

DERECHO CIVIL Y DERECHO PROCESAL NUEVAS TENDENCIAS

Libro homenaje a

Juan Morales Godo

COMITÉ EDITORIAL

Daniel Yacolca Estares
(Director)

Manuel Bermúdez-Tapia
Jesús Mori Condori
Julio Núñez Ponce



ACADEMIA
INTERNACIONAL
DE DERECHO
TRIBUTARIO

**DERECHO CIVIL Y
DERECHO PROCESAL**
NUEVAS TENDENCIAS

— Libro homenaje a —

Juan Morales Godo

DERECHO CIVIL Y DERECHO PROCESAL

NUEVAS TENDENCIAS

Libro homenaje a

Juan Morales Godo

COMITÉ EDITORIAL

Daniel Yacolca Estares
(Director)

Manuel Bermúdez-Tapia
Jesús Mori Condori
Julio Núñez Ponce



LÍBER
LEGALIS



ACADEMIA
INTERNACIONAL
DE DERECHO
TRIBUTARIO

**DERECHO CIVIL Y DERECHO PROCESAL. NUEVAS
TENDENCIAS. LIBRO HOMENAJE A JUAN MORALES GODO**

Colección: Tratados

DANIEL IRWIN YACOLCA ESTARES (*Director*)

Primera edición digital, setiembre 2023

- © 2023: Daniel Irwin Yacolca Estares (*Director*)
- © 2023: Estudio Daniel Yacolca S.A.C.
para su sello editorial Liber Legalis
Av. Alfredo Benavides 2975 Of. 810, Miraflores, Lima-Perú
Teléf.: 952 177 366
e-mail: estudiodanielyacolca@gmail.com
- © 2023: Academia Internacional de Derecho Tributario

Diseño y diagramación:

Carlos García
Janett Ruiz Rebaza

Hecho el Depósito Legal en la
Biblioteca Nacional del Perú N.º 2023-09215

ISBN: 978-612-48461-4-4

TODOS LOS DERECHOS RESERVADOS QUEDA PROHIBIDA LA REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL DE ESTA OBRA, BAJO NINGUNA FORMA O MEDIO, ELECTRÓNICO O IMPRESO, INCLUYENDO FOTOCOPIADO, GRABADO O ALMACENADO EN ALGÚN SISTEMA INFORMÁTICO, SIN EL CONSENTIMIENTO POR ESCRITO DE LOS TITULARES DEL COPYRIGHT.

COMITÉ EDITORIAL

DANIEL YACOLCA ESTARES
(*Director*)

MANUEL BERMÚDEZ-TAPIA
JESÚS MORI CONDORI
JULIO NÚÑEZ PONCE

RELACIÓN DE AUTORES

AUGUSTO MEDINA OTAZÚ

CARLOS JIMÉNEZ SILVA

CÉSAR RAMOS PADILLA

HÉCTOR MARTÍNEZ FLORES

HÉCTOR HUARANGA NAVARRO

HENRY CARHUATOCTO SANDOVAL

JESÚS MORI CONDORI

JORGE ANDÚJAR MORENO

JUAN CARLOS CENTURIÓN PORTALES

JULIO DURAND CARRIÓN

JULIO NÚÑEZ PONCE

LUIS GARCÍA MORI

MANUEL BERMÚDEZ-TAPIA

MARTÍN HURTADO REYES

MÁXIMO UGARTE VEGA CENTENO

PEDRO GRANDEZ CASTRO

VÍCTOR MALPARTIDA CASTILLO

ÍNDICE

- Presentación del libro por el Comité Editorial 13
- Prólogo Germán Small Arana 17

JUAN MORALES GODO, EL PROFESOR

- 01. El profesor Juan Morales Godo: procesalista, investigador,
divulgador y jurista feliz
JORGE ANDÚJAR MORENO 23

DERECHO CIVIL NO PATRIMONIAL

- 02. El derecho a la intimidad y la soberanía de la información per-
sonal en el siglo XXI
HENRY CARHUATOCTO SANDOVAL 29
- 03. Las reformas al derecho sucesorio en la postpandemia
JESÚS MORI CONDORI 45
- 04. Personas jurídicas. Derecho romano y derecho del siglo XXI.
“Homenaje al profesor Juan Morales Godo”
JUAN CARLOS CENTURIÓN PORTALES 57
- 05. La vida privada, los neuroderechos y el peligro ante el desa-
rrollo de las tecnologías de la información
JULIO NÚÑEZ PONCE 81
- 06. El derecho a la vida: visiones estadísticas de la realidad
LUIS GARCÍA MORI 97

| | | |
|-----|--|-----|
| 07. | La evaluación de las deudas y acciones en la liquidación de sociedad de gananciales MANUEL BERMÚDEZ-TAPIA | 123 |
|-----|--|-----|

**DERECHO CIVIL
PATRIMONIAL**

| | | |
|-----|---|-----|
| 08. | Problemas que plantea la contratación laboral a plazo determinada y la causa objetiva de la contratación CARLOS JIMÉNEZ SILVA..... | 143 |
| 09. | La impugnación de acuerdos de la junta general como derecho corporativo del accionista CÉSAR RAMOS PADILLA | 159 |
| 10. | La naturaleza jurídica de la factura negociable HÉCTOR HUARANGA NAVARRO..... | 187 |

**DERECHO PROCESAL
CIVIL**

| | | |
|-----|--|-----|
| 11. | El interés y legitimidad para obrar de los sindicatos ante situaciones límites AUGUSTO MEDINA OTAZÚ..... | 215 |
| 12. | Fundamentos del proceso de ejecución HÉCTOR MARTÍNEZ FLORES | 227 |
| 13. | El proceso civil en el Perú: visión constitucional, doctrinaria, histórica, ideológica JORGE ANDÚJAR MORENO..... | 247 |
| 14. | La prueba de los hechos en el proceso civil y la estructura de la premisa menor (premisa fáctica) en una decisión judicial MARTÍN HURTADO REYES | 271 |
| 15. | Los derechos humanos laborales ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos VÍCTOR MALPARTIDA CASTILLO | 319 |

**DERECHO PROCESAL ADMINISTRATIVO
Y TRIBUTARIO Y DERECHO JUDICIAL**

| | | |
|-----|---|-----|
| 16. | El arbitraje tributario y otros mecanismos de resolución de conflictos dentro de un debido proceso DANIEL YACOLCA ESTARES..... | 351 |
| 17. | Implicancias especiales en el procedimiento sancionador de protección al consumidor JULIO DURAND CARRIÓN..... | 369 |
| 18. | Vulneración de los derechos fundamentales y discriminación en emigrantes venezolanos del Perú MÁXIMO UGARTE VEGA CENTENO | 389 |
| 19. | Margen de apreciación nacional, diálogo judicial y argumentación racional: notas desde la experiencia peruana PEDRO GRÁNDEZ CASTRO | 409 |

PRESENTACIÓN

DEL LIBRO POR EL COMITÉ EDITORIAL

Rendir un homenaje a una persona académica, un correcto profesional y una mejor persona es complicado, especialmente porque los sentimientos de afecto y aprecio que el profesor Juan Morales Godo ha generado entre sus colegas, discípulos y amigos en general, no se limitan al presente libro.

Muestras de aprecio, de agradecimiento, de complementación a las investigaciones ejecutadas en vida, permiten detallar que la obra y producción jurídica de Juan Morales Godo es amplia, desarrollado especializaciones en varias áreas del Derecho.

Prueba de ello, es que los autores han procurado cubrir todos los espacios de enseñanza, de experticia, de investigación y de humanidad en los cuales ha participado un magnífico profesor, que en su momento fue Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, la universidad Decana de América.

El tratar de cubrir, lo que en vida fue el máximo deseo de un jurista, la mayor parte del Derecho, para estudiar y evaluar su desarrollo en una sociedad en constante cambio, comprendiendo la naturaleza del conflicto y su desarrollo en el ámbito sustantivo, procesal, administrativo y judicial, genera la impresión de que la producción elaborada no se limitará en el tiempo, al tener una visión de aplicabilidad en el futuro.

Los autores han desarrollado sus trabajos en las cuatro áreas de especialización del profesor Juan Morales Godo: “Derecho Civil no patrimonial”, “Derecho Civil Patrimonial”, “Derecho Procesal Civil” y “Derecho procesal administrativo y tributario y derecho judicial”.

En el ámbito del *derecho civil*, los autores han desarrollado textos que analizan varias áreas temáticas que analizan varios libros del Código Civil, siendo los temas abordados: El “derecho a la vida” a cargo del profesor Luis

García Mori. El estudio de la “vida privada, los neuroderechos y el contexto de las tecnologías de la información” con el profesor Julio Núñez Ponce. El análisis de la “intimidad y la información personal”, con el profesor Henry Carhuatocto Sandoval.

La “división de una sociedad de gananciales” es propuesta por Manuel Bermúdez-Tapia. Complementa la visión de especialización civil-familia Jesús Mori Condori con un texto que proyecta las futuras reformas en el derecho sucesorio. El análisis histórico-civil es desarrollado por Juan Carlos Centurión con un texto que evalúa el derecho romano en la actualidad.

