Plataforma de Coordinación Interagencial para Refugiados y Migrantes de Venezuela, 20212)

En México, de acuerdo con el Sistema Penitenciario de la Ciudad de México, en el periodo de 2018 había 201 personajes extranjeros reclusos, de los cuales 79 son colombianos, mientras que los venezolanos ocupan el segundo puesto con 20 de sus ciudadanos. Las autoridades capitalinas ubican al robo calificado, contra la salud, homicidio, delitos sexuales, privación ilegal de la libertad, armas y explosivos, extorsión, lesiones y delincuencia organizada como las principales causas por las que estos extranjeros llegan a prisión. Estos datos tienen relevancia para la presente investigación pues encuentran como responsables del aumento de la criminalidad a los migrantes colombianos y en segundo lugar a los venezolanos. (Aguilar, 2019) sostiene que los delitos en la capital del país han aumentado en los últimos dos años y ciudadanos extranjeros también han tenido

participación en estos asuntos, sobre todo colombianos, pues son los que encabezan la lista de aquellos delincuentes no mexicanos que más intervienen en estos actos.

En Chile la población migrante ascendía a 1.462.103 millones, siendo la población venezolana la mayoría (79 %). En ese contexto, conforme a una encuesta de seguridad ciudadana, la principal preocupación de los chilenos es la migración; tanto sí que en los lugares donde se ha experimentado mayor ola migratoria, se ha registrado un incremento de la seguridad personal (Ajzenman, Dominguez y Urrunaga, 2021).

Un sector de la sociedad chilena percibe que la migración venezolana viene aparejada con el incremento de la delincuencia; reportándose manifestaciones en contra de los migrantes venezolanos, sobre todo al norte de Chile, como el ocurrido en Iquique donde un poblador manifestó “esto que estamos viviendo es terrible, porque el problema es que en Venezuela han abierto sus cárceles y parte de esa gente ha llegado a Chile” (France 24, 2021).

El Gobierno chileno, al igual que otros países sudamericanos, ha buscado regularizar a los migrantes, especialmente a los venezolanos por la crisis migratoria que enfrenta. Las medidas migratorias son ejecutadas para asegurar tanto la protección de los migrantes como el descenso de problemas de inseguridad ciudadana, desempleo, entre otros. Ante ello, el Gobierno de Chile ha aprobado una ley de migraciones que prohíbe el ingreso de migrantes con antecedentes delincuenciales o se encuentren condenados, y limita el periodo de estadía del migrante hasta 90 días (Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 2021). Por otro lado, el Proceso de Regulación Migratoria 2021 busca regular a los migrantes venezolanos que ingresaron irregularmente, ya que solo se podrán acceder a este aquellos que hayan ingresado a Chile antes del 18 de marzo de 2020 (Departamento de extranjería y migración, 2021). En ese sentido, frente a los problemas que ha generado la crisis migratoria en Chile, el gobierno está implementando medidas estrictas.

6. La ACNUR y la migración venezolana

La Agencia de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) es un organismo que viene trabajado en varios países latinoamericanos para crear medidas orientadas a la protección de los refugiados venezolanos (ACNUR, 2020). Esta organización no solo registra datos estadísticos sobre la cantidad de migrantes en cada país y los problemas que enfrentan, sino que también motiva a los gobiernos a implementar políticas que garanticen el cumplimiento de los derechos y el acceso a servicios básicos. Además, considera que son los Estados quienes deben asegurar su calidad de vida, lo que implica reducir riesgos, crear oportunidades laborales y económicas, e insertarlos a la sociedad.

Esta entidad internacional ha sostenido que la migración venezolana “Con más de 5 millones de venezolanos y venezolanas que se encuentran viviendo en el exterior, la gran mayoría en países de América Latina y el Caribe, esta se ha convertido en una de las principales crisis de desplazamiento del mundo” (ACNUR, 2021). Esta situación se agrava si se toma en cuenta que, aun cuando muchos tienen permisos de permanencia, existe cientos de miles que permanecen sin documentación y que son susceptibles de explotación laboral, incluso sexual.

La participación de esta Agencia, se ha intensificado en los últimos años, sobre todo en las zonas de frontera donde viene coordinando con los Estado a fin de facilitar el acceso y la atención de las necesidades más apremiantes de la población migratoria. Otro de los aspectos de participación más significativa es la asistencia legal en las solicitudes de asilo

que se han incrementado significativamente; es el caso que en el Perú, hasta el año 2018, se contabilizaron 190 500 solicitudes de asilo (Acnur).

Actualmente se viene implementando el Plan Regional de Respuesta para Refugiados y Migrantes de Venezuela (RMRP) propuesto desde el 13 de noviembre de 2019 en coordinación con 17 países con la finalidad de atender “las necesidades humanitarias, de protección y de integración socioeconómica generales de los refugiados y migrantes de Venezuela” (Acnur).

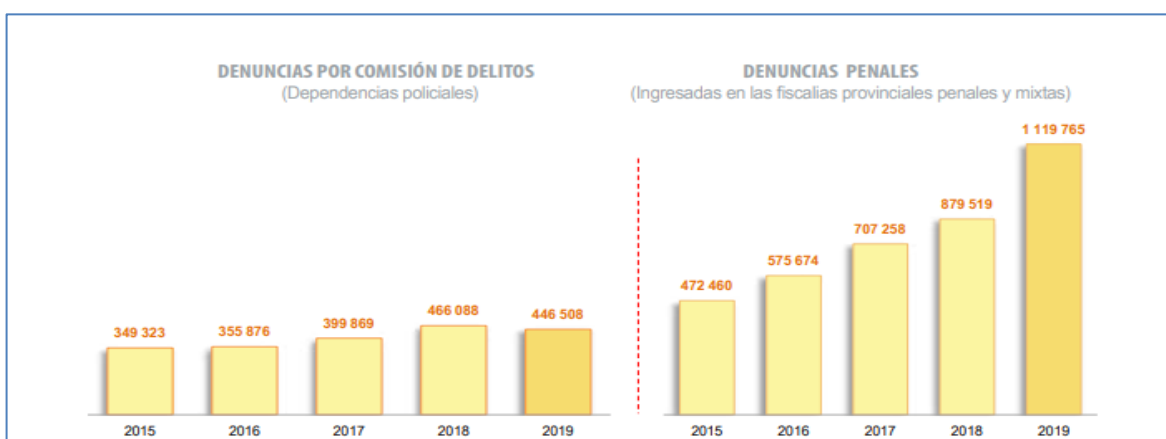
7. El Perú y su respuesta ante la criminalidad y la migración venezolana.

Se define al crimen –de modo general– como una forma de acto antisocial al que corresponde una sanción, es un fenómeno tan antiguo como la existencia de las sociedades más primitivas. Los actos antisociales han sido definidos, clásicamente, como aquellos que impiden o hacen dificultosa la reproducción social. (Ministerio de Justicia, 2013)

En los últimos 5 años, el país ha sido testigo de un fenómeno migratorio que se ha convertido en el foco de la reflexión política y jurídica, por su impacto en diversas áreas de la sociedad peruana. Nunca como ahora, el fenómeno migratorio había sido parte del discurso -incluso- en el marco de campañas presidenciales. En el caso que el candidato Daniel Salaverry (2021) sostuvo que de llegar a ser Presidente de la República, desarrollaría una política intensa de deportación debido a que – a su juicio- los migrantes venezolanos en condición de ilegalidad se habrían excedido en la confianza brindada por el Perú y estarían inmersos en actos delictivos como el robo y el homicidio (Pecho, 2021). Otro candidato presidencial, Daniel Urresti, manifestó que tomaría la misma medida contra los inmigrantes indocumentados. Sin embargo, han habido políticos que no han desarrollado ningún plan relativamente serio respecto del problema migratorio; tal es el caso de Luna Galvez y Keiko Fujimori. (Pecho, 2021)

Es verdad que la inmigración venezolana al Perú, tiene características particulares dado que la delincuencia a cargo de ciudadanos peruanos es notoriamente ascendente.

Figura 9. Denuncias por comisión de delitos registradas en Comisarías y en Unidades de especialización de investigación criminal entre 2015-2019.



Fuente: INEI, PNP, Ministerio Público y Sistema de Información de Apoyo al Trabajo Fiscal (SIATF) y Sistema de Gestión Fiscal (SGF)

Nótese bien como es que la delincuencia que se denuncia ante las entidades competentes se ha incrementado en las del 100 % entre el año 2015 (472 460 denuncias ante las fiscalías especializadas) y el 2019 (1 119 765). En este bloque de denuncias también se encuentran los delitos que habrían cometido los extranjeros, especialmente los venezolanos. Este periodo de ascenso considerable de los índices de criminalidad coincide con el ascenso de los índices de migración venezolana.

En el Perú, durante el año 2019, se han reportado 739 mil denuncias de los cuales 10 245 que representa el 1.38 % corresponden a denuncias contra ciudadanos venezolanos, de un total de 12 982 denuncias contra extranjeros. Asimismo, 890 venezolanos ha sido expulsados del país por tener antecedentes penales en su país de origen. También se da cuenta de que la población migrante venezolana ha cometido diversos delitos siendo los más recuentes el robo agravado, tenencia ilegal de armas, hurto agravado y homicidio calificado (Pereyra, 2020).

Como se mencionó en líneas anteriores, el Perú no tenía una respuesta estatal definida ante la ola de migrantes venezolanos que buscaban refugio en el país.

Según (Naciones Unidas, 2015) el derecho internacional de los derechos humanos es aplicable no sólo a los nacionales de un Estado, sino a toda persona dentro de la jurisdicción del Estado, incluidos los migrantes, independientemente de su estatus regular, irregular, documentado o indocumentado. Sus derechos humanos no están aislados de los derechos de otros y, con la excepción del derecho a sufragar y presentarse a elecciones para un cargo público, los migrantes disfrutan de los mismos derechos humanos y laborales que los nacionales. (pág. 44)

Frente a la situación de migración de población venezolana, el estado adoptó ciertas medidas legislativas y administrativas.

Durante el gobierno de Kuczynski, se aprobó el Decreto Legislativo 1350 que regula las migraciones. Este no solo implementó medidas para tratar de regularizar el ingreso al territorio peruano y la permanencia de aquellos que vivían en situación irregular, sino reconocía el valor de los migrantes, la importancia de su integración socio-económica y el cumplimiento de sus derechos.

Este Decreto Legislativo se aprobó con la finalidad de proteger a las personas extranjeras dentro de nuestro territorio nacional garantizándoles el acceso a los servicios de salud pública, defensa pública, educación pública, entre otros. Además, de regular el procedimiento administrativo migratorio y formalizar aquellos extranjeros que desean permanecer o tener una residencia dentro de nuestro territorio peruano, cumpliendo con las condiciones para el otorgamiento de visas.

En el año 2017, se aprobó el Decreto Supremo N° 002-2017-IN que tiene como objetivo regular el permiso temporal de permanencia para las personas de nacionalidad venezolana que tengan 1 año en nuestro territorio peruano, otorgándoles la facultad de que puedan trabajar formalmente dentro de su estadía en el Perú. Asimismo, para poder efectuarlo se deberá cumplir con las condiciones y realizar un debido trámite al costo de S/. 41.90.

Mediante el Decreto de Urgencia 018-2020 se dispuso que los internos de nacionalidad extranjera sean trasladados a su país para que cumplan su condena dentro de un establecimiento penitenciario de su país de origen; debiendo cumplir previamente, con determinadas condiciones como el pago de la reparación civil o que las disposiciones dentro

de la sentencia hayan podido ser satisfechas. Sin embargo, si este no cuenta con los medios económicos para poder cumplir con el pago puede solicitar ante la autoridad judicial la reducción o exoneración de esta.

Mediante la Resolución Ministerial N° 176-2018-TR se dispuso que se pueda contratar por el plazo de 60 días susceptibles a modificaciones o prorrogas a las personas de nacionalidad venezolana que cuentan con el permiso temporal de permanencia. Asimismo, estas deberán cumplir con la formalidad y la duración del contrato sin que sean superiores al acta de permiso temporal de permanencia.