La visión sobre el ámbito civil-comercial es desarrollada por los profesores Héctor Huaranga Navarro que evalúa a la “factura”. Complementa esta visión comercial, el trabajo de César Ramos Padilla, con la evaluación de los derechos de los accionistas en el ámbito de la dirección de una persona jurídica comercial. Finalmente, Carlos Jiménez Silva propone el análisis de la “contratación laboral” desde una perspectiva comercial-laboral donde el análisis del “contrato”, resulta ser el elemento esencial.

En un tercer momento, en mérito al área de mayor desarrollo del profesor Juan Morales Godo se analiza el contexto procesal civil, donde Jorge Andújar Moreno analiza el “proceso civil” en el país. Martín Hurtado Reyes propone el estudio de la “prueba” y su vinculación con el proceso, detallando varios elementos que inciden en su condición problemática.

Héctor Martínez Flores desarrolla el “proceso de ejecución” y Augusto Medina Otazú evalúa dos de las instituciones más significativas de la etapa inicial de todo proceso: “el interés y la legitimidad para obrar” vinculándolo a un contexto límite, donde participan *sindicatos*.

Desde una visión interdisciplinaria y también contemporánea, Víctor Malpartida Castillo evalúa el contexto de los “Derechos Humanos laborales” en el ámbito del Derecho Convencional, una de las áreas de mayor desarrollo jurídico en la actualidad, en función al desarrollo del diálogo jurisdiccional entre órganos judiciales nacionales con la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En la última parte del libro, Julio Durand Carrión, propone evaluar las “implicancias especiales en el procedimiento sancionador de protección al consumidor”, porque fue una de las áreas de especialización que se desarro-

lló en la última etapa profesional del profesor Juan Morales Godo, a raíz de la reforma constitucional en 1993, que permitió la creación del Derecho del Consumidor con la implementación del INDECOPI. Culmina con Daniel Yacolca Estares que propone la posibilidad de incluir el arbitraje tributario en el proceso tributario.

Daniel Yacolca Estares analiza el “arbitraje tributario” como un mecanismo alternativo de solución de conflictos sobre la base del contenido del debido proceso. Máximo Ugarte Vega Centeno analiza la afectación de los derechos de los emigrantes venezolanos en el país, tomando en cuenta el contexto social que ha vivido el país en los últimos años y Pedro Grández Castro finaliza el libro con un análisis del “margen de apreciación nacional”, que desarrolla una temática propia del derecho judicial y desarrolla elementos procesales y argumentativos, bajo la línea de trabajo del maestro Juan Morales Godo.

De este modo, los autores brindan un merecido homenaje a un gran maestro, un correcto profesional pero sobre todo un querido amigo.

Lima, marzo del 2022.

COMITÉ EDITORIAL

PRÓLOGO

Redactar el prólogo de un libro homenaje de quien fuera amigo y compañero de trabajo en la vida académica, no resulta fácil, porque se ha compartido tanto, que en la síntesis existencial, uno puede olvidar algún pasaje importante de su vida o trayectoria por su intenso trajinar por el campo del derecho, no solo por la evolución constante de nuestra legislación sino de la vida misma.

Corresponde recordar solo algunos pasajes de su vida y su quehacer académico en el campo civil y procesal civil, que de hecho describen a nuestro dilecto colega en parte de sus calidades, para completar su semblanza con mayor exactitud y deferencia contamos con cada uno de los docentes y amigos de Juan, que intervienen en este libro homenaje, que resaltan cualidades académicas y personales, en artículos en los que los autores desarrollan temática de las áreas del Derecho Civil No Patrimonial, Derecho Civil Patrimonial, Derecho Procesal Civil, Derecho Procesal Administrativo Tributario y Derecho Judicial en los que abarcan el estudio de la vida privada, análisis de la autoridad y la información personal, la división de una sociedad de gananciales que se complementa con una visión de especialización civil-familia con una proyección a las futuras reformas en el derecho sucesorio, de tanta preocupación e interés de nuestro distinguido maestro, doctor Juan Morales Godo.

Cabe destacar que el mayor desarrollo académico de Juan Morales Godo, lo encontramos en el ámbito procesal civil en el Perú, en el estudio de la prueba y su vinculación con el proceso y la implicancia del proceso sancionador de protección del consumidor que a la postre devino en la creación del derecho del consumidor con la implementación del INDECOPI, tal huella lo describe y justifica este libro de homenaje por su reconocida dedicación a la investigación y divulgación jurídica, resaltando entre otros trabajos de investigación la compilación sobre la demanda en la legislación peruana que generó una de sus obras más sobresalientes como investigador en el campo

procesal nominada, la postulación al proceso. Importantes los frutos de su labor de investigador.

Sin embargo, el espacio en el que puedo identificar remembranzas sin equivocación alguna es en el campo de la docencia y personal, ámbito en el que puedo significar que era un maestro que conciliaba con didáctica el conocimiento que compartía con sus alumnos, con quienes fácilmente generaba corrientes de empatía que permitía no solo un trato de mucha amabilidad sino de apertura al ser humano, tenía un espíritu jovial, amigo entrañable, que en las relaciones personales integraba no solo al grupo de amigos del campo del derecho, sino, de otras profesiones y actividades, siendo por lo tanto un enlace que unía fácilmente voluntades que conformaban grupos amantes de la amistad y de la vida misma.

En ese su avatar existencial, conocí a Juan, nos hicimos amigos y luego integrantes de ese grupo de profesionales de las ciencias jurídicas que cada fin de semana viajábamos por el Perú, impartiendo conocimientos del derecho en todas sus ramas en las diferentes Escuelas de Posgrado de las Facultades de Derecho del país, llevando cada uno de nosotros nuestra experiencia y conocimiento jurídico a las nuevas generaciones de maestros y doctorandos que hoy ejercen con mucha responsabilidad no solo la cátedra en las Facultades de Derecho en el ámbito nacional, sino, que se desempeñan con profesionalismo y entrega en las distintas reparticiones del estado como en la actividad privada.

En ese espacio, Juan era el coordinador y eje del grupo de profesionales que viajábamos cada fin de semana al interior del país, al que le pusimos el nombre de los “*Mochileros*” porque teníamos lista la valija de viaje, que no llevaba mucha ropa sino un terno, lo pesado del equipaje eran libros, laptop y materiales propios para impartir nuestras clases, en este intenso trajinar por la enseñanza del derecho, conocimos a excelentes profesionales con quienes en el tiempo hemos formado una amistad que perdura en el tiempo, en forma entrañable como promovía Juan, por ello sé que desde el cielo a donde viajó con su mochila tempranamente está pidiendo con su bondad y generosidad manifiesta, unidad, salud y entrega por el derecho al que dedicó su vida profesional, como muestra de ese esfuerzo, tenemos esta obra que en su homenaje se ha titulado “DERECHO CIVIL Y DERECHO PROCESAL. NUEVAS TENDENCIAS” que condensa no solo las opiniones y reflexiones sobre la

obra de Juan, sino que constituye un compendio de temas vinculados a la materia civil y procesal civil, realizados por un grupo de profesionales de reconocida trayectoria en el mundo del derecho y que por su contenido será material de consulta para quienes abrazan la carrera del derecho y la investigación jurídica.

Tuve la suerte de haber trabajado con Juan, no solo como docente en la Facultad de Derecho y Ciencia Política de San Marcos, sino como Director Académico cuando el dilecto colega ejerció el cargo de Decano, posteriormente, cuando tuve el alto honor de ser elegido Decano de nuestra Facultad, me acompañó en la gestión como Director de Extensión y Responsabilidad Social, labor que desempeñó con entusiasmo y entrega hasta los últimos días de su vida, mi agradecimiento personal, honor al mérito dilecto colega.

Adicionalmente, quiero significar que fui testigo que como padre, sus hijos fueron siempre su norte, amoroso con su familia, así lo comprobamos quienes compartimos reuniones en su casa, donde la amabilidad y alegría que lo caracterizaban nos permitió disfrutar no solo de buena música y buena mesa sino de alegre tertulia, por todas estas razones su amistad trasunta el tiempo, por ello lo recordamos con mucho afecto, por eso este libro homenaje, resulta ser un reconocimiento no solo a su meritoria labor de maestro y jurista, sino de amigo entrañable.

DR. GERMÁN SMALL ARANA
Past Decano

**JUAN MORALES GODO,
EL PROFESOR**



EL PROFESOR JUAN MORALES GODO: procesalista, investigador, divulgador y jurista feliz

Jorge Andújar Moreno

INTRODUCCIÓN

A propósito de un libro-testimonio sobre la Facultad de Derecho de San Marcos en los 80⁽¹⁾, tuve la oportunidad de trazar una breve semblanza académica del profesor de la Facultad de Derecho de San Marcos y ex Decano Dr. Juan Morales Godo.

En aquella breve nota que él solo vislumbró porque partió poco antes de su publicación, resalté su oportuna e inteligente intervención académica en una tesis de maestría sobre el pensamiento jurídico de Jesús de Nazaret, que él conocedor de los interesantes y controvertidos estudios jurídicos al respecto, sobre todo en Italia, supo defender y sacar adelante, a pesar de algunas observaciones sin mayor sustento. Hoy quiero ampliar aquella breve semblanza.

La investigación y divulgación del derecho procesal civil

Juan Morales Godo se nos presenta como un profesor que desarrolló en forma eficiente y con pasión dos de los rubros más importantes a lo que aspira todo maestro universitario: la investigación y la divulgación jurídica, en las dos disciplinas jurídicas donde se desempeñó: el derecho civil y el procesal civil.

Uno de sus primeros trabajos en esa dirección es *Acción, pretensión y demanda*⁽²⁾ en el cual reúne trabajos clásicos, imprescindibles del derecho procesal a nivel internacional y lo mejor de la doctrina nacional. Incorporó,

(1) Andújar, Jorge. *La Facultad de Derecho de San Marcos en los 80*. Lima. 2019.

(2) Morales Godo, Juan. *Acción, pretensión y demanda*. 2000. Lima. Palestra editores.

por ejemplo, la célebre prolucción del maestro italiano Giuseppe Chioven-
da, en la universidad de Bolonia en 1903, sobre *La Acción en el sistema de
derechos*, el cual marca el inicio del derecho procesal civil como disciplina
jurídica científica.

Asimismo, recogió ensayos de Hugo Alsina, Víctor Fairén Guillén y
Santiago Sentís Melendo (el gran traductor de los clásicos italianos). Mérito
especial de esta obra es haber incorporado un ensayo de Mario Alzamora
Valdéz, destacado humanista, filósofo católico y gran procesalista peruano,
a la manera de maestros como Francesco Carnelutti o Michelle Taruffo que
cultivaron con rigor y altura ambas disciplinas aparentemente disímiles.

A Mario Alzamora, profesor de San Marcos, se le pondera como el gran
iniciador de los estudios procesales en el Perú, el Jefe de Escuela – il caposcuola–.
Su ensayo escogido para la ocasión fue: *La acción como derecho autónomo*.

Esta compilación culmina con un trabajo del propio Dr. Juan Morales
sobre *La demanda en la legislación peruana*. Una meritoria investigación en
la que reúne vasta doctrina y derecho comparado para analizar en detalle el
primer acto procesal del proceso, a través del análisis pormenorizado del art.
424 del Código Procesal Civil.

Bajo esa misma línea, presentó *El saneamiento procesal*⁽³⁾ que reúne traba-
jos de consagrados procesalistas a nivel mundial como Alfredo Buzaid, Hum-
berto Briceño y Roberto Goldschmidt, entre otros. En este libro inserta al final
su ensayo sobre los *Deberes de los jueces en el nuevo Código Procesal Civil*.

En su calidad de investigador del Derecho Procesal Civil presenta una
obra unitaria y sólida: *La postulación del proceso*⁽⁴⁾, que se muestra como su capo
laboro, su libro insignia, su carta de recomendación al destino jurídico del país.

Analiza instituciones básicas del proceso civil como la demanda, los
presupuestos procesales, la acumulación, la intervención de terceros, excep-
ciones y defensas previas, la contestación de la demanda la reconvencción, sa-
neamiento procesal y fijación de puntos controvertidos, la conciliación y el
juzgamiento y conclusión anticipado del proceso.

(3) Morales Godo, Juan. *El saneamiento procesal*. Palestra. ed. Lima.1998.

(4) Morales Godo, Juan. *La postulación del proceso*. Instituto del Pacífico. 2020.

Es una obra voluminosa y concisa que revisa con pulcritud y orden cartesiano las instituciones de la primera etapa del proceso civil ordinario, hoy proceso de conocimiento. Realiza un análisis doctrinario de cada institución, con citas nutridas y rigurosas, que luego la escolta de jurisprudencia pertinente, tan necesaria y tan útil e imprescindible en esta disciplina judicial eminentemente práctica y netamente casuística.

El catedrático universitario y el fino humor en clase

Pocos profesores se inclinan por emplear el humor fino en sus clases. Este es sin duda un enorme reto, que muy pocos saben hacerlo, con la dosis adecuada y oportuna, en un aula de enseñanza universitaria. En verdad ¿Qué mejor lección que aquella que principia con una sonrisa motivadora del estudiante, que propicia la chispa del aprendizaje?

Para ello, sin embargo, hay que tener cualidades excepcionales. Hay que poseer estilo, un cúmulo de experiencia, y bastante prudencia y mucho tino. El Dr. Juan Morales Godo tenía todas esas cualidades, y en exceso.

Como catedrático exhibía siempre una sonrisa pronta en los labios. Incluso y sobre todo en sus clases, y esa buena disposición sabía trasmitirla a sus alumnos.

Narro al respecto una anécdota acaecida en la primera clase de postgrado en San Marcos, que la inició con una pregunta abierta y capciosa:

— *“¿Saben ustedes cuál es la diferencia entre patrimonio y matrimonio?”.*

Los alumnos permanecían callados, tratando de conocer al flamante y desenvuelto profesor. Rompiendo el hielo y el abismal ruido del silencio, inmediatamente contestaba:

— *“El primero es la suma de todos los bienes; el segundo la suma de todos los males”.*

Todos los alumnos estallaban de risa, y sabían desde ese momento que en aquél curso de Derecho Procesal Civil el aprendizaje serio y firme iba de la mano de la calidez del humor fino.

El hombre de derecho y la felicidad

Sus amigos, fuera del aula académica, lo reconocemos, entre otras características, por su risa alegre, franca, como un verdadero chalaco de nacimiento, y por sus nutridos y conocidos chistes jurídicos que gozaba contarlos. Uno muy conocido trataba de la diferencia entre lo legal, lo legítimo y lo justo en una situación realmente jocosa.

En medio de la preparación amable y metódica de una buena parrillada, acompañado de un robusto vino tinto, en su gentil casa de La Molina, ataviado de un severo mandil, se mostraba siempre como un hombre de derecho feliz.

El filósofo y procesalista inglés Jeremy Bentham propugnó la tesis de que la felicidad del hombre es la máxima aspiración del derecho. Incluso la Constitución de 1823, en su Título Preliminar, consignó como función suprema la promoción de la felicidad. Asimismo, Hans Kelsen, el enorme juriconsulto austriaco, creador del Tribunal Constitucional, a su turno, ha escrito y demostrado que la felicidad social es el objeto del derecho y de la justicia.⁽⁵⁾

Amparados bajo la amplia licencia de este marco filosófico-jurídico podemos afirmar que Juan Morales Godo fue un hombre de derecho que cumplió para sí el profundo mandato jurídico de ser feliz, rebosante de alegría, aun en los momentos duros de la enfermedad que lo consumía de a pocos. Y esa felicidad "*jurídica*", y sus importantes aportes académicos, en el libro y en la cátedra, y su conducta caballerisca nos convoca, nos obliga casi jurídicamente, a realizar este justo libro de homenaje.

(5) Kelsen, Hans. ¿Qué es la justicia? Fontanara. Mex. 1991.

**DERECHO CIVIL
NO PATRIMONIAL**



EL DERECHO A LA INTIMIDAD Y LA SOBERANÍA DE LA INFORMACIÓN PERSONAL EN EL SIGLO XXI

Henry Carhuatocto Sandoval (*)

“La posición cómoda que asume el hombre-masa que se niega asumir su libertad por temor a ella, porque de hacerlo él sería el responsable de la construcción de sí mismo, El hombre contemporáneo se niega a ello, y la sociedad con los poderes establecidos ejerce una presión permanente, encandilando al ser humano, como los cantos de sirena, haciendo que se olvide de sí mismo, alienándolo.” ⁽¹⁾

1. INTRODUCCIÓN

En 1995, el profesor Juan Morales Godo publica “*El derecho a la vida privada y el conflicto con la información*” en pleno gobierno de Fujimori con una nueva Constitución y la Universidad Nacional Mayor de San Marcos ocupada por los militares y el liberalismo económico imponiéndose en la academia como medio de salvación de un país que había salido de una hiperinflación y de un conflicto armado que si bien se obtuvo la victoria fue a un alto costo humano y de infraestructura de servicios públicos pero también una sociedad que al buscar reconstrucción nacional y pacificación se encontró un gobierno autocrático que controló no solo los medios de comunicación sino la información personal de los adversarios. En ese contexto, era vital fijar los límites entre lo que es información de carácter público y de interés

(*) Doctor en Derecho y CC.PP y Magister en Derecho Constitucional y Derechos Humanos por la UNMSM. Profesor del Post Grado de Derecho UNMSM.

(1) Morales Godo, Juan. El derecho a la intimidad. Grijley. Lima-Perú. 2002. P. 16-17.

general de aquella que pertenece a nuestro fuero íntimo y reservado como son nuestra información personal que solo nos compete a nosotros revelar o compartir ante nuestro círculo social y la sociedad como sería el conocimiento sobre nuestras relaciones afectivas, miedos, preocupaciones, méritos, autorías, identidad sexual, conflictos familiares, enfermedades, pensamientos religiosos, políticos, intereses, gustos personales, fobias, etc.

2. ANÁLISIS

El maestro Espinoza Espinoza dice: “El derecho a la intimidad es una situación jurídica en la que se tutela el espacio individual u familiar de privacidad de la persona, conformados por experiencias pasadas, situaciones actuales, características físicas y psíquicas no ostensibles y, en general, todos aquellos datos que el individuo desde que no sean conocidos por los demás, porque de serlo, sin su consentimiento, le ocasionarían incomodidad y fastidio.”⁽²⁾ Si bien el ser humano tiene una naturaleza social que resulta clave para su supervivencia y forma parte de su felicidad y bienestar, también es cierto que requerimos de espacios personales, íntimos y privados donde podamos compartir con unos pocos o nosotros mismos asuntos que solo nos interesan a nosotros y no deseamos compartirlas con otros ni con la sociedad en general sea porque nos puede generar rechazo y persecución o porque sencillamente queremos por tener una personalidad introvertida o ermitaña tener un bajo perfil social para pasar inadvertido en lugares públicos o simplemente no queremos llegar al reconocimiento social en razón a temas que están reservados a nuestra vida personal o familiar.