El Decreto legislativo N° 689 se aprobó con la finalidad de establecer una preferencia para los trabajadores nacionales en cualquier actividad laboral y que las empresas nacionales o extranjeras solo pueden contratar el 20 % del total de sus empleados de nacionalidad extranjera; mientras que el 80 % deben ser trabajadores nacionales. Bajo apercibimiento de imponérseles una multa en caso de incumplimiento. Esta situación también se replicó a nivel de algunos gobiernos regionales; es el caso de la aprobación de la Ordenanza Regional N° 163-2019-CR/GRC.CUSCO que tiene como objetivo poder priorizar a los trabajadores cusqueños en los nuevos puestos de trabajos y poder eliminar o sancionar aquellas actitudes de despidos arbitrarios a trabajadores peruanos para poder realizar una inmediata contratación de trabajadores extranjeros.

En este contexto, el Perú como parte de su política frente a la migración venezolana ha entregado el Permiso Temporal de Permanencia (PTP), que es otorgado por la Superintendencia Nacional de Migraciones tiene un año de vigencia, conforme que tiene según el D.S. N° 001-2018-IN. El migrante venezolano para obtener este permiso temporal de trabajo debe cumplir con cuatro requisitos:

1) Haber ingresado al país hasta el 31 de julio del 2017, 2) haber ingresado de manera regular, 3) no tener antecedentes policiales, penales o judiciales a nivel interno o internacional, 4) no contar con una calidad migratoria vigente o buscar cambiar de calidad migratoria (D.S. N° 001-2018-IN).

Este permiso de trabajo otorgado a los migrantes venezolanos, no tuvo una acogida favorable en la ciudadanía; el cuestionamiento principal era que la mano de obra venezolana -en dichas condiciones- precarizaba el empleo y abarataba los costos de la mano de obra, en perjuicio de los peruanos. Sin embargo, debe tomarse en cuenta que el grado de instrucción de los migrantes venezolanos es superior al de los peruanos de tal manera que “el 65,2 por ciento de los inmigrantes venezolanos en el Perú cuenta con educación superior, mientras que en el caso de los peruanos solo el 30 por ciento cuenta con educación superior. Asimismo, solo el 5 por ciento de venezolanos cuenta con un grado de educación secundaria incompleta o menor, en tanto que el Perú 42,7 por ciento cuenta a lo más con secundaria incompleta” (Asencios y Castellares, 2020, p. 10).

De la misma forma los países vecinos también tomaron sus precauciones y políticas que significaran protección a los nacionales y extranjeros, que quieren iniciar una vida nueva.

8. Conclusiones

La migración venezolana ha generado diversas consecuencias en los países receptores, principalmente en los de la región de América Latina como Colombia, Perú, Panamá, Brasil, entre otros. Frente a este fenómeno, estos países no han tenido la oportunidad de implementar estrategias para enfrentar esta ola migratoria que representa la más

impactante de todos los tiempos en el mundo, con más de 5,2 millones de migrantes venezolanos hasta el año 2021.

En el caso peruano existe una relación entre la migración venezolana y la criminalidad a raíz del notorio incremento de la población carcelaria de ciudadanos extranjeros, principalmente venezolanos y colombianos; esto se puede acreditar mediante el análisis de concentración de estos ciudadanos migrantes en las principales regiones del Perú como Lima, Callao, Arequipa y Cusco donde hay un incremento de la criminalidad, principalmente respecto de delitos contra el patrimonio.

La configuración de la población carcelaria de ciudadanos extranjeros en el Perú se ha modificado; hasta el año 2019 esta población de reos extranjeros estaba representada mayoritariamente por colombianos, quienes duplicaban a la población carcelaria de ciudadanos venezolanos. A partir del año 2020 la relación se ha invertido; hoy esta última representa más del doble de la población carcelaria colombiana.

La criminalidad de ciudadanos venezolanos en los países receptores de América Latina, como el Perú, se ha visto mitigada por la característica de esta población migrante en relación al gran porcentaje de títulos profesionales universitarios o técnicos y su nivel de instrucción que es mayor que el del país receptor. Probablemente, el porcentaje minoritario de ciudadanos venezolanos migrantes, tenga mayor predisposición a vincularse con actividades ilegales, producto de la informalidad laboral; pero esta aseveración no puede ser categórica, la misma que puede determinarse previa una investigación pendiente de realizar.

Si bien la migración venezolana ha contribuido en el incremento de los índices de criminalidad en el Perú, la inseguridad ciudadana agudizada en los últimos tiempos no tiene su fuente en este fenómeno migratorio. Este problema debe atenderse desde una perspectiva integral de la violencia que se ha incrementado en el Perú con mayor incidencia en las grandes ciudades con posterioridad al levantamiento de las medidas de aislamiento decretado por el gobierno como consecuencia de la pandemia.

Referencias

- Aguilar, J. (25 de febrero de 2019). *Telediario*. Recuperado el 07 de 03 de 2020, de <https://www.telediario.mx/metr%C3%B3poli/delinquentes-extranjeros-vienen-de-otros-paises-para-delinquir-en-la-cdmx>
- Agencia de las Naciones Unidas para los Refugiados. (2021) Situación de Venezuela. Recuperado de: <https://www.acnur.org/situacion-en-venezuela.html>
- Ajzenman N., Dominguez P. y Undurraga R. (2021). Inmigración, delincuencia y las erróneas percepciones sobre el delito. CIPER.
- Bahar D., Dooley M., Selee A. (2020). Migrantes venezolanos, crímenes y percepciones falsas. Un análisis de los datos en Colombia, Perú y Chile. Migration Policy Institute. Recuperado de: <https://www.migrationpolicy.org/sites/default/files/publications/migration-crime-latam-esp-final.pdf>
- Banco Internacional de reconstrucción y Fomento. (2018). *Migración desde Venezuela a Colombia*. N.W. Washington: Banco Mundial.
- Bermúdez, Á. (29 de julio de 2019). *BBC Mundo*. Obtenido de <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-49119834>
- Bustamante, J. (2009). *La vulnerabilidad de los migrantes internacionales como sujetos de derechos humanos*. Naciones Unidas.
- Cámara de Comercio de Lima. (2018). *Una ola migratoria venezolana en Perú, ¿Qué implica esto?*. Obtenido de https://www.camaralima.org.pe/repositorioaps/0/0/par/r789_2/informeeconomico%20789.pdf
- Campuzano, O. P. (29 de mayo de 2019). *El Comercio*. Obtenido de <https://elcomercio.pe/lima/policiales/migracion-delincuencia-debate-abre-inseguridad-calles-noticia-ecpm-639572-noticia/>
- Campuzano, O. P. (29 de Mayo de 2019). *El Comercio*. Recuperado el 28 de Diciembre de 2019, de <https://elcomercio.pe/lima/policiales/migracion-delincuencia-debate-abre-inseguridad-calles-noticia-ecpm-639572-noticia/>
- Capital. (02 de agosto de 2018). *Ministro del interior anunció sanciones para venezolanos que cometen delitos en Peru*. Obtenido de <https://capital.pe/actualidad/ministro-del-interior-anuncio-sanciones-para-venezolanos-que-cometen-delitos-en-peru-noticia-1140802>
- Comité de Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, al Perú. (2020) Informe Alternativo.
- Delgado-Diamante, D. (28 de julio de 2017). *La estrella de Panamá*. Recuperado el 06 de marzo de 2020, de <https://www.laestrella.com.pa/opinion/columnistas/170728/crisis-panama-impacto-venezuela>

Del Aguila Tuesta, Roxana. (29 de septiembre de 2021) Informe en el Diario Oficial El Peruano.

DTM. (2019). *Monitoreo del flujo de población venezolana en el Perú DTM ronda 5*. Obtenido de https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/DTM_MIGRACIONVENEZUELA_R5_2019.pdf

El Nacional . (28 de Febrero de 2017). *Diario El Nacional*. Obtenido de Más de 23.000 venezolanos pidieron permisos para trabajar en Chile: http://www.el-nacional.com/noticias/latinoamerica/mas-23000-venezolanos-pidieron-permisos-para-trabajar-chile_82989

El Pais. (07 de junio de 2019). Obtenido de https://elpais.com/internacional/2019/06/07/actualidad/1559911612_775139.html

El País. (02 de junio de 2021). Obtenido de <https://elpais.com/ciencia/2021-06-02/losconfinamientos-por-la-covid-19-redujeron-la-criminalidad-en-un-37.html>
Decreto Supremo N° 012-2017-DE; que aprueba la Política de Seguridad y Defensa Nacional.

EP Mundo. (09 de agosto de 2018). *Perú adopta nuevas medidas por migración de delincuentes venezolanos* . Obtenido de <https://epmundo.com/2018/peru-adopta-nuevas-medidas-por-migracion-de-delincuentes-venezolanos/>

Freitez, A. (2011). La emigración desde Venezuela durante la última década. *Revista temas de coyuntura*, 11-38.

Gutierrez, M. (07 de junio de 2019). *Cuatro millones de venezolanos han salido del país desde 2015, según la ONU*. Obtenido de https://elpais.com/internacional/2019/06/07/actualidad/1559911612_775139.html

Grupo de Movilidad Humana. Coordinadora Nacional de Derechos Humanos (2020). Informe Alternativo al Comité de Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus familiares. Perú 2020.

INEI. (2018). *Perú: Anuario estadístico de la Criminalidad y seguridad ciudadana, 2011-2017*. Obtenido de https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1534/libro.pdf

Instituto Nacional Penitenciario (2020). Informe Estadístico enero 2020. Lima, Peru

Instituto Nacional Penitenciario (2020). Unidad de Registro Penitenciario. Lima, Perú

La Republica. (8 de Abril de 2018). Recuperado el 23 de Diciembre de 2019, de <https://larepublica.pe/sociedad/1223999-el-peru-es-el-segundo-pais-con-las-cifras-mas-altas-de-inseguridad-solo-venezuela-le-gana/>

Leppik, M. (2015). *Key concepts in migration. Medijske Studije = Media Studies*. Obtenido de

<https://search.proquest.com/docview/1956034564/fulltextPDF/B9E9CFA4994644BCPQ/1?accountid=43847>

Mahlke, H., & Yamamoto, L. (2017). El desplazamiento venezolano: un desafío para Brasil. *Latinoamérica y el Caribe*, 50.

Maturana, A. S. (s.f.). *ANEPE - Academia Nacional de Estudios Políticos y Estratégicos – Ministerio de Defensa Naciona*. Recuperado el 27 de 12 de 2019, de <https://www.anepe.cl/migraciones-riesgos-y-amenazas-a-la-seguridad/>

Ministerio de Justicia. (2013). Criminalidad y violencia juvenil en el Perú.

Ministerio de trabajo y promoción del empleo. (2019). *Impacto de la inmigración venezolana en el mercado laboral de tres ciudades: Lima Arequipa y Puira*. Lima: Primera Edición.

Naciones Unidas. (2015). *Migracion, derechos humanos y gobernanza*. Obtenido de https://www.ohchr.org/Documents/Publications/MigrationHR_and_Governance_HR_PUB_15_3_SP.pdf

Naciones Unidas. (2019). *Migración*. Obtenido de <https://www.un.org/es/sections/issues-depth/migration/index.html>

Nwadike, I., Uchendu, E., & Ahiakwo, I. (2016). *Planning of education for internally*. Obtenido de <https://search.proquest.com/docview/1935714505/fulltextPDF/84FACBCCF9334091PQ/2?accountid=43847>

Osorio, M. L. (2019). *Repository EAFIT*. Recuperado el 06 de 03 de 2020, de file:///C:/Users/LEVONO/Downloads/MariaLaura_RoldanOsorio_2019.pdf

Pecho, G. A. (2021). *Los “extranjeros”: usos políticos de la inmigración venezolana en la campaña presidencial*. En IDL Radio. Tomado de: <https://www.idl.org.pe/los-extranjeros-usos-politicos-de-la-inmigracion-venezolana-en-la-campana-presidencial/>

Pereyra C., G. (2020). Migración y delincuencia: ¿hay justificación para la creación de una brigada especial de la PNP?. *El Comerio* (28 de enero de 2020), Lima.