Advirtamos que la protección del derecho de intimidad no está condicionada como parece entenderlo Espinoza Espinoza a que nos cause un perjuicio sino al deseo de mantener en reserva determinada información que solo nosotros sabemos o que lo sabe un círculo muy pequeño de nuestro entorno como por ejemplo podría ser las personas con las que un día tuvimos un romance, los episodios de una enfermedad, la crisis que pudimos sufrir por el fallecimiento de un familiar, la riña trivial que tuvimos con un familiar o amigo, los defectos físicos que podemos tener y no son notorios, las comunicaciones íntimas que tenemos por mensajería con una persona sobre asun-

(2) Juan Espinoza Espinoza, Juan. Derecho de las Personas. Gaceta Jurídica. Lima-Perú. 2004. p. 326.

tos personales, las consultas al médico o abogado, los detalles sobre nuestras relaciones sexuales o parejas sexuales, los gustos o fobias no públicas que solo nuestro entorno íntimo conocen, las imágenes o vídeos de situaciones personales o familiares que no tienen ninguna relevancia social, entre otras. En ese sentido, la revelación de que somos los autores de una obra importante para la sociedad o que hemos estado involucrados sentimentalmente con una persona famosa podría generarnos un reconocimiento social positivo y sin embargo al no haber sido deseado ni autorizado la publicación de los correos personales o imágenes que contenían esa información debe ser sancionada ejemplarmente pues es una violación a un derecho fundamental en nuestra sociedad.

El maestro Morales Godo dice: “George Orwell, en su obra 1984, había vislumbrado el peligro de determinados sistemas políticos que ejercían un control estricto sobre los miembros de la sociedad, a través de los sistemas educativos y, además, valiéndose de los adelantos de la ciencia (circuitos cerrados de televisión de la época en que escribió la novela -1948; la información de recién se desarrollaba) ejercer un control sobre los actos cotidianos, en especial, de aquellas personas contrarias al sistema. Hoy en día, ese peligro se ha incrementado por los diversos inventos para captar imágenes desde largas distancias, para escuchar conversaciones a través de aparatos miniatura, por la invención telefónica, por la informática que recoge datos de toda la vida de la persona y que, como hemos indicado, organizados permiten tener un perfil de comportamientos de la persona, en especial cuando se organizan los llamados datos sensibles (convicciones religiosas, filosóficas, ideológicas, políticas) que puede originar distorsiones sobre la identidad de la persona y, por ende, una transgresión a su libertad.”⁽³⁾ Sin duda, la película “*El dilema de las redes sociales*” dirigida por Jeff Orlowski, lanzada vía Netflix el 9 de septiembre de 2020, pone en evidencia que los temores del doctor Morales sean hecho realidad pues Facebook y compañías similares han logrado ingresar a nuestra vida personal y familiar y utilizar esa información no solo para vendernos productos sino incluso para modificar nuestras conductas políticas y determinar las elecciones de un país tan poderoso como EE.UU así como atizar rencores y odios entre grupos de la sociedad.

(3) Morales Godo, Juan. El derecho a la vida privada y el conflicto con la información. Grijley. Lima-Perú. 1995. P. 38-39.

Por esto es que siguen vigentes las reflexiones de Morales Godo cuando dice: “el reto de la humanidad, consideramos, está actualmente en la respuesta que podamos encontrar a la pregunta que se formulara Berthand Russel⁽⁴⁾ a fines de la década del 40: ¿Cómo podemos combinar el grado de iniciativa individual necesario para el progreso con el grado de cohesión social indispensable para sobrevivir? La respuesta a esta trascendental pregunta está condicionada a la concepción filosófica del hombre que, a su vez, repercutirá sobre la concepción jurídica del ser humano como sujeto de derecho y como persona y los derechos que le brinde el sistema jurídico, además de los aspectos ideológico-políticos implicantes.”⁽⁵⁾ Y es que, sin duda, la tecnología de la información ha avanzado tan rápido que los Estados han sido desbordados por las empresas trasnacionales vinculadas a la internet, redes sociales y negocios virtuales lo que no solo está repercutiendo en la economía con el nacimiento de nuevas formas de monedas (las electrónicas) sino especialmente en el manejo de nuestros datos personales que quedan registrados en las buquedas de internet que hacemos, el uso de redes sociales, mensajería así como las plataformas electrónicas para servicios que solicitamos. Nuestra información personal sobre nuestro afecto a determinadas personas, cosas o ideas está siendo registrada y sistematizada por estas empresas y mediante algoritmos nos empiezan a ofrecer bienes, servicios e incluso persuadir a que hagamos una determinada acción social o política.

Y aquí cabe preguntarnos hasta qué punto es legítimo que las redes sociales puedan usar nuestra información personal como datos escritos, likes, dislikes, fotos, vídeos y comentarios para que pueda ser usada sin nuestro conocimiento y brindada a terceros para describir nuestra personalidad, no sería esta forma de sistematizar y utilizar la información personal una forma de violar nuestro derecho de identidad en razón a que no hemos autorizado ni dado nuestro consentimiento para que le den dicho uso. El debate no acaba con el solo hecho de descargar responsabilidad porque se diga que al ser el perfil del usuario público ello da permiso el seguimiento de todas las interacciones de un usuario de una red social (“stalkearlo” profesionalmente) pues eso es una intromisión directa a nuestra esfera íntima y personal que es

(4) Russell, Berthand. *Autoridad e individuo*. Fondo de Cultura Económica. México. 1940. p. 9.

(5) Morales Godo, Juan. *El derecho a la vida privada y el conflicto con la información*. Grijley. Lima-Pe-
rú. 1995. P. 50.

irrenunciable y no hemos autorizado de ser compartida con terceros con fines comerciales o políticos sin nuestro consentimiento previo, libre e informado.

En ese sentido, dice el maestro Morales que “Kant, concibe al hombre como sujeto, no como objeto. A esta concepción del hombre sujeto lo llama persona. El hombre no es objeto pensado, él es el que piensa. El yo siempre se distancia de sí mismo. El objeto siempre está fuera de él. Si el yo no puede referirse a algo externo, significa que es un fin en sí mismo. El objeto pasivo. El sujeto activo. Es actuando como comprobamos el yo. La Razón de la acción supone un imperativo categórico, sujeto a sí mismo. El yo es libre, no está determinado, es vacío. La forma del yo es la libertad, por ello es que el hombre no puede ser medio. Las cosas sólo son medios. El hombre cuando es tratado como medio se cosifica, pierde dignidad.”⁽⁶⁾ En ese sentido, no podemos explotar de manera indiscriminada la información personal contenida en redes sociales con el fin de promover actividades comerciales o políticas porque resulta contrario a una ética donde el ser humano es fin y no un medio para satisfacer necesidades de otros en perjuicio del derecho de intimidad de los usuarios de las redes sociales.

Y eso nos permite arribar a una nueva forma de propiedad del siglo XXI, el de nuestra información personal que circula en internet y redes sociales como son datos, hechos, búsquedas, imágenes, vídeos e interacciones sobre las que deberíamos tener control y cualquier uso que pueda hacer un tercero debe ser autorizado por el titular de los datos caso contrario nos convertiríamos en una mercancía o medio al ser humano derrumbándose con ello el fin de toda democracia.

Para comprender el fenómeno de las redes sociales y su impacto en el derecho de intimidad vale pena visionar el documental sobre el escándalo que hubo entre Facebook y Cambridge Analytica, llamado “*El Gran Hackeo (o Nada es Privado)*” dirigido por Jehane Noujaim y Karim Amer, donde muestra a los seres humanos como mercancía por la información que proporcionamos en cada “clic” que hacemos en las redes sociales y que se usa para predecir nuestro comportamiento dándole a las empresas y terceros mi pulso emocional que les permite orientarme a elegirlos por encima de otros. Sin

(6) Morales Godo, Juan. El derecho a la vida privada y el conflicto con la información. Grijley. Lima-Perú. 1995. P. 53.

duda, el ser humano queriendo escapar de la soledad y el individualismo de la postmodernidad y retornar a la comunidad se encontraron con el camino fácil de las redes sociales que nos ofrecían el placebo de sentirnos acompañados al instante sin estar físicamente al lado del otro e incluso como guardián de nuestros recuerdos y contactos para no perderlos de vista.

Probablemente, Morales Godo viendo este fenómeno social hubiera repetido lo que dijo hace varias décadas atrás: “Este proceso de masificación es un fenómeno universal que se encuentra presente en la sociedad contemporánea sin distingos de ideologías, sin distingos de clases sociales. El hombre-masa existe en oriente y occidente, en las clases sociales altas e inferiores; obedece a una característica especial ya señaladas por Ortega y Gasset: “... este hombre-masa es el hombre previamente vaciado de su propia historia, sin entrañas de pasado y, por lo mismo, dócil a todas las disciplinas llamadas “internacionales”. Más que un hombre, es sólo un caparazón de hombre construido por meros *Idola fori*; carece de un “dentro”, de una intimidad suya, inexorable e inalienable, de un yo que no se puede revocar. De aquí que esté siempre en disponibilidad para fingir ser cualquier cosa. Tiene sólo apetitos, cree que tiene sólo derechos y no cree que tiene obligaciones: es el hombre sin la nobleza que obliga –sine nobilitate–snob.”⁽⁷⁾

Y eso me recuerda, el capítulo “*Caída en picada*” (“Nosedive”) de la serie “**Black Mirror**” donde se aprecia que la naturaleza social y la necesidad de reconocimiento nos ha vuelto adictos a las redes sociales al punto que hemos sacrificado parte de nuestro fuero personal y familiar con tal de obtener atención y liberando información que luego es utilizada por las empresas dueñas de redes sociales para conocer y predecir nuestro comportamiento y tratar de seducirnos a tomar determinadas decisiones económicas o políticas que solo nos hubieran podido convencer nuestro entorno más cercano que ahora ha sido reemplazado por un algoritmo y el interés comercial de las empresas. En otras palabras, cuando una chica publica una foto de ella en la playa con una ropa de baño determinada y un comentario feliz buscando llamar la atención de un pretendiente, esta información puede ser procesada instantemente por la red social que termina enviándole información comercial sobre lugares turísticos, ropa similar y probablemente dando sus datos personales a una em-

(7) Morales Godo, Juan. El derecho a la vida privada y el conflicto con la información. Grijley. Lima-Perú. 1995. P. 59.

presa especialista en buscar pareja para que le haga una casual llamada, además de guardar los datos para en épocas electorales mostrarte un candidato con gustos aparentemente similares a los tuyos.

Esta es la razón por la que Morales Godo señaló: “El peligro del control de la información lo había vislumbrado Orwell, en 1984, cuando profetizaba que el futuro de la humanidad sería un control de la vida de las personas a través de los avances tecnológicos. Evidentemente que, Orwell, no avizoró el desarrollo inusitado de la informática, pero a la descripción que hace en su relato podríamos agregarle el peligro de la computadora, como instrumento de monopolio de la información y consecuentemente de dominio sobre las personas. Sin embargo, el proceso de desarrollo de la informática, lejos de convertirse en las sociedades occidentales en monopolios, lo que ha ocurrido es todo lo contrario, es decir, se ha democratizado el uso de las computadoras. Existe un uso generalizado, cada vez mayor, de las computadoras personales y con las redes informáticas y las terminales inteligentes se ha logrado descentralizar el poder informático.”⁽⁸⁾

La película “*Searching*” (2018) dirigida por Aneesh Chaganty filmada desde la mirada de pantallas de celulares y computadoras muestra como la sociedad del siglo XXI está totalmente ensamblada a las redes sociales y la tecnología al punto que manejan información vital que pueden ponernos en enorme peligro al ser fuente de información para secuestradores y pederastas, pero también insumos necesarios para poder rescatar a las víctimas y atrapar a sus captores. Y ya sabemos que la “inteligencia artificial” no es dañina o beneficiosa todo depende del uso que permitamos que hagan de la información que se recolecta en las redes sociales, plataformas electrónicas y buscadores.

“*Her*” (2013) dirigida por Spike Jonze y “*Blade Runner 2049*” (2017) dirigida por Denis Villeneuve tienen en común ser películas que muestran como la tecnología va permitir que nuestros gustos y apegos sean conocidos con tanto detalle por una plataforma electrónica que con los algoritmos adecuados responda a nuestras necesidades afectivas y nos permitan adquirir servicios requeridos y otros “sugeridos”. La distopía de llegar a tener “un trato de pareja”, “amigo” o “de familia” con uno de estos aplicativos no estaría

(8) Morales Godo, Juan. El derecho a la vida privada y el conflicto con la información. Grijley. Lima-Perú. 1995. P. 78-79.

muy lejana en los casos donde las personas sufran de dependencia emocional o aislamiento. El otro problema, además del psicológico, es que la información personal e íntima que se comparte con la inteligencia artificial podría tener acceso el administrador de la aplicación informática (ap) y utilizar dicha información con fines comerciales o políticos afectando el derecho de intimidad de los usuarios.



Actualmente, aunque no lo crean existe una aplicación llamada “**Replika**” que vienen usando más de 10 millones de personas para poder combatir la soledad o eventualmente para poder darle la personalidad de un familiar o amigo difunto, lo que en plena pandemia Covid-19, ha sido un escape al luto y duelo que viven muchas personas.⁽⁹⁾ Otras vez nuestra pregunta es cómo se está custodiando esta información tan sensible que puede manejar esta plataforma sobre nuestros difuntos y nosotros mismos en caso que la usemos. De hecho, sin ir tan lejos ha habido duros cuestionamiento a la seguridad de comunicaciones en la plataforma de videoconferencias del Zoom y el WhatsApp que aparentemente estaban permitiendo que se filtre información a

(9) Cfr, El País. Lucas es cariñoso y atento, pero no es humano: así fue el mes que pasé junto a una inteligencia artificial. Enlace: <https://elpais.com/tecnologia/2021-03-01/eres-mi-osito-de-peluche-y-el-de-nadie-mas-un-mes-saliendo-con-una-inteligencia-artificial.html> (Consultado el 21 de noviembre de 2021).

terceros.⁽¹⁰⁾

Un adelantado a su tiempo como Morales Godo diría: “Existe la facilidad material, a través de la informática, de captar y organizar información respecto a hechos que corresponden a la vida privada de las personas, especialmente los llamados “datos sensibles”, es decir, aquellos referidos a las convicciones religiosas, ideológicas, políticas. ¿Cuál es el peligro? El peligro es que aquellos datos sean utilizados por particulares o entes públicos, con los cuales construyan idealmente una personalidad, y como consecuencia de ello la persona sea objeto de discriminación, persecución, desprestigio y de distorsión de su identidad. Consecuentemente, lo que está en peligro es la libertad de la persona.”⁽¹¹⁾ En la película “*Philadelphia*” (1993) dirigida por Johathan Demme justamente es muy ilustrativa sobre la discriminación por razones de opción sexual pero lo mismo puede ocurrir por motivos religiosos, hábitos nocturnos, enfermedades crónicas no contagiosas, estado de embarazo o ideas políticas son un problema no superado por nuestra sociedad por lo que muchos se reservan dicha información al momento de ser entrevistados y sería una afectación al derecho de intimidad que el empleador obtenga dicha información sin su consentimiento por ejemplo revisando el correo institucional cuando el asunto indica resultados de consulta médica.

Y entramos a la debatible decisión del Tribunal Constitucional de “reconocer la facultad del empleador de fiscalizar e intervenir en el correo electrónico institucional si es que previamente ha comunicado al trabajador tanto de la posibilidad de la monitorización de sus comunicaciones a través de este medio, así como de las condiciones de uso permitido por la empresa. Claro está dicha intervención debe respetar ciertos criterios, los cuales se encuentran relacionados con el respeto del principio de proporcionalidad entre el fin que se persigue lograr con dicha intervención y la intensidad de la eventual vulneración o amenaza de violación del derecho fundamental al secreto e in-

(10) El País. Los problemas de privacidad y seguridad sacuden el éxito de Zoom. Enlace: https://elpais.com/retina/2020/04/06/innovacion/1586169223_190951.html(Consultado el 21 de noviembre de 2021).

(11) Morales Godo, Juan. El derecho a la vida privada y el conflicto con la información. Grijley. Lima-Perú. 1995. P. 317.

violabilidad de las comunicaciones.”⁽¹²⁾ En ese contexto, resulta evidente que no podrá revisar los correos cuyos remitentes sean de centros de salud, abogado o contactos familiares declarados como pareja, hijos o padres así como instituciones académicas pues la información que pueden contener puede presumirse personal y no relacionada al centro labores siendo injustificado que pueda revisarlos.

Recordemos nos diría el maestro Morales Godo que “la protección es a la reserva, al sigilo en el manejo de la información que ciertos profesionales, el desempeño de sus funciones reciben de sus clientes, pacientes o personas en general. Algunas actividades profesionales implican la recepción de informaciones respecto de la vida privada de las personas, muchas veces de lo más íntimas, por parte del profesional, y éste en la obligación de reservarlas del conocimiento público. Los sacerdotes, los médicos, los abogados, entre otros oficios y/o profesiones, reciben información de los feligreses y/o clientes respecto a sus asuntos personales y familiares de lo más delicados, y que los confiesan por la naturaleza de la actividad profesional, confiando en la reserva que se va mantener sobre los mismos. (...) Nuestra posición es de amplia protección al secreto profesional, aun a costa del sacrificio de otros bienes de altísimo valor. Está de por medio la libertad de la persona que confía hechos de su vida privada a profesionales, muchas veces por necesidad existencial o de salud física. Relativizar el secreto profesional es crear una situación de incertidumbre para el ser humano, quienes, por convicciones religiosas, por necesidades psicológicas, económicas, de salud, etc., se ven precisados a poner en conocimiento hechos de su vida privada confiados en el secreto profesional.”⁽¹³⁾ Coincidimos con su opinión pues determinados oficios reclaman una relación de confianza, reserva y protección de los datos personales del patrocinado, paciente o feligrés que en caso de existir excepciones generaría una vulneración al derecho no solo de intimidad sino del derecho de defensa, salud mental e identidad religiosa lo que se ve magníficamente representado en la película “**Yo Confieso**” (1953) dirigida por Alfred Hitchcock donde un sacerdote recibe la confesión de un criminal y tiene que respetar el secreto de la confesión incluso en perjuicio personal.