Rodríguez F., R., & Ramos Pismataro, F. (2019). *Colombia de cara los desafíos y oportunidades que representa la migración venezolana*. Obtenido de https://isfcolombia.uniandes.edu.co/images/2019-intersemestral/17_de_junio/La_crisis_venezolana._Impactos_y_desafos-546-577.pdf

Sánchez, D. A. (2019). *Repository USIL*. Recuperado el 02 de 03 de 2020, de http://repositorio.usil.edu.pe/bitstream/USIL/9513/1/2019_Verastegui-Sanchez.pdf

Sánchez, R. (04 de marzo de 2019). *CNN Español*. Obtenido de <https://cnnespanol.cnn.com/2019/03/04/en-venezuela-crece-la-pobreza-aumenta-la-mortalidad-infantil-y-baja-la-esperanza-de-vida-el-grave-panorama-que-muestra-encovi/>

Sputnik. (18 de abril de 2018). *EIPais.cr*. Recuperado el 14 de marzo de 2020, de <https://www.elpais.cr/2018/04/18/gobernadora-de-estado-brasileno-atribuye-a-venezolanos-aumento-de-la-criminalidad/>

UNICEF. (10 de abril de 2020). *Glosario sobre migración, asilo y refugio*. Obtenido de <https://www.unicef.es/sites/unicef.es/files/unicef-educa-GLOSARIO-migracion-asilorefugio.pdf>

Verástegui Sánchez, D. (2019). *Las implicancias de la gestión de la migración venezolana en la seguridad multidimensional de Perú*. Obtenido de http://repositorio.usil.edu.pe/bitstream/USIL/9513/1/2019_Verastegui-Sanchez.pdf

DOI: <https://doi.org/10.37768/unw.rid.03.01.005>**Breve análisis de la suplencia de queja deficiente: ¿Es correcta su aplicación en el proceso constitucional peruano?****Omar Enrique Salas Camacho¹**

Universidad Nacional Mayor de San Marcos

omar.salas@unmsm.edu.pe

Código ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5834-9078>

Resumen: En este trabajo se analiza los fundamentos de la suplencia de queja deficiente en México y cómo estos no fueron replicados en el ordenamiento jurídico peruano al momento de su traslado y permanencia en el derecho procesal constitucional. Para ello, en primer lugar, se evalúa cuáles son los fundamentos de la suplencia de queja deficiente en México y cómo se manifiestan en la legislación procesal en su país de origen. En segundo lugar, se analiza la evolución normativa de la suplencia de queja deficiente en el Perú y cómo ha sido aplicada por el Tribunal Constitucional a través de su jurisprudencia.

A partir de ello, se plantea que el fundamento protector y tuitivo de la suplencia de queja deficiente en México no fue trasladado de ninguna forma al ordenamiento procesal peruano. Esto genera que en el Perú no se respeten los fundamentos de creación de dicho principio. Lo anterior, más allá de que no suponga una identidad exacta entre las figuras de ambos países, lo cual podría ser un dato simplemente anecdótico, genera vulneraciones desproporcionales a garantías procesales del demandado. Estas garantías son los derechos fundamentales al contradictorio y a ser juzgado por un juez imparcial. De esta manera, se concluye que la suplencia de queja deficiente, como es aplicada por el Tribunal Constitucional, es inconstitucional y debe ser erradicada de nuestro ordenamiento jurídico procesal.

Palabras claves: Derecho Procesal Constitucional; Suplencia de queja deficiente; Tribunal Constitucional; Derecho fundamental al contradictorio; Derecho fundamental a ser juzgado por un juez imparcial.

Abstract: In this paper we analyzed the basis of the substitution for the deficient complaint in Mexico and how these were not replicated in the Peruvian legal system at the time of its transfer and permanence in the constitutional procedural law. First, we evaluate what are the basis of the substitution for the deficient complaint in Mexico and how they are manifested in the procedural legislation of its home country. Second, we analyze the legal framework evolution of the substitution for the deficient complaint in Peru and how it has been applied by the Constitutional Court through its judgments.

In this regard, we propose that the protective and tuitive basis of the substitution for the deficient complaint in Mexico were not transferred in any way to the Peruvian procedural system. It means that the basis for the creation of this principle is not observed in Peru. Despite the fact that there is not an exact identity between the figures of both countries,

¹ Estudiante del quinto año en la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos - UNMSM. Miembro asociado del Grupo de Investigación PRODEJUS-PUCP y miembro principal del Taller de Derecho Constitucional de la UNMSM. El autor agradece a los miembros del Grupo de Investigación PRODEJUS por las críticas y comentarios realizados al presente trabajo.

which could be simply and anecdotal fact, it generates disproportionate violations to procedural guarantees of the defendant. These guarantees are the fundamental rights to an adversarial hearing and to be judged by an impartial judge. Thus, we conclude that the substitution for the deficient complaint, as is applied by the Constitutional Court, is unconstitutional and it must be eradicated from our procedural legal system.

Keywords: Constitutional Procedural Law; Substitution for the deficient complaint; Constitutional Court; Fundamental right to an adversarial hearing; Fundamental right to be judged by an impartial judge.

Recibido: 31.10.2021

Aceptado: 07.12.2021

1. Introducción

Con la promulgación de la Ley No. 31307, Nuevo Código Procesal Constitucional, se han vuelto constantes las investigaciones y exposiciones sobre el proceso constitucional y las modificaciones suscitadas en este ordenamiento procesal. Si bien el Nuevo Código Procesal Constitucional no supuso mayores modificaciones en los fines y principios esenciales de los procesos constitucionales, estos tópicos siguen siendo fundamentales para entender la naturaleza y la dinámica del derecho procesal constitucional.

Al respecto, dichos fines y principios se encuentran regulados en los artículos II y III del Nuevo Código Procesal Constitucional; sin embargo, a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, se ha establecido que existe un principio implícito dentro de nuestro ordenamiento jurídico, el cual proviene históricamente del derecho mexicano: la suplencia de queja deficiente (en el presente trabajo se usarán las siglas “SQD”).

La SQD es el objeto de análisis del presente trabajo, el cual postula dos tesis principales aplicables al ordenamiento jurídico peruano: (i) no se respeta los fundamentos y principios por los cuales fue creada la SQD; y (ii) la aplicación de la SQD vulnera garantías procesales del demandado. Ambas ideas desencadenarán en una sola conclusión: la SQD es una institución que no se corresponde de ninguna forma con el ordenamiento jurídico peruano vigente.

En ese sentido, en primer lugar, analizaremos el origen histórico del principio en cuestión en México, así como también cuáles son sus fundamentos y fines dentro del ordenamiento jurídico mexicano. En segundo lugar, examinaremos cómo la SQD ha sido introducida en nuestro ordenamiento jurídico procesal y explicaremos por qué dicha institución no respeta los fundamentos y fines para los cuales fue creada en México. Finalmente, argumentaremos por qué su aplicación vulnera garantías procesales protegidas en nuestra Constitución, específicamente, el derecho al contradictorio y el derecho a ser juzgado por un juez imparcial.

2. La SQD en México: fundamentación y alcances normativos

2.1. Fundamentación de la SQD en México

Desde la promulgación de la Constitución de Querétaro de 1917², la SQD se hizo presente en el juicio de amparo. La regulación constitucional original establecía que la Suprema Corte debía suplir los errores que presente la demanda de amparo del quejoso o demandante, únicamente en amparos penales. Es decir, desde el nacimiento de la

² Artículo 107 de la Constitución Política de México. -

Todas las controversias de que habla el artículo 103, se seguirán a instancia de la parte agraviada, por medio de procedimientos y formas del orden jurídico que determinará una ley que se ajustará a las bases siguientes:

(...)

II.— En los juicios civiles o penales, salvo los casos de la regla IX, el amparo sólo procederá contra las sentencias definitivas respecto de las que no procedan ningún recurso ordinario por virtud del cual puedan ser modificadas o reformadas, siempre que la violación de la ley se cometa en ellas, o que, cometida durante la secuela del procedimiento, se haya reclamado oportunamente y protestado contra ella por negarse su reparación, y que cuando se haya cometido en primera instancia, se haya alegado en la segunda, por vía de agravio.

La Suprema Corte, no obstante esta regla, podrá suplir la deficiencia de la queja en un juicio penal, cuando encuentre que ha habido en contra del quejoso una violación manifiesta de la ley, que lo ha dejado sin defensa o que se le ha juzgado por una ley que no es exactamente aplicable al caso, y que sólo por torpeza no se ha combatido debidamente la violación. (Énfasis agregado) (...)

SQD en México, su aplicación era restringida: *únicamente el juez podía suplir la demanda del quejoso en amparos de naturaleza penal.*

Posteriormente, con ocasión de las constantes reformas constitucionales que ha tenido la Constitución de México, fueron incorporándose nuevos supuestos o materias en los que la SQD sería aplicada por los jueces mexicanos. Entre las principales reformas constitucionales tenemos las siguientes: (i) la reforma de 1951, mediante la cual se incorporó la suplencia de queja en materia laboral, específicamente a favor del obrero quejoso³; (ii) la reforma de 1962, mediante la cual se incorporó la SQD en materia agraria, específicamente a favor de los ejidatarios y población comunal⁴; y (iii) la reforma de 1974, mediante la cual se incorporó la SQD en casos donde se afecten los derechos de menores o incapaces⁵.

Posteriormente, a partir de la reforma de 2011, la SQD pasó a tener un desarrollo legal (aun manteniéndose su consagración en la Constitución). Actualmente, dicha institución procesal se encuentra regulada en el artículo 79 de la Ley de Amparo, en la cual se elabora una lista taxativa de las materias y situaciones en los cuales debe ser aplicada la SQD. Veamos:

“Artículo 79 de la Ley de Amparo.-

La autoridad que conozca del juicio de amparo deberá suplir la deficiencia de los conceptos de violación o agravios, en los casos siguientes:

I. En cualquier materia, cuando el acto reclamado se funde en normas generales que han sido consideradas inconstitucionales por la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y de los Plenos de Circuito. La jurisprudencia de los Plenos de Circuito sólo obligará a suplir la deficiencia de los conceptos de violación o agravios a los juzgados y tribunales del circuito correspondientes;

II. En favor de los menores o incapaces, o en aquellos casos en que se afecte el orden y desarrollo de la familia;

III. En materia penal:

a) En favor del inculpado o sentenciado; y

b) En favor del ofendido o víctima en los casos en que tenga el carácter de quejoso adherente;

³ Reforma de 1951 al artículo 107 de la Constitución Política de México. -
(...)

Podrá suplirse la deficiencia de la queja, cuando el acto reclamado se funde en leyes declaradas inconstitucionales por la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia.

Podrá también suplirse la deficiencia de la queja en materia penal y la de la parte obrera en materia de trabajo, cuando se encuentre que ha habido en contra del agraviado, una violación manifiesta de la ley, que lo ha dejado sin defensa, y en materia penal, además, cuando se le haya juzgado por una ley que no es exactamente aplicable al caso;

(...)

⁴ Reforma de 1962 al artículo de la Constitución Política de México. -

En los juicios de amparo en que se reclamen actos que tengan o puedan tener como consecuencia privar de la propiedad o de la posesión y disfrute de sus tierras, aguas, pastos y montes a los ejidos y a los núcleos de población que de hecho o por derecho guarden el estado comunal, o a los ejidatarios y comuneros, deberá suplirse la deficiencia de la queja de acuerdo con lo que disponga la ley reglamentaria; y no procederán el desistimiento, el sobreseimiento por inactividad, ni la caducidad de la instancia, cuando se afecten derechos de los ejidos o núcleos de población comunal.