(12) Fundamento 29 y 30 del Pleno de la Sentencia 412/2020 del Tribunal Constitucional.

(13) Morales Godo, Juan. El derecho a la vida privada y el conflicto con la información. Grijley. Lima-Perú. 1995. P. 328-329.

Y de la máxima protección al derecho intimidad queremos mostrarles el peor caso de vulneración de derecho a la intimidad que ha conocido nuestra justicia que se produjo con la transmisión a las nueve de la noche, en el programa de “Magaly TV”, del reportaje “**Las Prostedettes**” donde supuestamente se buscaba demostrar una red de prostitución en el vedettismo nacional, y que para ello era necesario mostrar a una bailarina, justamente manteniendo relaciones sexuales sin autorización legal para hacerlo. Supongamos que estuviese permitida la filmación de la persona en la habitación de un hotel, tal como sucedió en este caso, ¿se faculta, aun así, que el medio de comunicación pueda mostrar las partes íntimas de la persona involucrada? En el vídeo emitido se observa con claridad cómo se desnuda –sin saberlo– frente a la cámara, y son vistas sus partes más íntimas (zonas pudendas), sin que se busque evitar tal hecho. Las únicas imágenes cubiertas (a través de un cuadrado negro en la pantalla) fueron las del rostro de la persona que mantuvo relaciones con la vedette. Queda claro, además, que no hubo consentimiento para la filmación y menos para la difusión del vídeo y esto hace aún más ilícito el reportaje.⁽¹⁴⁾ Simplemente avergüenza tener un periodismo de farándula que transgreda sin ningún reparo un derecho fundamental tan importante como la intimidad y vida privada de las personas. Lo lamentable es que la historia se ha vuelto a repetir cuando la conductora Magaly Medina ha vuelto a transmitir una escena sobre el caso de “Melissa Paredes” y su pareja donde se observa a la hija menor cercana a ellos captada posiblemente por un drone, lo cual nos interpela a preguntarnos sobre los límites éticos en el uso de estas máquinas por parte de los medios de comunicación y como podría afectar el derecho intimidad dentro de nuestros hogares y el interés superior del niño como se afecta cuando se expone la vida privada de sus padres por televisión nacional.⁽¹⁵⁾

Ahora los sentimientos que pueden sentir una persona al verse expuesta su intimidad personal o familiar porque lo filmaron dentro de un hospedaje o hicieron públicos sus mensajes subidos de tono con una amiga o los mensajes personales que pueden tener con su esposa o amigos pueden no solo generar un daño moral sino además un daño al proyecto de vida profesional. En pala-

(14) Fundamento 46 y 47 de la Sentencia N° 6712-2005-HC/TC.

(15) El Comercio. Melissa Paredes y Rodrigo Cuba fueron captados juntos en su vivienda tras el “ampay” de conductora con bailarín. Enlace: <https://elcomercio.pe/tvmas/farandula/melissa-paredes-y-rodrigo-gato-cuba-son-captados-juntos-en-su-vivienda-tras-ampay-de-conductora-con-bailarin-anthony-aranda-video-farandula-ndc-noticia/> (Consultado el 21 de noviembre de 2021).

bras de Morales Godo “debemos desarrollar el concepto de daño a la persona, para contraponerlo al del daño patrimonial, y que el daño moral continúe bajo los mismos lineamientos con que ha sido tratado, restrictivamente, limitándolo al dolor. Y, si bien entre el daño a la persona y el daño moral existe de común la naturaleza extrapatrimonial, el daño a la persona sí puede tener significación económica, aunque no medible pecuniariamente, especialmente cuando se trastoca la capacidad laboral futura de la persona; en cambio, en el daño moral no existe significación económica alguna, ni puede ser medible pecuniariamente.”⁽¹⁶⁾ Este por ejemplo fue el caso de la conductora Sheyla Rojas cuando se filtraron los mensajes personales entre ella una ex amistad en que contaba su relación con el deportista Luis Advíncula, situación que fue hecha pública por el programa “Magaly TV: La Firme” y cuya consecuencia laboral fue su separación definitiva del programa “Estás en todas” en septiembre del 2020.⁽¹⁷⁾

Así entonces “el daño a la persona se produce cuando se atenta contra la integridad psicológica y física de la persona, produciendo fundamentalmente daños espirituales, pero que también pueden tener repercusión económica en la vida de la persona, aún cuando dicho daño no puede ser mensurado pecuniariamente. En ese sentido la transgresión del derecho a la vida privada de la persona tiene una repercusión esencialmente espiritual, que afecta a la moral, sin embargo, ello no descarta que produzca en determinadas circunstancias perjuicios económicos, aún cuando los mismos no puedan ser compensados pecuniariamente. (...) Sin embargo, estos daños económicos y de otro orden, pueden producirse cuando se es objeto de discriminación en razón de la captura de datos concernientes a la vida privada que brindan un perfil de la personalidad, real o distorsionado. En efecto, las sociedades tienden a marginar a las personas cuestionadoras del orden social, o que pertenecen a agrupaciones políticas o ideológicas que propugnan un cambio del sistema político. Esta marginación suele tener una repercusión económica.”⁽¹⁸⁾ Sin duda, se observa

(16) Morales Godo, Juan. El derecho a la vida privada y el conflicto con la información. Grijley. Lima-Perú. 1995. P. 369.

(17) El Comercio. Sheyla Rojas estará fuera de “Estás en todas” por un tiempo, así lo confirmó América Televisión. Enlace: <https://elcomercio.pe/tvmas/television/sheyla-rojas-estara-fuera-de-estas-en-todas-por-un-tiempo-confirma-america-television-luis-advincula-magaly-medina-nndc-noticia/> (Consultado el 21 de noviembre de 2021).

(18) Morales Godo, Juan. El derecho a la vida privada y el conflicto con la información. Grijley. Lima-Perú. 1995. P. 376.

esa repercusión cuando luego del “Ampay” de la supuesta infidelidad de Melisa Paredes captadas por un programa de farándula al interior de su camioneta con lunas polarizadas trajo como consecuencia que su empleador la pusiera en suspensión perfecta no pudiendo retornar al programa que conducía ni cobrar su sueldo. Ello nos demuestra la importancia de los asuntos personales e íntimos de los trabajadores que si se hacen público pueden afectar gravemente su derecho al trabajo.

A nuestro parecer en nuestra sociedad se permite a los medios de comunicación de la farándula ir más allá de lo razonable en su libertad de información afectando directamente el derecho de intimidad de personajes públicos considerando que su vida sentimental (salvo que ella la revele) no debe ser de interés del resto de personas ni deberíamos interferir en dicha esfera. Morales Godo anota: “En el Perú se ha puesto el acento en la defensa frente a la intromisión de terceras personas en los aspectos propios de la vida privada, y en el control de la información o divulgación de algún hecho concerniente a nuestra intimidad, que, dicho sea de paso, fueron los primeros aspectos que fueron desarrollados por la jurisprudencia norteamericana; sin embargo, no se ha desarrollado el aspecto relativo a su autonomía, que cobra importancia para el hombre contemporáneo, por cuanto implica la posibilidad de adoptar las decisiones más importantes de su existencia, libre de manipulaciones. Este aspecto está relacionado con la formación del ser humano en la sociedad actual. Si consideramos que la intimidad es el rincón de la creatividad, de la reflexión, de la vuelta hacia sí mismo, para tomando conciencia de sí, de sus opiniones, de sus ideas, volcarse luego al exterior, ese espacio debe ser auténtico; pero, la sociedad presiona invadiendo ese espacio desde la niñez, tratando de formar hombres comunes, con ideas semejantes, carentes de espíritu crítico, defensores del statu quo, siempre en busca de liderazgos externos a él.”⁽¹⁹⁾

Y agrega: “Muchos personajes públicos especialmente los artistas, renuncian a su vida privada, narrando públicamente hechos concernientes a su intimidad, voluntariamente, está renunciando al derecho de mantenerlos fuera de la curiosidad de los demás, especialmente de los medios de comunicación. Sin embargo, la información se permitirá solo respecto de dichos he-

(19) Morales Godo, Juan. El derecho a la intimidad. Grijley. Lima-Perú. 2002. P. 16.

chos, narrados voluntariamente por el personaje, más no de otros que no han sido mencionados públicamente. Ocurre que los medios de comunicación consideran que, al haber narrado ciertos hechos íntimos sobre una situación determinada, ya se tiene derecho a incursionar en toda la vida, pretendiendo averiguar otros hechos.”⁽²⁰⁾ Y esto es justamente lo que debemos corregir y no permitir que los medios de comunicación se extralimiten y mediante el uso de drones invadan la vivienda de personajes públicos ni tampoco con persecuciones de reporteros, “paparazzi” o “urracas” similares a las que llevaron al deceso a Lady “D”⁽²¹⁾, adquirir capturas de pantalla de conversaciones personales de amigos, difusiones de imágenes o vídeos personales (“el pack”)⁽²²⁾ e incluso aquellas que traten de traspasar las lunas polarizadas del vehículo del personaje público que desea mantener reserva, refugio del ojo público e intimidad por lo que ha pedido autorización para usar ese medio de seguridad, lo que no se logra si está intentando filmar sin su consentimiento al interior de un vehículo.

3. CONCLUSIONES

Morales Godo nos recuerda que “en el Common Law norteamericano, la violación del right of privacy da lugar a la injution, que es el mandamiento prohibitivo, a fin de que se suspenda el acto ilícito y, en segundo lugar, a la indemnización correspondiente.”⁽²³⁾ En el caso peruano ocurre lo mismo. A través del artículo 17 del Código Civil se puede solicitar la cesación de los actos lesivos, así como la indemnización correspondiente, en concordancia con el artículo 1969 y 1985, éste último en tanto comprende el llamado daño a la persona o daño subjetivo.⁽²⁴⁾ El cese de conductas lesivas al derecho de intimidad es particularmente importante en el ámbito de trabajo remoto y

(20) Morales Godo, Juan. El derecho a la intimidad. Grijley. Lima-Perú. 2002. P. 135.

(21) CNN. A 24 años de la muerte de la princesa Diana, aquí algunos datos de su vida. Enlace: <https://cnnespanol.cnn.com/2021/08/31/princesa-diana-muerte-datos-vida-cronologia-trax/> (Consultado el 21 de noviembre de 2021).

(22) Chicago Tribune. Filtran imágenes de Scarlett Johansson desnuda. Enlace: <https://www.chicagotribune.com/hoy/ct-hoy-8635346-filtran-imagenes-de-scarlett-johansson-desnuda-story.html> (Consultado el 21 de noviembre de 2021).

(23) Zavala de Gonzales, Matilde. Derecho a la intimidad. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1982. p. 46.

(24) Morales Godo, Juan. El derecho a la intimidad. Grijley. Lima-Perú. 2002. P. 152.

semipresencial, que se vale del uso de tecnología de vigilancia electrónica y vídeo por lo que podría ocurrir una afectación al derecho de intimidad si en el centro laboral el empleador cruza la raya y accede a información personal por ejemplo del Telegram, WhatsApp, Facebook, YouTube, o Instagram que abre el trabajador en la computadora de la empresa que no nos queda duda sería una conducta invasiva proscrita por el ordenamiento jurídico.

Recordemos lo que ha dicho el Tribunal Constitucional en estos casos: “si bien la conversación se realiza través de un equipo de cómputo de propiedad del empleador, una red social como el Facebook representa un medio de comunicación ajeno a la empresa demandada, el cual permite transmitir información desde cualquier lugar del mundo. Debe tomarse en cuenta que los usuarios contratan un servicio específico con la empresa Facebook, por lo que se trata de un servicio que se brinda independientemente del equipo que se utilice para conectarse a esta plataforma virtual. En ese sentido, no es posible sostener que el hecho que el empleador sea propietario del equipo utilizado para ingresar al Facebook, permita considerar que una red social merece un tratamiento similar al de un correo electrónico institucional o cualquier medio de comunicación que forma parte de la empresa o que es creado a pedido de la empresa y que debe utilizarse principalmente para fines laborales. Por lo tanto, al ser Facebook un medio de comunicación externo a los instrumentos que brinda el empleador a su trabajador, debe considerarse que cualquier intervención en las conversaciones privadas representa una vulneración del derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones.”⁽²⁵⁾

(25) Fundamento 32 y 33 del Pleno de la Sentencia 412/2020 del Tribunal Constitucional.

LAS REFORMAS AL DERECHO SUCESORIO EN LA POST-PANDEMIA

Jesús Mori Condori (*)

RESUMEN

La pandemia del Covid-19 ha generado muchas secuelas en el ámbito del Derecho, especialmente cuando se ha tenido que evaluar las consecuencias de la informalidad en las relaciones familiares toda vez que las personas fallecidas ha generado una situación sucesoria compleja de determinar. Un problema que se agudizará en la etapa post-pandemia, en particular porque los familiares del causante que se hayan sentido afectados plantearán la atención de sus derechos en función a una legislación que no había previsto estas situaciones, y que permite detallar la necesaria reforma del libro sucesorio en el Código Civil peruano.

PALABRAS CLAVE

Derecho de familia en crisis; Derecho sucesorio; Pandemia del Covid-19; Conflicto familiar; Derecho procesal de familia; Constitucionalización del derecho de familia

INTRODUCCIÓN

Nos encontramos actualmente viviendo una pandemia provocada por el Covid-19, cuyos primeros casos se reportaron el 31 de diciembre de 2019 en Wuhan (China). El 30 de enero de 2020 la OMS declara la emergencia de salud pública internacional y a partir del 11 de marzo de 2020 recomienda cuarentena y aislamiento. En el Perú en el marco de lo dispuesto por la OMS,

(*) Abogado, Conciliador Extrajudicial, Secretario Académico de la Unidad de Post Grado de la Facultad de Derecho de la UNMSM.

se declara mediante D.S. N° 008-2020-SA, emergencia sanitaria nacional, la misma que continua a la fecha. En la historia de la humanidad han existido otras pandemias como la peste negra o peste bubónica, gripe española, gripe asiática, VIH (Sida), ébola, sars, gripe A1H1 o gripe porcina. El virus seguirá por muchos años más en el mundo, su prolongada presencia ha ocasionado cambios en las relaciones jurídicas, y el derecho sucesorio debido a las incontables muertes ha sido impactado con mayor regularidad.

Las estructuras familiares en los últimos cuarenta años se han transformado en el Perú, especialmente porque se han generado varios procesos sociales, económicos, culturales y políticos que han influenciado en la generación de una nueva realidad sobre la cual es importante detallar que la legislación familiar ha quedado superada (Bermúdez-Tapia, 2011, p. 21).

El impacto provocado por estos procesos sucesivos y constantes ha generado una *familia* totalmente diferente a la idealizada por el legislador del Código Civil de 1984, quien había establecido una regla histórica: la familia protegida es sólo la matrimonial (nuclear) y las reglas del derecho sucesorio imponían un deber al eventual causante y un derecho expectatio a los sucesores forzosos.

Una realidad distante de lo que se ha registrado durante los años 2020 y 2021, donde se ha registrado una contradicción entre la “realidad social familiar” y el contenido de la legislación aplicable (Fernández, 2014). Las controversias no sólo resultan por la aplicabilidad de la literalidad de la legislación sino también en la evaluación de la naturaleza jurídica de varias categorías e instituciones familiares.

En este ámbito, miles de muertes han provocado un contexto sucesorio sumamente delicado que más allá del drama humano que ha provocado exige la evaluación de una situación jurídica, cuando se ha registrado la coexistencia de varios núcleos familiares, la informalidad en la propiedad o tenencia de bienes inmuebles, la evaluación de la legitimidad y legalidad de los anticipos de herencia o las asignaciones económicas otorgadas como eventual derecho sucesorio en las familias peruanas (Bermúdez-Tapia, 2016, p. 49).

Consecuentemente, se ha generado una realidad que registra la posibilidad de evaluar varias alternativas, y en muchos casos surgirá una contradicción a los alcances de lo detallado en el derecho sucesorio del Código Civil, especialmente porque no se puede proyectar una única solución, conforme la visión clásica del derecho de familia porque ya no existe ese *ideal* de familia, porque entre 1984 y la actualidad, el país ha cambiado (Bermúdez-Tapia, 2012, p. 49).

Bajo esta perspectiva preliminar, se propone un texto de carácter cualitativo, desprendido de una investigación que procura desarrollar y sustentar una tesis de maestría en la Unidad de Post Grado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. El objetivo principal es presentar las nuevas exigencias sociales a la especialidad a efectos de proponer un esquema de trabajo que permita la reforma de la legislación sucesoria y del derecho de familia, en base a la atención de los derechos e intereses de las personas que han conformado realidades familiares no registradas en el Código Civil.

La propuesta parte por reconocer el inmenso legado del doctor Juan Morales Godo, quien ha sido Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Decana de América y sobre la cual se guardan recuerdos imborrables por su calidad de persona, su genio académico y sobre todo su inmejorable trato como amigo, colega y sobre todo, maestro.

1. LAS REGLAS CLÁSICAS DEL DERECHO DE FAMILIA Y DEL DERECHO SUCESORIO EN CRISIS ANTE LOS EFECTOS DE LA PANDEMIA DEL COVID-19

Manuel Bermúdez-Tapia postula en sus libros: *derecho procesal de familia* (Lima, 2008) y *constitucionalización del derecho de familia* (Lima, 2011), que la sociedad peruana se ha transformado, no sólo por sus condiciones internas, sino también por la presión a la que había sido sometida.