⁵ Reforma de 1974 al artículo 107 de la Constitución Política de México. -

Podrá suplirse la deficiencia de la queja en los juicios de amparo contra actos que afecten derechos de menores o incapaces, de acuerdo con lo que disponga la Ley Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de esta Constitución.

IV. En materia agraria:

a) En los casos a que se refiere la fracción III del artículo 17 de esta Ley;

y

b) En favor de los ejidatarios y comuneros en particular, cuando el acto reclamado afecte sus bienes o derechos agrarios.

En estos casos deberá suplirse la deficiencia de la queja y la de exposiciones, comparecencias y alegatos, así como en los recursos que los mismos interpongan con motivo de dichos juicios;

V. En materia laboral, en favor del trabajador, con independencia de que la relación entre empleador y empleado esté regulada por el derecho laboral o por el derecho administrativo;

VI. En otras materias, cuando se advierta que ha habido en contra del quejoso o del particular recurrente una violación evidente de la ley que lo haya dejado sin defensa por afectar los derechos previstos en el artículo 1o de esta Ley. En este caso la suplencia sólo operará en lo que se refiere a la controversia en el amparo, sin poder afectar situaciones procesales resueltas en el procedimiento en el que se dictó la resolución reclamada; y

VII. En cualquier materia, en favor de quienes por sus condiciones de pobreza o marginación se encuentren en clara desventaja social para su defensa en el juicio.

En los casos de las fracciones I, II, III, IV, V y VII de este artículo la suplencia se dará aún ante la ausencia de conceptos de violación o agravios. En estos casos solo se expresará en las sentencias cuando la suplencia derive de un beneficio.

La suplencia de la queja por violaciones procesales o formales sólo podrá operar cuando se advierta que en el acto reclamado no existe algún vicio de fondo”.

Teniendo en consideración la evolución de la regulación de la SQD, se puede verificar que es una figura procesal restringida y que solo puede ser aplicada frente a sujetos especiales, los cuales se caracterizan por encontrarse en una situación de desventaja frente a su contraparte, y, por lo tanto, merecen una especial protección.

Así, queda en evidencia cuál ha sido el principal objetivo de dicha figura procesal: proteger al demandante que se encuentra en una situación de inferioridad material frente al demandado. Es decir, la SQD busca equilibrar la desigualdad que existe entre las partes procesales, en donde el demandante (Fix-Zamudio, 1993, pp.307-308)⁶, evidentemente se encuentra en una posición desfavorecida frente al demandado (Castro, 1953, p.49)⁷. Incluso, ello adquiere un especial protagonismo en el apartado VII

⁶ Con relación al amparo en materia laboral, Héctor Fix-Zamudio explica que: “Esta institución es de gran trascendencia en el amparo laboral, ya que una de las características que se han señalado en el proceso del trabajo en particular, y social, en general, es la necesidad de otorgar al juzgador facultades para subsanar los errores en que incurre la parte débil, por la dificultad que existe en número importante de casos, para que dicha parte obtenga un asesoramiento técnico adecuado. Es muy clara la intención del legislador, si destacamos la parte relativa de la exposición de motivos de la iniciativa presidencial de las citadas reformas constitucionales, en cuanto afirmó que: “Y también podrá suplirse esta deficiencia de la queja en amparos del trabajo, directos o indirectos, porque las normas constitucionales contenidas en el artículo 123, son fundamentalmente tutelares de los derechos de los trabajadores, y esta clase muchas veces no está en posibilidad de defenderse adecuadamente, por ignorancia de rigorismos técnicos”.

⁷ Al respecto, Juventino Castro explica que “el principio procesal de la igualdad de las partes, que rige amplia y totalmente en los juicios civiles no tiene la misma aplicación en el proceso penal, ya que el Ministerio Público – verdadera parte y verdadera autoridad en todo momento-, no guarda una relación de igualdad, sino de superioridad, con el procesado, motivo por el cual tanto en la legislación común como en la constitucional se trata de equiparar sus posiciones, otorgándoseles prerrogativas especiales a los indicados y procesados”.

del artículo 79 de la Ley de Amparo de México, en donde se detalla que será sujeto favorecido con la SQD las personas que *por su condición de pobreza o marginación se encuentren en una clara desigualdad social*.

En ese sentido, el fundamento de la SQD radica necesariamente en la búsqueda de la igualdad procesal, toda vez que los sujetos favorecidos se encuentran en una situación evidentemente desigual (Fonseca, 2017, p.432)⁸. Así, la SQD es una institución proteccionista que busca proteger el interés de los demandantes que, en atención a su desigualdad procesal o material, no cuentan con una defensa adecuada que permita utilizar correctamente los medios legales que se les ha otorgado (Castro, 1953, p.137). A través de ello, se obtendría un equilibrio procesal entre los litigantes, en atención a las situaciones o condiciones especiales de los sujetos o de la materia en la cual se aplica la SQD (Mora, 2018, p.130)⁹.

Por lo cual, la SQD en México debe ser entendida como una herramienta procesal que busca equiparar las relaciones desiguales que pueden surgir entre los sujetos que acuden al proceso de amparo, restringiéndose a ciertas materias o situaciones en las que se evidencie que exista tal desigualdad.

2.2. Alcances de la SQD en México

Habiendo detallado cual es el fundamento y finalidad de la SQD, corresponde ahora describir cuáles son los principales alcances de dicha figura procesal en el ordenamiento jurídico mexicano.

La SQD permite integrar omisiones parciales o totales en las que haya incurrido únicamente el demandante y no el demandado (Castro, 1953, p.60). En ese sentido, la SQD se manifiesta como una institución recogida dentro del proceso de amparo mexicano, por la cual se desvincula al juez de los conceptos de violación que haya señalado, o incluso, omitido el quejoso en su demanda. Así, no solo existe una desvinculación, sino una obligación del juez de modificar dichos conceptos, cuando por error o ignorancia, el demandante haya incurrido en una equivocación u omisión en su demanda (Azuela & Betanzos, 2017, pp.23-24). Cabe resaltar que la SQD en México se manifiesta como un verdadero deber por parte del juez de amparo, y no una mera

⁸ La jueza Emma Fonseca señala que “La suplencia de queja es una institución procesal que se justifica por la necesidad de equilibrar el proceso, especialmente cuando se trata de favorecer a determinados sectores de la sociedad históricamente desventajados. El objetivo de la suplencia es la búsqueda del equilibrio procesal; la finalidad de nivelación previa a resolver la cuestión planteada, mediante la cual el juez pueda realizar los ajustes necesarios, en la medida de las posibilidades del caso, con la finalidad de que las partes en el litigio puedan acceder al mismo de una forma más equitativa y, por ende, más justa, en relación con el momento en que acudieron al proceso”.

⁹ A mayor abundamiento, la Suprema Corte de México ha considerado que la SQD tiene un evidente carácter proteccionista o tuitivo en favor de los demandantes que se encuentran en una situación desventajosa. Por ejemplo, en la Sentencia 2a/J. 154/2015 (10a.) de la Suprema Corte de Justicia de México se señala que:

“Ahora bien, el principio de suplencia de la queja deficiente en el juicio de amparo se erige como una institución de capital importancia dentro de nuestro sistema jurídico, con características particulares, con el fin de impedir la denegación de justicia por razones de carácter meramente técnico-jurídicas; por ello, dicha institución debe analizarse desde la perspectiva constitucional y legal nacional, y es en función de ese examen interno como debe contrastarse si efectivamente tal principio satisface el mandato universal de igualdad, o si existe una justificación razonable en la distinción de trato que respecto de ciertas personas o grupos establece el artículo 76 Bis de la Ley de Amparo, vigente hasta el 2 de abril de 2013, sustituido por el precepto 79 en la ley de la materia en vigor a partir del día siguiente”.

facultad¹⁰. Es decir, el juez tiene la *obligación constitucional* de suplir las omisiones y errores que los demandantes hayan incurrido durante el proceso de amparo (López, 2017, p.89).

La SQD no solo se limita a subsanar los errores que se hayan presentado en la queja o demanda, sino también a otros actos procesales (por ejemplo, en la presentación de medios impugnatorios durante el trámite del proceso de amparo). Asimismo, la SQD no se encuentra circunscripta a un juez en específico, sino a todos los jueces de amparo, ya sean de primera instancia o de la Suprema Corte de México.

Los tratadistas mexicanos han hecho un especial hincapié respecto a la diferencia entre la llamada “suplencia del error” y la SQD, con el fin de reconocer de manera más precisa el ámbito de aplicación de esta última.

Por un lado, la suplencia del error supone la obligación del juez por corregir la equivocación del demandante respecto a la simple confusión al invocar la garantía constitucional vulnerada; es decir, el error debe ser únicamente al momento de citar el derecho fundamental, mas no puede ser respecto a los hechos o toda la estructura argumentativa del derecho invocado en la demanda. Por otro lado, a diferencia de lo anterior, la SQD sí supone una corrección respecto a la fundamentación de la demanda y no únicamente una confusión al citar el derecho fundamental vulnerado. Así, la SQD permite al juez modificar o incluso agregar todo el concepto agraviado. En ese sentido, Juventino Castro concluye que *“la suplencia del error se debe a una imperfección de estilo; la suplencia de la queja deficiente a una imperfección de fondo”* (1953, p.59).

En resumen, la SQD se manifiesta en México como el deber constitucional de todo juez de amparo por suplir los errores y omisiones que pueda cometer el demandante respecto a los conceptos de violación y agravios de la demanda o cualquier otra actuación que se lleve a cabo durante todo el trámite del proceso.

Siendo que el principal objetivo de este trabajo no es señalar las características y vicisitudes de la SQD en México, a continuación, en el próximo apartado analizaremos cómo aparece la SQD en el Perú y explicaremos por qué la actual “regulación” de la institución procesal no se condice con el fundamento y finalidad esencial de la SQD.

3. La SQD en el Perú como producto de una incorrecta importación jurídica.

3.1. Aparición de la SQD y la “regulación” actual en nuestro ordenamiento jurídico

En el Perú, la SQD (o al menos una figura inspirada en ella, toda vez que no reúne las características esenciales que se manifiestan en el derecho mexicano) se incorporó al proceso constitucional peruano con la Ley No. 23506 de 1982 (la derogada “Ley de Habeas Corpus y Amparo”), la cual establecía en su artículo 7 que: *“El juez deberá suplir las deficiencias procesales en que incurra la parte reclamante, bajo responsabilidad. Igualmente dará preferencia en la tramitación a las acciones de garantía”*.

Al respecto, el profesor Edgar Carpio señala que la Ley de Habeas Corpus y Amparo¹¹ estuvo enfocada, como se puede apreciar del texto literal del documento normativo, en

¹⁰ Si bien Juventino Castro señaló que la SQD se debía entender únicamente como una facultad, ello se debe a que al momento de publicarse el libro de referencia, la redacción del texto constitucional lo previa como una facultad. No obstante, actualmente la regulación de la SQD lo considera como una obligación del juez.

¹¹ Así como la Ley No. 25398 (Ley complementaria a la Ley 23506).

favorecer al demandante y tercero que resultó perjudicado con el presunto acto vulneratorio de derechos fundamentales (2002, p.8). En ese sentido, la SQD de ninguna forma podía extenderse a la parte demandada. Sin embargo, a diferencia de la norma mexicana, en el Perú se incorporó la SQD sin establecer una lista taxativa de materias o sujetos favorecidos por esta figura procesal.

Al respecto, durante la vigencia de la Ley de Habeas Corpus y Amparo, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional tampoco señaló que la SQD debía aplicarse en favor de sujetos o materias específicas, simplemente lo aplicó en cualquier materia. Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional aplicó la SQD en favor de administrados que solicitan el cumplimiento de un acto administrativo¹², en favor de litigantes que cuestionan resoluciones judiciales producto de procesos civiles¹³, en favor de funcionarios públicos¹⁴, entre otros.

Posteriormente, con la emisión de la Ley No. 28237, Código Procesal Constitucional del 2004, se dejó de regular expresamente la SQD y se estableció únicamente el *iura novit curia*¹⁵. Sin embargo, ello no fue motivo para que los órganos jurisdiccionales (y aquí nos referimos específicamente al Tribunal Constitucional) dejen de aplicar la SQD en los procesos constitucionales.

Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional ha explicado que la SQD sería un *principio implícito* contenido en nuestro ordenamiento procesal constitucional; sin embargo, no ha asumido un criterio uniforme respecto de qué disposición normativa o norma jurídica se derivaría su existencia. Al respecto, ha considerado que la SQD (i) se derivaría del principio *iura novit curia* contenido en el derogado artículo VIII del Código Procesal Constitucional del 2004¹⁶; (ii) se derivaría de los fines de los procesos constitucionales contenidos en el artículo II y del principio *pro actione* contenido en el artículo III del Código Procesal Constitucional del 2004¹⁷; y (iii) finalmente, se derivaría del tercer párrafo del artículo III del Código Procesal Constitucional del 2004 referido a la relativización de las formalidades a fin de cumplir con los fines de los procesos constitucionales¹⁸¹⁹.

El pasado 23 de julio de 2021 se derogó el Código Procesal Constitucional del 2004 y entró en vigencia la Ley No. 31307, Nuevo Código Procesal Constitucional. Al respecto, corresponde precisar que la principal diferencia sobre la materia entre ambas normas es la falta de regulación expresa del *iura novit curia*. Sin embargo, ello no implica necesariamente que los jueces constitucionales vayan a dejar de aplicarlo, pues podrían invocar el artículo IX del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Constitucional²⁰ y

¹² Ver STC No. 00933-2000-AA/TC.

¹³ Ver STC No. 01120-2002-HC/TC.

¹⁴ Ver STC No. 02284-2002-AA/TC.

¹⁵ Artículo VIII del Código Procesal Constitucional del 2004.-

El órgano jurisdiccional competente debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente.

¹⁶ Ver STC No. 5761-2009-PHC/TC, STC No. 03140-2010-PC/TC, STC No. 07873-2006PC/TC, ATC No. 02801-2014-PA/TC, ATC No. 05735-2008-PA/TC, STC No. 00431-2007-PA/TC, STC No. 02145-2018-PA/TC, STC No. 02399-2014-PA/TC, STC No. 02589-2017-PA/TC, entre otros.

¹⁷ Ver ATC No. 00250-2008-PHD/TC, STC No. 03386-2009-PHC/TC, STC No. 04885-2007-PHD/TC.

¹⁸ Ver STC No. 05811-2015-PHC, STC No. 00612-2013-PA/TC, STC No. 01159-2014-PHC/TC, STC No. 01587-2018-PHC/TC.

¹⁹ Sin perjuicio de lo criticable que podrían ser las argumentaciones elaboradas por el Tribunal Constitucional, ello no será abordado en este artículo porque incrementaría en sobremanera el número de páginas planeados para el presente trabajo. Lo dejaremos para un trabajo posterior.

²⁰ Artículo IX del Nuevo Código Procesal Constitucional. -

aplicar dicho principio supletoriamente del Código Procesal Civil²¹. Asimismo, ello no influye en la existencia de la SQD, pues, como hemos señalado, el Tribunal Constitucional ha asumido diversas posturas respecto a las disposiciones de las cuales se extraería la SQD que han mantenido su regulación en el Nuevo Código Procesal Constitucional²².

En base a las interpretaciones detalladas, el Tribunal Constitucional ha aplicado la SQD en múltiple jurisprudencia, la cual fue objeto de análisis en el presente trabajo.

3.2. ¿Qué se puede corregir a través de la SQD en el Perú?

Si bien pueden confundirse en algunas ocasiones²³, en el Perú el *iura novit curia* y la SQD tienen diferentes proyecciones. A continuación, analizaremos dichas diferencias, las cuales permitirán delimitar los alcances de la aplicación de la SQD por el Tribunal Constitucional peruano.

Al respecto, el *iura novit curia* se manifiesta como la obligación del juez constitucional por corregir los errores que hayan incurrido las partes al momento de invocar el derecho o norma constitucional que sustentan sus actos procesales (Castillo, 2005, p.146). Es decir, el juez constitucional se encuentra obligado a aplicar la norma adecuada, a pesar de que no haya sido invocada ninguna norma o haya sido invocada erróneamente por las partes (Landa, 2018, pp. 63-64). Así, a través del *iura novit curia* únicamente se permite corregir los fundamentos jurídicos que hayan invocado las partes.

El Tribunal Constitucional ha señalado que la principal diferencia entre el *iura novit curia* y la SQD radica en su objeto de modificación. Por un lado, como hemos mencionado, el *iura novit curia* permite aplicar el derecho que corresponda a la controversia, aun cuando el demandante no lo haya invocado o lo haya hecho incorrectamente. Sin embargo, el *iura novit curia* nunca permite al juez modificar el *petitum* de la controversia²⁴.

Por otro lado, respecto a la SQD, el Tribunal Constitucional ha venido modificando sus alcances a lo largo de su jurisprudencia. Así, encontramos que el Tribunal Constitucional, en una primera etapa (cuando la Ley de Habeas Corpus y Amparo se encontraba vigente), aplicó la SQD de manera restringida. En efecto, únicamente con el objetivo de corregir actos que pueden ser reparados por las partes, y en este caso por el juez, quien únicamente podía modificar actos siempre que no afecten los derechos de las partes y principios fundamentales de todo proceso. Sin embargo, no se especificó qué actos podían ser corregidos por el juez constitucional. Asimismo, el Tribunal Constitucional puso énfasis en que el juez no podía invocar hechos que no hubieran sido alegados por las partes.²⁵

Solo en caso de vacío o defecto del presente código son de aplicación supletoria la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Los códigos procesales afines a la materia discutida son de aplicación subsidiaria siempre y cuando no perjudiquen a las partes ni a los fines del proceso constitucional y solo ante la ausencia de otros criterios.

²¹ Artículo VII del Código Procesal Civil. –

El Juez debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente. Sin embargo, no puede ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes.

²² Así tenemos que el artículo II y III del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Constitucional no han sufrido modificaciones sustanciales respecto al Código Procesal Constitucional del 2004.

²³ Incluso, el propio Tribunal Constitucional ha confundido sus alcances: Ver STC No. 00425-2017-PA/TC.

²⁴ Ver STC 569-2003-AC/TC.

²⁵ Ver STC 569-2003-AC/TC.

Posteriormente, el Tribunal Constitucional, en su actual jurisprudencia, estableció expresamente que la SQD permitía suplir errores u omisiones en las que incurra el demandante en el planteamiento de sus *pretensiones*. Es decir, para el Tribunal Constitucional, la SQD faculta al juez constitucional para modificar el *petitum* en cualquier proceso constitucional²⁶.

Sin embargo, el *petitum* no es el único elemento que puede modificar el juez constitucional a través de la SQD. El Tribunal Constitucional ha utilizado la SQD para corregir lo siguiente:

- *La vía procesal en la que el demandante inició el proceso constitucional:* En estos casos, el Tribunal Constitucional, a través de la SQD, amparó la figura de la reconversión de procesos²⁷. Por ejemplo, a pesar de que el demandante haya iniciado incorrectamente un proceso de habeas data solicitando la protección de derechos que no son protegidos por esta vía, sino por el proceso de amparo, el Tribunal Constitucional ha establecido que se encuentra facultado para convertir el proceso de habeas data en uno de amparo, a fin de no declarar improcedente la demanda y que el demandante no tenga que imponer una nueva demanda en la vía correcta.

De esta forma, el Tribunal Constitucional ha dispuesto la conversión de procesos de amparo en procesos de habeas data, y viceversa²⁸; procesos de amparo en procesos de cumplimiento²⁹, y viceversa; procesos de habeas data en procesos de cumplimiento³⁰, y viceversa; y procesos de habeas corpus en procesos de amparo³¹.

- *El recurso que interpone el demandante para acceder al Tribunal Constitucional:* A través de la SQD, el Tribunal Constitucional ha dispuesto la posibilidad de corregir las deficiencias en los recursos interpuestos por el demandante a fin de acceder a su jurisdicción³². Por ejemplo, el Tribunal Constitucional ha transformado recursos de agravio constitucional de represión de actos homogéneos en recursos de agravio constitucional a favor del cumplimiento de la sentencia, debido a la deficiencia del demandante al interponer el recurso³³.
- *La persona frente a quien se interpone la demanda:* En estos casos, el Tribunal Constitucional, amparándose en la aplicación de la SQD, modificó al demandado frente a quien debió haberse interpuesto la demanda³⁴.
- *Los hechos que sustentaron la demanda:* A través de la SQD, el Tribunal Constitucional ha modificado los fundamentos de hecho que sustentan la

²⁶ Ver STC 5637-2006-PA/TC, STC No. 0314-2014-PHC/TC, STC No. 0612-2013-PA/TC, STC No. 0739-2011-PA/TC, STC No. 0859-2013-PA/TC, STC No. 1097-2020-PHC/TC, STC No. 01159-2014-PHC/TC, STC No.01439-2013-PA/TC, STC No. 1587-2018-PHC/TC entre otros.

²⁷ El Tribunal Constitucional ha dispuesto reglas específicas respecto a la reconversión de procesos de amparo, hábeas data y cumplimiento en la STC No. 7873-2006-PC/TC. Asimismo, ha dispuesto reglas respecto a la transformación de procesos de hábeas corpus en procesos de amparo en la STC No.5761-2009-PHC/TC.

²⁸ Ver ATC 00250-2008-PHD/TC.

²⁹ Ver STC No. 05424-2008-AC/TC.

³⁰ Ver ATC No. 0790-2000-AC/TC.

³¹ Ver STC No. 5761-2009-PHC/TC.

³² Ver ATC No. 0024-2005-Q/TC; ATC No. 0104-2015-Q/TC; ATC No. 0131-2004-Q/TC; ATC No. 0158-2012-Q/TC; STC No. 02398-2012-PA/TC; ATC No. 02801-2014-PA/TC; ATC No. 3503-2013-PA/TC;

³³ Ver ATC No. 03445-2014-PA/TC; STC No. 03869-2013-PA/TC; ATC No. 03948-2016-AA.

³⁴ Ver STC No. 03426-2008-PHC/TC; STC No. 04611-2007-PA/TC; ATC No. 03442-2019-PA/TC.

pretensión del demandante³⁵, a pesar de que en anterior jurisprudencia haya señalado expresamente que la SQD no permite la modificación de los fundamentos de hecho del demandante.

Entonces, la SQD, a diferencia del *iura novit curia*, tiene un objeto de corrección mucho más amplio, permitiéndole al juez modificar el *petitum*, la vía procesal que utilizó el demandante, los recursos para acceder al Tribunal Constitucional, el demandado frente a quien se interpuso la demanda y los hechos que fundamentan la demanda. Dicha lista, inclusive, no es taxativa, toda vez que el Tribunal Constitucional podría seguir ampliando aún más los objetos de modificación de la referida figura procesal.

3.3. Materias y sujetos favorecidos por la SQD en el ordenamiento jurídico peruano

Luego de haber determinado cuáles son los alcances de la SQD en el derecho peruano a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, corresponde analizar si existen restricciones a su aplicación conforme a la materia o sujetos demandantes, al igual que sucede en el ordenamiento jurídico mexicano.

Como hemos visto anteriormente, la SQD no se encuentra recogida expresamente en el Nuevo Código Procesal Constitucional, sino, más bien, los parámetros de su aplicación provienen de la misma jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En ese sentido, podemos visualizar que la SQD se ha venido aplicando a todos los procesos constitucionales a excepción del proceso competencial. Asimismo, visualizamos que la SQD se ha venido aplicando sin distinción alguna de la materia o de la situación especial de los sujetos procesales.

³⁵ Así, por ejemplo, en la STC No. 2148-2010-PA/TC, la demandante interpuso una demanda de amparo solicitando que se deje sin efecto el presunto despido discriminatorio por razón de sexo que sufrió en su centro de trabajo, toda vez que su empleadora la habría despedido por su estado de gravidez. La demandada contestó la demanda señalando que el vínculo laboral se habría extinguido con el vencimiento del contrato de trabajo a plazo determinado que las vinculaban, el cual no fue renovado por el rendimiento de la recurrente.

El Tribunal Constitucional consideró que la demandante no cumplió con presentar ningún medio probatorio que demuestre que la empleadora tenía conocimiento de su embarazo, por lo que señaló que no podía concluirse que la demandante haya sido objeto de un despido arbitrario por razón de sexo.

No obstante, el Tribunal Constitucional también indicó que, en virtud de la SQD, no podía dejar de analizar si el contrato de trabajo de la demandante habría sido desnaturalizado por simulación o fraude. Así, de los documentos que obraban en el expediente, advirtió que no se consignó la causa objetiva determinante de la contratación a plazo determinado de la demandante, manifestándose una desnaturalización del contrato sujeto a plazo determinado, lo cual encubría una relación laboral de naturaleza indeterminada. Por tanto, la ruptura de la relación laboral por parte de la empleadora sustentada en el vencimiento del plazo del contrato tiene el carácter de un despido arbitrario, y, en consecuencia, declaró fundada la demanda y nulo el despido de la demandante.

En este caso, el Tribunal Constitucional fundamentó su decisión en hechos completamente distintos a los que planteó la demandante en su demanda: por un lado, la demandante sustentó su demanda en el supuesto despido discriminatorio que sufrió por haber estado embarazada; sin embargo, por otro lado, el Tribunal Constitucional sustentó su decisión en el hecho de que el contrato de trabajo a plazo determinado se había desnaturalizado por no haber consignado la causa objetiva de la contratación, lo cual encubrió una relación laboral de naturaleza indeterminada y, en consecuencia, se constituyó un despido arbitrario.

Al igual que el anterior caso reseñado, el Tribunal Constitucional también ha modificado los hechos de la demanda en la STC No. 0100-2011-PA/TC, STC No. 00685-2013-PA/TC, STC No. 1125-2012-PA/TC, STC No. 01152-2012-PA/TC, STC No. 02129-2012-PA/TC, STC No. 03096-2011-PA/TC, STC No. 04844-2008-PA/TC, ATC No. 051-2001-HC/TC

Así, tenemos que la SQD se ha aplicado, entre otras, en las siguientes situaciones:

- En el marco de procesos de inconstitucionalidad, en donde los sujetos favorecidos son personas jurídicas de Derecho Público³⁶.
- En procesos de amparo, en favor de personas jurídicas de Derecho Público³⁷.
- En procesos de amparo de materia civil³⁸.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional peruano ha aplicado la SQD sin ninguna restricción en cualquier proceso constitucional. Es decir, la SQD ha favorecido (y favorece) a cualquier demandante sin importar la materia o la situación especial de los sujetos procesales.

4. Críticas: el “trasplante” de la SQD mexicana al Perú

4.1. El fundamento y finalidad de la SQD no fueron trasladados al derecho peruano

Como hemos podido apreciar, la “SQD peruana”, desde su nacimiento hasta la actualidad, se manifiesta en cualquier tipo de proceso constitucional, en cualquier materia o favoreciendo a cualquier sujeto siempre y cuando este sea demandante.

Frente a ello, ¿tiene sentido que la SQD favorezca a cualquier sujeto, con la única condición de que sea demandante? Como hemos podido ver en la regulación mexicana, la SQD tiene como fundamento el *desequilibrio* que existe entre ambas partes procesales, por lo que su finalidad es buscar dicho equilibrio, favoreciendo al demandante en caso omita o yerre en el trámite del proceso de amparo. Justamente, en virtud de dicho fundamento y finalidad, se ha regulado *taxativamente* los supuestos de aplicación de la SQD debido a la situación de vulnerabilidad de los sujetos demandantes o debido a la materia en donde claramente existe un fundamento tuitivo en favor de una de las partes.

No obstante, para el Tribunal Constitucional, la SQD en el Perú se puede aplicar en favor de cualquier sujeto demandante sin importar la materia o condición de vulnerabilidad del sujeto. En ese sentido, en el Perú, desde que se acogió en la Ley de Habeas Corpus y Amparo hasta la actualidad, no se ha basado en los fundamentos y fines que legitimaron la creación y aplicación de la SQD en el derecho mexicano. Ello genera como consecuencia directa que se aplique una institución procesal que no tiene ningún sustento constitucional, legal o histórico en nuestro ordenamiento jurídico.

4.2. La SQD en el Perú no ha sido recogido a nivel constitucional

Como se detalló anteriormente, la SQD en México se encuentra regulada a nivel constitucional, esto es, en el más alto peldaño de la jerarquía normativa de su ordenamiento jurídico. Lo anterior no es un detalle menor, pues, al ser un principio de naturaleza constitucional, estamos hablando de una figura procesal que tiene prevalencia sobre otros principios y derechos legales, y puede ser confrontada e

³⁶ En el expediente No. 022-2013-PI/TC, el Tribunal Constitucional aplicó la SQD en favor del Colegio Profesional de Médicos, debido a un error en el petitorio en una demanda de inconstitucionalidad.

³⁷ En el expediente No. 2912-2018 PA/TC, el Tribunal Constitucional aplicó la SQD en favor del Banco Central de Reserva del Perú, debido a una omisión en el petitorio en una demanda de amparo.

³⁸ Ver el expediente No. 03442-2019-PA/TC.

interpretada contra otras normas de jerarquía constitucional. Esto es de suma importancia, en tanto, justamente la jerarquía de la SQD es lo que permite su aplicación en el derecho mexicano. Nos explicamos.

Es reconocido por la jurisprudencia de la Suprema Corte de México (e, increíblemente, reconocido también por el Tribunal Constitucional³⁹) que *la aplicación de la SQD afecta derechos y principios de jerarquía constitucional*. Al respecto, el máximo órgano jurisdiccional de México ha considerado que la SQD supone la afectación de algunas exigencias del debido proceso, específicamente, el deber de resolver con absoluta imparcialidad de los jueces y el principio de congruencia procesal; sin embargo, a pesar de que son evidentes estas afectaciones, ello es permitido porque la SQD es una “*restricción constitucional*” incorporada en el texto de su Constitución⁴⁰. Por tanto, si la SQD no fuese una institución regulada a nivel constitucional, no podría ser aplicable. La SQD, al ser un principio constitucional, puede ponderarse con otros derechos y principios constitucionales relacionadas al debido proceso o, como bien fue entendido por la Suprema Corte de México, podría ser una restricción constitucional a dichas normas.

Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre en el ordenamiento jurídico mexicano, en el Perú la SQD no se encuentra regulada en la Constitución; es más, como hemos visto, no se encuentra regulada en ninguna disposición normativa positivizada, siendo una figura que, en estricto, ha sido creada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Lo anterior impide que en el Perú se pueda discutir la posibilidad de una ponderación de la SQD frente a otros principios o derechos constitucionales o, como en México, que se trate de una restricción constitucional a otras exigencias previstas en la Constitución. Todo ello por la simple razón que no tiene jerarquía constitucional.

En ese sentido, la SQD, al implicar vulneraciones a garantías procesales previstas en la Constitución, tal como será explicado a continuación, no podría ser ejercitada por los jueces constitucionales (incluyendo al Tribunal Constitucional), toda vez que ello sería aceptar la prevalencia de una figura jurisprudencial frente a la Constitución, lo cual se encuentra proscrito por su artículo 51⁴¹.

³⁹ Ver STC No. 3674-2007-PA/TC.

⁴⁰ Ver Sentencia 2a./XCII/2014 (10a.), Página: 924. “(...) Así, la obligación referida puede llegar a ocasionar un desequilibrio o inseguridad procesal para la contraparte de la persona en favor de la que se le suplió su queja deficiente, pues si el juzgador introduce argumentos que no eran conocidos por ninguna de las partes, sino hasta que se dicta sentencia, es inevitable aceptar que sobre tales razonamientos inéditos no fue posible que la contraria hubiese podido formular argumentos defensivos. Empero, de esta imposibilidad que tiene la contraparte para rebatir conceptos de violación imprevistos en la demanda de amparo -y que son desarrollados motu proprio por el órgano de amparo-, no deriva la inconstitucionalidad de la suplencia de la queja deficiente, toda vez que esta institución procesal implica una restricción de rango constitucional de algunas exigencias fundamentales del debido proceso, en concreto, que los tribunales actúen con absoluta imparcialidad, así como su deber de resolver en forma estrictamente congruente con lo pedido, y con base en la fijación de una litis previsible sobre la cual las partes puedan exponer sus puntos de vista antes de que se dicte el fallo definitivo; ya que si bien son evidentes las lesiones de estas elementales obligaciones de los juzgadores, dada la incorporación de dicha figura en el texto de la Constitución Federal, debe estarse a lo ordenado por ella, ante la contradicción insuperable entre la igualdad procesal y el auxilio oficioso impuesto constitucionalmente a los juzgadores de amparo, en favor de determinadas categorías de quejosos.”

⁴¹ “Artículo 51°.-

La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado.”

5. La SQD en el Perú como institución procesal que vulnera derechos fundamentales.

Conforme hemos venido mencionando en los acápite anteriores, la SQD es una institución procesal que vulnera derechos fundamentales procesales consagrados en la Constitución, específicamente dos: el derecho al contradictorio y el derecho a ser juzgado por un juez imparcial.

5.1. El derecho al contradictorio

El derecho al contradictorio es una garantía procesal que se encuentra establecida en el artículo 139.14 de la Constitución Política. Esta garantía procesal en la actualidad, como ha sido explicado por Antonio do Passo Cabral, ha dejado de ser entendida únicamente en sentido formal como el derecho de las partes que incluye el conocimiento de los actos realizadas por la contraparte y la posibilidad de pronunciarse al respecto, sino ahora también incluye el derecho fundamental de las partes de generar influencia sobre las decisiones de los jueces, quienes se encuentran obligados de instaurar un verdadero debate procesal entre las partes y decidir en base a ello (2002, p.278).

En nuestro medio, Renzo Cavani explica que el derecho al contradictorio es un verdadero derecho fundamental que implica la participación de las partes en el proceso, a fin de influir en el desenvolvimiento y resolución del mismo, siendo el principal acto lesivo que podría vulnerar el derecho al contradictorio las decisiones sorpresa o *terza vía* (2012, pp. 289-293). Sobre ello, Álvaro Pérez Ragone señala que las decisiones sorpresas son aquellas que prescinden del debate trilateral (ambas partes y el juez) entre los sujetos del proceso, lo cual no puede ser considerada legítima, pues se ha emitido dicha decisión sin escuchar verdaderamente a las partes (2020, p.308)⁴².

En ese sentido, el derecho fundamental al contradictorio implica, además de la reacción de las partes frente a los actos procesales, el poder de influencia de las partes frente al juez, quien se encuentra obligado a decidir en torno al debate procesal suscitado.

En el caso de la SQD, el Tribunal Constitucional lo ha venido aplicando sin respetar el derecho al contradictorio, pues este lo ejecuta intempestivamente sin informar a las partes y sin que haya sido objeto de debate previo, impidiéndolas de participar respecto a las decisiones tomadas dentro del proceso constitucional.

Efectivamente, el Tribunal Constitucional no se ha preocupado por fomentar un verdadero debate entre las partes, a fin de que expresen lo conveniente a sus intereses respecto a la aplicación de la SQD. Simplemente aplica dicha figura perjudicando principalmente al demandado, quien no podrá ejercer ninguna influencia sobre el juez respecto a: i) por qué debería o no aplicarse la SQD en este caso; ii) por qué no debería

⁴².En la misma línea Camilo Zufelato señala que: “Así, la llamada prohibición de la decisión-sorpresa no es más que una dimensión del principio de contradicción, según la cual las partes no pueden ser sorprendidas por una decisión respecto a una cuestión que no ha sido expresada y previamente discutida, incluyendo lo referente a las tradicionales materias de conocimiento de oficio —las cuales, en una visión más tradicional del contradictorio, no dependían de la discusión previa entre las partes—. En otras palabras, la prohibición de la decisión sorpresa como contenido del contradictorio expresa la necesaria compatibilidad entre el deber de prestación jurisdiccional justa, célere y efectiva, y la participación para influenciar que es un derecho fundamental de las partes. El principio del contradictorio puede ser visto, entonces, a partir de dimensiones distintas: la de permitir la participación como expresión de la defensa de los propios intereses y la de ver en esa participación la capacidad de influir en el órgano juzgador. En la primera, encontramos la noción tradicional de notificación y participación; en la segunda, la noción de participación e influencia.” (2017, pp. 25-26).

corregirse la demanda en el sentido en que pretende el juez; iii) por qué la corrección realizada por el juez tampoco permite estimar la demanda; entre otros.

Inclusive, ello se agrava aún más, cuando la aplicación de la SQD se da recién en la sentencia. En estas situaciones, las cuales no son pocas⁴³, las partes se enteran de la decisión de los jueces por corregir la demanda del demandante cuando el proceso culmina, impidiendo así que el demandado pueda hacer uso de medios de defensa respecto a la corrección del juez al ser una decisión inimpugnabile.

Sobre este punto, podría argumentarse que únicamente cuando el Tribunal Constitucional aplica la SQD en la sentencia es que se vulnera el derecho al contradictorio del demandado, toda vez que si lo hiciese de manera previa y corriendo traslado a las partes respecto a su objeto de corrección se estaría salvaguardando dicha garantía procesal. Sin embargo, no estamos de acuerdo con dicha postura, pues, si bien el Tribunal Constitucional podría correr traslado a las partes respecto a lo que está corrigiendo, ello únicamente protegería el derecho al contradictorio en un sentido formal, es decir, que las partes tengan la posibilidad de pronunciarse respecto a cierto acto procesal, y no necesariamente se estaría optimizando el derecho al contradictorio como es entendido en la actualidad, es decir, la posibilidad de influenciar al juzgador a través de un verdadero debate procesal entre las partes, el cual es muy limitado en sede del Tribunal Constitucional (la última instancia revisora), a diferencia de lo que pueda ocurrir en primera instancia del Poder Judicial.

Asimismo, debemos tener en cuenta que la influencia que puedan tener las partes sobre el Tribunal Constitucional también sería muy limitada, toda vez que la imparcialidad del órgano jurisdiccional, en cuanto auxilia al demandante, ya se habría alterado irremediabilmente como será explicado a continuación. En ese sentido, el Tribunal Constitucional, a través de la SQD, necesariamente vulnera el derecho al contradictorio del demandado.

5.2. El derecho a ser juzgado por un juez imparcial

El derecho a ser juzgado por un juez imparcial es una garantía procesal prevista en el artículo 139.2 de la Constitución Política del Perú, la cual se compone principalmente por dos contenidos esenciales: i) la imparcialidad objetiva o *imparcialidad*, y; ii) la imparcialidad subjetiva o imparcialidad propiamente dicha. Al respecto, Antonio do Passo Cabral explica que la imparcialidad subjetiva implica la neutralidad del juez que resolverá la disputa respecto de los intereses que se están discutiendo en el marco del proceso. Es un mandato de distanciamiento del juez (principalmente) respecto a las partes y del objeto del proceso. Mientras que la *imparcialidad* se refiere a la exclusión que tiene el juez de realizar cualquier función que sea típica de las partes. Es decir, el juez, como tercero que resolverá el conflicto, se encuentra prohibido de realizar actos procesales que sean propios de las partes (2007, 341-347).

Sobre este último punto, Tania Martínez señala que un juez *imparcial* es aquel que no está permitido de “*sustituir a las partes en su deber en el proceso, debido a que no se encuentra en un mismo plano de igualdad con ellas*” (2010, p.6).

Como mencionamos anteriormente, el derecho a ser juzgado por un juez imparcial es indefectiblemente afectado por la aplicación de la SQD. En concreto, la SQD vulnera el contenido protegido referido a la *imparcialidad* por parte del Tribunal Constitucional, pues los magistrados actúan como verdaderas partes del proceso al momento que modifican actos procesales que le corresponden realizar únicamente al demandante.

⁴³ Ver STC No. 00314-2014-PHC/TC, STC No. 00612-2013-PA/TC, STC No. 00739-2011-PA/TC, STC No. 00859-2013-PA/TC, STC No. 1097-2020-PHC/TC, entre otros.

Cabe resaltar que las modificaciones que realizan los magistrados no son actos procesales sin importancia; todo lo contrario, los objetos de corrección de la SQD son los actos procesales más importantes de los demandantes, como es la demanda (en la cual se puede corregir las pretensiones, los fundamentos de hecho, la vía a la que se recurre), el recurso impugnatorio que ejerce para acudir al Tribunal Constitucional, entre otros.

En el momento en que los magistrados actúan con las funciones que tendría el demandante dentro del proceso, sustituyéndolo, se ve vulnerado flagrantemente la imparcialidad objetiva, modificando así la estructura del proceso que debería componerse por dos partes contrapuestas y un tercero imparcial. Sin embargo, con la aplicación de la SQD, ahora el sujeto que debería resolver de forma imparcial se encuentra en la posición de demandante.

6. Conclusión

Actualmente, la aplicación de la SQD en el Perú por parte del Tribunal Constitucional genera efectos negativos sobre nuestro ordenamiento jurídico y sobre la misma figura como una institución procesal que ha sido trasladada deficientemente a nuestro derecho. Por un lado, no solo contraviene los fundamentos y finalidades por los cuales se creó históricamente, sino que, además, su aplicación vulnera garantías procesales contenidas en nuestra Constitución Política.

.....

Referencias

- Azueta, M. & Betanzos, E. (2017). "El principio de estricto derecho en el juicio de amparo. Alcance y consecuencias del mismo conforme a la legislación, la doctrina y la jurisprudencia." En A. Pérez (Coord.) El principio de estricto derecho. Instituto de la Judicatura Federal. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/11/5297/10.pdf>.
- Carpio, E. (2004). "La suplencia de la queja deficiente en el amparo: Un análisis comparativo." En S. Castañeda (Coord.) Derecho Procesal Constitucional. Tomo II. Jurista Editores
- Castillo, L. (2005). Los principios procesales en el Código Procesal Constitucional. Actualidad Jurídica – Información especializada para abogados y jueces, (141). 141-146.
- Castro, J. (1953). La Suplencia de la Queja Deficiente en el Juicio de Amparo. Editorial Jus.
- Cavani, R. (2012). Combatiendo las "nulidades-sorpresa": el derecho fundamental del contradictorio en la perspectiva de la nulidad procesal. Gaceta Constitucional, (58), 288-296.
- Do Passo, A. (2007). Imparcialidade e imparcialidade. Por uma teoria sobre repartição e incompatibilidade de funções nos processos civil e penal. Revista de Processo, 32(149), 339-364.
- Do Passo, A. (2002). El principio del contradictorio como derecho de influencia y deber de debate. Traducido por Mario Monroy Palacios. Revista Peruana de Derecho Procesal, 14 (16), 261-278.
- Fix-Zamudio, H. (1993). Ensayos sobre el derecho de amparo. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Landa, C. (2018) Derecho Procesal Constitucional. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- López, N. (2017). "Suplencia de la queja en materia civil". En A. Pérez (Coord.) El principio de estricto derecho. Instituto de la Judicatura Federal. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/11/5297/10.pdf>.
- Martínez, T. (2010). La imparcialidad del juez respecto de la prueba de oficio. Revista de la Maestría en Derecho Procesal, 4 (1), 1-19.
- Meza, E. (2017). "La suplencia de la queja deficiente en el juicio de amparo". En E. Ferrer & A. Herrera (Coords). El juicio de amparo en el centenario de la Constitución Mexicana de 1917: Pasado, presente y futuro. Tomo I. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4317/38.pdf>.
- Mora, M. (2018). *Estructura y función de la suplencia de la deficiencia de la queja en el juicio de amparo en materia agraria* [Tesis de doctorado, Universidad Autónoma de Nuevo León]. Repositorio Institucional de la Universidad Autónoma de Nuevo León.
- Pérez, Á. (2020). La prohibición de decisiones-sorpresa: reinterpretación del iura novit curia desde el debido contradictorio. Revista Ius Et Praxis, 26 (2), 296-319.
- Zufelato, C. (2017) La dimensión de la "prohibición de la decisión-sorpresa" a partir del principio de contradicción en la experiencia brasileña y el nuevo Código Procesal Civil de 2015: reflexiones de cara al derecho peruano. Revista Derecho PUCP, (78), 21-42.
-

DOI: <https://doi.org/10.37768/unw.rid.03.01.006>Recensión de la obra: **“Principios de Derecho Ambiental y Agenda 2030”**

Editores: Yann Aguila, Carlos de Miguel, Victor Tafur y Teresa Parejo.

Fecha publicación: 17/09/2019

Editorial: Tirant lo Blanch

Colección: Esfera/1ª Edición / 424 págs. / Guaflex / Castellano / Libro

Isbn Papel: 9788413139531

Isbn Ebook: 9788413139548

Mg. Rodolfo Marcone Lo Presti¹

presti@alumni.uv.es

Universitat de València

Código ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2132-3127>

1. Introducción.

En la presente obra colectiva dirigida por Yann Aguila, Carlos de Miguel, Victor Tafur y Teresa Parejo intervienen diversas miradas de la academia iberoamericana del derecho ambiental. Es en nuestra región iberoamericana donde las luchas sociales y ambientales se viven con gran intensidad y desde esta región nace esta obra donde se busca desarrollar de forma sistemática y completa los principios del derecho ambiental internacional, en un contexto de crisis ecológica global, donde el derecho ambiental de los estados nacionales no logra contener o prevenir los daños ambientales significativos ocasionado por la acción antrópica de la sociedad de consumo industrial, ni logra revertir o mitigar los daños ambientales producidos por los procesos industriales y de consumo de nuestra sociedad. Entonces el derecho a vivir en un medio ambiente sano queda reducido a una utopía.

Los autores nos demuestran con cada uno de sus textos, que es de suma urgencia la codificación de principios medioambientales vinculantes en el orden internacional para lograr proteger el medio ambiente de forma eficiente y esta es la principal finalidad de la obra en cuestión. Para ello el insumo principal de la obra es el Proyecto de Pacto Global por el medio ambiente y la agenda 2030 de Naciones Unidas de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) que nos sirven como un sustento clave y flexible para lograr una efectiva protección de la biosfera de manera global y coordinada. La obra nos muestra que los consensos internacionales existentes serán más necesarios debido a la urgencia de encarar la situación climática y ambiental en todo el orbe.

Así las cosas nos encontramos frente a la disyuntiva de proteger el ecosistema y la vigencia de los derechos humanos, especialmente aquellos contenidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948. Entonces la codificación de principios ambientales internacionales es un anhelo que hoy tiene cauce por medio del denominado “Pacto Mundial por el Medio Ambiente”, una iniciativa internacional que busca sistematizar el acervo jurídico internacional relativo al derecho medioambiental.

¹ Doctorando en Universitat de València.

2. Análisis de la obra:

El libro comienza con un análisis sobre “El derecho a un medio ambiente sano o saludable en el derecho internacional”, donde el célebre profesor español Luciano Parejo Alfonso defiende la tesis de que el derecho a un medio ambiente sano es un derecho-deber que no se puede desatender del derecho a la vida como lo proponen los principios jurídicos del derecho ambiental; así desarrolla en este artículo las fuentes remotas del principio deber de cuidar el medio ambiente en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Humano” de 1971, luego en la Carta Mundial de la Naturaleza y la Declaración de Río. Finalmente, el citado autor concluye que los ODS recogen este principio-deber en varios de sus numerales(pp. 24 y siguientes).

A continuación, Teresa Parejo y Victor Tafur, quienes desarrollan el principio de integración, parten su investigación señalando que no existe definición clara de este principio, pero que su finalidad es diseñar un equilibrio entre los aspectos económicos, sociales y ambientales, por ello posee una faz procesal e interpretativa (pp. 69 y siguientes). A partir del Acuerdo de París sobre cambio climático y específicamente el principio de integración reconocido en el numeral 13 de los ODS, los autores señalan que el desarrollo sostenible no puede ser llevado adelante sin el principio de integración. De esta manera, los autores defienden la tesis de que el principio de integración es clave para comprender los ODS sostenidos en la Agenda 2030, principio que debe ser desarrollado de una forma sistemática y positiva en el derecho internacional, cuestión que reclaman los autores del texto.

La profesora Pilar Moraga Sariego trata el “Principio de equidad intergeneracional” y sostiene en su artículo que este principio se perfila en el marco jurídico internacional como uno de los más importantes. Así las cosas, Moraga denuncia que el eje filosófico de este principio se encuentra en tránsito desde el eje propiamente antropocentrista a un eje ecocéntrico, debido al acervo jurisprudencial internacional. Luego, referenciando el Acuerdo de París, donde este principio es reafirmado, la autora sostiene que la vulnerabilidad climática se vuelve un eje de preocupación internacional (pp. 85 y siguientes).

En el siguiente artículo se desarrolla el trabajo titulado “El principio de prevención” a cargo de Javier Gómez Lanz y Susana De Tomás Morales donde analizan este principio desde el Proyecto de Pacto Mundial para el Medio Ambiente (Art.5). En ese sentido, los autores desarrollan en su texto que los ODS pueden impulsar un fortalecimiento del principio de prevención del daño ambiental que es una de las reglas de oro del derecho medioambiental, y para ello analizan de forma sistemática los ODS número 13, 14 y 15 que sustentan directamente el principio de prevención (pp. 124 en adelante).

A continuación, Borja Sánchez Barroso analiza cómo el principio de precaución constituye una verdadera posibilidad para alcanzar los ODS, aunque el autor critica el enfoque débil adoptado en el Proyecto de Pacto Mundial para el Medio Ambiente siguiendo la doctrina clásica invocada en la Declaración de Río (1992) debido a la incertidumbre científica que se reconoce en este “enfoque débil” como coto para el desarrollo de este principio, el cual no está exento de discusión, cuestión que se analiza en el trabajo del autor (pp. 127 y siguientes).

Luego, en “Deber de reparar los daños medioambientales”, estudio desarrollado por Carlos de Miguel Perales, se sostiene que el principio de protección del medio ambiente no puede entenderse sin el desarrollo del deber de reparar el daño ambiental causado y recoge las fuentes internacionales identificables, así como los ODS vinculados con este principio.

Posteriormente, en el artículo “Contaminador paga”, desarrollado por Guillermina Yanguas Montero, se señala que este principio es recogido por el artículo 8 del Proyecto de Pacto Mundial para el Medio Ambiente, lo que significa un reconocimiento como principio general del Derecho Ambiental internacional. La autora pone en relieve que este principio debe ser interpretado según cada realidad social y económica del país en cuestión (pp.173 y siguientes).

En el trabajo intitulado “El principio de acceso a la información ambiental” Jesús Sedano Lorenzo sostiene que este principio reconocido en el artículo 9 del Proyecto de Pacto Mundial para el Medio Ambiente surgió en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y fue desarrollado posteriormente por la Declaración de Río (1992) y el Convenio de Aarhus (1998). Así, a consideración del autor, este principio fue profusamente aceptado en la legislación de la Unión Europea y también recientemente en la región iberoamericana gracias al Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe (2018). Para el autor, la consagración de este principio a nivel es importante y garantiza el incremento de los índices de “calidad democrática e institucional” (pp. 194 y siguientes).

Por otra parte, el profesor Ángel M. Moreno Molina analiza “El principio de participación pública”, mientras sostiene que este es uno de principios con mayor discusión doctrinaria y efectos procesales, muy ligado al principio del acceso a la información y la justicia ambiental, que dota de contenido a una “democracia ambiental”. Teniendo un gran radio de operatividad, debido a que el núcleo de este principio entronca con valores democráticos como la responsabilidad de los funcionarios y la transparencia (pp. 199 y siguientes).

Este principio está desarrollado ampliamente en el *soft law*, en iniciativas como la Carta Mundial de la Naturaleza, el Convenio de Aarhus y el Acuerdo de Escazú en Iberoamérica. Es importante destacar que el autor señala que este principio tiene una fuerte conexión con los ODS número 12 y 16. Precisamente, este último indica en la meta 1.7 que las decisiones de las autoridades deben ser participativas, inclusivas y representativas. Por ello este principio debe tener una operatividad y eficacia intermedia, o sea que la participación pública sea vinculante en cuanto a las respuestas a las cuestiones planteadas, obligando a la administración a dar razón de sus decisiones, cuestión de entera gravedad para la correcta función pública, susceptible de ser judicializado.

Más adelante, la profesora Marisol Anglés Hernández aborda “El principio de acceso a la justicia ambiental” y destaca que esta es una norma imperativa del derecho internacional cuya génesis se encuentra en diversos tratados, como la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículos 8 y 10), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 25) y el Convenio OIT N° 169 sobre Pueblos Indígenas y tribales (artículo 12). De modo que para la referida académica el principio 16 de los ODS garantiza el acceso a la justicia ambiental. Bajo el alcance de este derecho, los Estados deben realizar acciones positivas de protección ambiental y entregar medios jurídicos e institucionales eficaces (pp. 229 y siguientes).

La educación y la formación medioambiental son tratadas por Iñigo A. Navarro Mendizábal, quien señala que este principio surge en los años setentas durante la administración Nixon con la *Environmental Education Act* para luego ser acogida en diversos instrumentos de *soft law*. Desde estas coordenadas, la educación para la sostenibilidad ambiental y la resiliencia climática son esenciales. Finalmente, para Navarro es necesaria una educación de calidad que se relaciona con formación científica y ética.

Continuando con los trabajos, es importante reseñar los “Principios de investigación e innovación”, desarrollados por Isabel Hernández San Juan, quien menciona que la innovación es un principio de política ambiental y tiene un interés preponderante en la Unión Europea. Este principio se positiviza en el artículo 13 del Proyecto de Pacto Mundial para el Medio Ambiente, donde queda plasmada la idea de que las partes promoverán el conocimiento científico y las mejores formas posibles de proteger el medio ambiente, cuestión importante para orientar la política medioambiental, para la autor el cual se une con el ODS 4 sobre “educación ambiental” (pp. 268).

En el “Papel de los actores no estatales y entidades subnacionales”, Federico J. Ramos de Armas analiza la propuesta del artículo 14 del Proyecto de Pacto Mundial para el Medio Ambiente que busca comprometer a las Partes para que apoyen a actores no estatales y entidades subnacionales, o sea sociedad civil, agentes económicos, ciudades y regiones. Luego, el autor identifica las obligaciones que surgen de este artículo y la necesidad de que sea incluido en un tratado internacional vinculante.

En “Efectividad de las normas medioambientales”, la profesora María del Pilar García Pachón analiza el artículo 15 del Proyecto de Pacto Mundial para el Medio Ambiente que señala la obligación de adoptar normas medioambientales efectivas, asegurando su implementación y cumplimiento. Así, para dar respuesta a la crisis ecológica actual, las normas de protección ambiental deben estar dotadas de efectividad (pp. 291 y siguientes). Con posterioridad, la citada académica analiza la efectividad de las normas ambientales, el imperio de la ley y la necesidad de fundar un “Estado Ambiental de Derecho”(pp. 301 y siguientes).

Posteriormente, el profesor Antonio Fortes Martín desarrolla “El principio de resiliencia ambiental en el marco de los objetivos de desarrollo sostenible”. En este trabajo se asume la creciente importancia de la resiliencia, la adaptación y la recuperación en el contexto de la lucha global contra el cambio climático (pp.321 y siguientes). El autor indica que la resiliencia ambiental se entiende actualmente como un incipiente principio en el orden ambiental internacional que se puede derivar del principio de preservación de los recursos naturales (pp.329 y siguientes). Para el autor, la resiliencia es una garantía de la estabilidad e integridad frente a las perturbaciones climáticas.

En “El Principio de No Regresión del derecho ambiental y la agenda 2030”, Ángela María Amaya Arias determina que el alcance de este derecho se sustenta en el artículo 3 del Acuerdo de Escazú (pp. 341 y siguientes). Por otra parte, la autora señala que la eficacia del Principio de No Regresión en el ámbito internacional debe ser positivizado en un instrumento vinculante, como el Proyecto de Pacto Mundial para el Medio Ambiente quien lo incluye en su artículo 17.

Maria Antonia Tigre analiza en el “Princípio da cooperação” el origen y desarrollo de la cooperación ambiental,(pp. 355 y siguientes). Para la autora, el ODS 6 es esencial para entender este principio y el objetivo 17 donde la cooperación de comunidad - Estado estados y Estado - Estado se hace indispensable para el desarrollo sustentable (pp. 368 y siguientes). En este trabajo se concluye que el derecho internacional del medio ambiente recoge diferentes formas de representación, pero actualmente es imperativa la positivización a través de instrumentos vinculantes como el Proyecto de Pacto Mundial para el Medio Ambiente.

En “Diversidad de situaciones nacionales: principio de responsabilidades comunes pero diferenciadas”, Jose Luis Villegas Moreno sostiene que este principio encara la evidente tensión que existe entre desarrollo económico y protección del ecosistema, entendiendo que las visiones de las economías capitalistas hacen uso intensivo del ecosistema para los fines del desarrollo económico. Por esta razones la “sustentabilidad ambiental”, apoyado incluso en la Doctrina Social de la Iglesia (pp.372 y siguientes), es “un valor normativo significativo para fijar parámetros conforme a los cuales se debe distribuir la

responsabilidad entre países desarrollados y países menos favorecidos”(pp. 376). De este modo, el autor señala que el Proyecto de Pacto Mundial para el Medio Ambiente recoge este principio en el numeral 20 y lo relaciona con los objetivos 12 y 17 de los ODS (pp. 1387 y siguientes).

Por su parte, Luis Fernando Macias Gómez señala en “Supervisión de la implementación del Pacto Mundial para el Medio Ambiente” que la fuerza vinculante de los principios y la adecuación normativa son esenciales para su eficacia (pp. 397 y siguientes).

Para finalizar, en “El principio de integridad y unidad del Sistema Terrestre” Ana Barreira y Paulo Magalhaes sostienen que el Proyecto de Pacto Mundial para el Medio Ambiente representa un desafío práctico y conceptual significativo. De este modo, los autores señalan que los límites planetarios en el derecho internacional del medio ambiente han sido asumidos en diversos acuerdos multilaterales(pp. 409 y siguientes) siendo esta una senda correcta, ya que la tierra es un sistema cerrado y dotado de unidad. Por tanto, frente a una nueva perspectiva sobre el planeta, el sistema jurídico representa un mecanismo idóneo para afrontar la destrucción definitiva del ecosistema mundial.

3. A modo de conclusión.

Así las cosas nos encontramos frente a una obra de capital importancia para entender el nuevo sistema de Derecho Internacional Ambiental que surge de la mano de las emergencias climáticas, a la cual todos asistimos, y que obliga a repensar el papel de los actores estatales, sociedad civil y empresa humana en general.

La vida en la tierra se encuentra en peligro y el sistema jurídico debe responder de forma adecuada. Sabemos que la sociedad internacional supera en perfección las normas nacionales, lo cual indica un faro de esperanza, y también de urgencia para adoptar consensos planetarios en materia de protección, promoción y restauración del medio ambiente. Así las cosas, es de capital importancia de un texto multilateral y vinculante en el marco del derecho medioambiental internacional como lo es el Proyecto de Pacto global y que se reafirma y entrelaza con los ODS que se vuelven obligaciones positivas para los Estados.