En este sentido, los procesos de cambios sociales, pueden ser detallados en el siguiente esquema:

| Item de evaluación | Legislación familiar y sucesoria (visión clásica) | Legislación familiar y sucesoria modificada por acción judicial | La realidad social condicionada por los efectos de la pandemia del Covid-19 |
|------------------------------------|--|--|--|
| Categoría jurídica en evaluación 1 | Sólo se regulaban los derechos de la "familia matrimonial" que coincide con la "familia nuclear" | Se reconocen los derechos de nuevas "categorías" de familia. STC N° 06572-2006-PA/TC (reconoce el derecho sucesorio de convivientes) STC N° 09332-2006-PA/TC (reconoce el derecho de las familias ensambladas) | Adicional a los nuevos tipos de relaciones familiares reconocidos, es posible registrar a consecuencia de la pandemia: a. El derecho sucesorio de convivientes LGBTQ, con la aprobación del Decreto Supremo 220-2020-EF. b. El reconocimiento de la identidad de un niño con los apellidos de sus dos madres (familia LGBTQ) |

| | | | |
|---|---|--|--|
| <p>Categoría jurídica en evaluación 2</p> | <p>Derecho expectatico de los sucesores forzosos</p> | <p>En el ámbito judicial, la "indignidad" y las "causales para ejecutar una desheredación" se han registrado ante situaciones de violencia familiar</p> | <p>Los derechos de los "adultos mayores" puede ser subdividido, en particular porque se ha demostrado que personas que superan los 80 años registran una condición familiar totalmente diferente a la que está en grupo de edad entre los 65-80 años, especialmente porque los "sucesores forzosos" no requieren de una herencia porque ya registran una condición diferenciada.</p> |
| <p>Categoría jurídica en evaluación 3</p> | <p>Las acciones de mala fe, malicia y temeridad procesal en el ámbito familiar no generan consecuencias negativas</p> | <p>Las acciones de mala fe, malicia y temeridad procesal pueden provocar la restitución de derechos en el ámbito sucesorio, en particular cuando se acreditan los actos nulos o anulables ejecutados por una parte de la sucesión en contra de los otros sucesores forzosos.</p> | <p>El registro de derechos en el ámbito sucesorio en el país y el registrado en el ámbito de peruanos residentes en el extranjero que han fallecido ha provocado una serie de interrogantes del modo en el cual se ejecutará el proceso sucesorio, en particular cuando los sucesores forzosos peruanos no puedan salir del país a consecuencia del Estado de Emergencia que ha limitado las salidas del país.</p> |
| <p>Categoría jurídica en evaluación 4</p> | <p>Ante la imposibilidad de acreditar una filiación se estableció la figura del "hijo alimentista"</p> | <p>La figura del hijo alimentista se contradice con la "verdad biológica" y el "derecho a la identidad" que constituye un elemento constitucional que limita el contenido literal del Código Civil.</p> | <p>En la actualidad, la acreditación de la filiación se produce a través de un procedimiento biológico y científico que puede ser ejecutado en instancia judicial y que reduce el trámite judicial a una declaración de lo detallado a nivel científico. El procedimiento judicial eventualmente será reformulado para así hacer más expeditivo el derecho a la identidad.</p> |
| <p>Categoría jurídica en evaluación 5</p> | <p>Anticipos de herencia regulados bajo una condición jurídica reglada en una formalidad</p> | <p>La realidad social ha provocado que se generen procesos sucesorios en el ámbito judicial para reconocer derechos derivados de condiciones de informalidad, de ilegalidad que han prescrito en el tiempo, etc.</p> | <p>Los anticipos de herencia "declarados" ante la familia que no se han formalizado provocarán contextos de conflictos judiciales que probablemente generen nuevos procesos judiciales donde la violencia familiar será elevada</p> |

| | | | |
|---|---|---|---|
| <p>Categoría jurídica en evaluación 6</p> | <p>La sucesión intestada no tenía inconvenientes en su formalización porque se reconocía el contenido y alcance de la “familia matrimonial”</p> | <p>La sucesión intestada en contextos disfuncionales familiares se contradice cuando se registran varios núcleos familiares y donde se hacen exclusiones ilegales o indebidas a sucesores forzosos. En este sentido, es importante detallar que las condiciones sucesorias se pueden generar en <i>familias sucesivas o familias paralelas</i> (Bermúdez-Tapia, 2015 a, p. 184)</p> | <p>El registro de sucesores forzosos nacidos en el extranjero vinculados a un causante que tenía bienes inmuebles en el Perú está generando un problema familiar y económico significativo por cuanto esos herederos al venir al Perú podría plantear la nulidad de un proceso sucesorio registrado formalmente (Portal Europeo, 2021) pero que no puede adecuarse a la realidad familiar generada por el causante (Reuters, 2021).</p> |
|---|---|---|---|

Referencias que en esencia pueden ser ampliadas pero que permiten detallar que estamos ante una realidad compleja, en la cual la evaluación de *elementos jurídicos sustantivos y procesales* resulta además de interesante muy vinculante a la necesidad de ofrecer alternativas de solución, más aún cuando el sistema judicial no registra una actividad proactiva en el reconocimiento de derechos (Bermúdez-Tapia, 2019 a, p. 11).

En este ámbito, inclusive el derecho sucesorio se ve limitado por la jurisprudencia nacional (Olavarría, 2012, p. 23), cuando no se reconocen los derechos filiatorios y de sucesión en procesos en los cuales se ha impugnado la paternidad con pruebas biológicas que acreditan que la inscripción se ha ejecutado con un vicio insubsanable que genera una condición de nulidad.

En este sentido, resulta contradictorio el contenido de la Casación N° 1622-2015, Arequipa (La Ley, 2016) donde se detalla que el *que registró a una persona que creía era su hijo* demuestra la contradicción biológica del registro civil y *debe vincular al proceso al padre biológico*, anulándose automáticamente:

- a) La capacidad de la madre para ser *parte demandada*, más aún cuando es quien ha procreado al hijo a quien se le está retirando una “verdad familiar” impuesta en forma indebida, cuyo contenido material genera un delito conforme el artículo 145° del Código Penal.
- b) La capacidad procesal del hijo de poder exigir la identificación de su progenitor (Hinostroza, 2014), que en términos comparados en Colombia permite que los jueces puedan exigir a las madres la obli-

gatoriedad de declarar la identidad del *padre biológico* en procesos de impugnación de paternidad que han demostrado la verdad biológica del hijo “reconocido” en un acto nulo (Bermúdez-Tapia, 2021 a, p. 209).

- c) La capacidad de reconocer un *derecho expectatio* a un hijo a quien se le acaba de destruir la “identidad familiar” con la que venía creciendo.

Como puede observarse, la realidad socio familiar es muy compleja en la actualidad (Gómez, 2011, p. 24) y permite registrar algunos inconvenientes que determinan la necesidad de una transformación del libro de sucesiones en el Código Civil de 1984.

2. LOS CONTENIDOS LIBERALES EN EL DERECHO Y SU CONTRADICCIÓN FORMAL EN LA LEGISLACIÓN

La historia del sistema jurídico en occidente es particular, porque parte de la denominación genérica del “civil law” que sólo fue aplicado a una parte de la población en el imperio romano de antes y después de Cristo. Dichas reglas normativas fueron sistematizadas por Justiniano en el siglo VI d.C., fueron mejoradas en el Código Civil francés de 1804 por acción de Napoleón Bonaparte (Bermúdez-Tapia, 2018, p. 167) y finalmente fueron inscritas en la legislación civil peruana, conforme se detalla en el registro histórico de todos los Códigos Civiles en el país.

Sin embargo, en este ámbito, resulta cuestionable que en un contexto *liberal*, la visión tradicional del formato familiar impuesto en el imperio romano hace veinticuatro siglos siga vigente, más aún cuando en dicha época ya se entendían varios *modelos* de regulación familiar, entre las cuales podemos citar:

- a) Respecto de la vinculación matrimonial, las *nupcias* pese a la regulación del *matrimonio*, siguió siendo una práctica socio cultural muy empleada en el imperio romano.

En el mismo sentido, el *matrimonio* estaba configurado para estar “detallado” en el *matrimonio sine manus* y *matrimonio con manus*, que permitía a la mujer algunos derechos que históricamente fueron eliminados, como la posibilidad de separarse del cónyuge (Herrera, 1984, p. 25).

- b) Respecto de la filiación, el proceso de *adopciones* era una práctica común en el imperio romano, en particular por la frecuencia de las actividades militares del Estado que provocada una elevada tasa de mortalidad.

Dicha referencia generó la necesidad de conservar a la *familia* y por ello es que se establecieron las bases decimonónicas del actual sistema normativo.

- c) El impacto del punto precedente, también influyó en el contexto sucesorio, más aún cuando las “gens” (familias) no tenían otra proyección que la de conservar el *patrimonio familiar* en el tiempo y por ello es que las reglas del *mayorazgo* y las reglas sucesorias fueron determinadas, siguiendo una continuidad hasta la actualidad.

Sin embargo, las reglas vinculadas al *dominio sobre el patrimonio* siempre se registraron sobre la base de la *libertad* de poder tenerlas, administrarlas y disponerlas y por ello resulta contradictorio en un sistema jurídico “liberal” que se procure establecer reglas que limiten dicha proyección y es el derecho sucesorio el principal representante de una corriente que contradice postulados que amplifican la “libertad” de una persona (Aguilar, 2011, p. 421).

3. LA PROPIEDAD RESTRINGIDA Y CONDICIONADA A UNA CONDICIÓN FUTURA

Formalmente, la “propiedad” es un derecho fundamental que es reconocido en la legislación tanto nacional como internacional, pero cuyo contenido es absoluto salvo exista una referencia a un “interés superior” que puede ser generado en casos de expropiación y que se puede establecer previa entrega de un “justiprecio” porque podrá ser un derecho fundamental, pero es posible de ser limitado por una causa superior a favor de la sociedad.

Sin embargo, este derecho fundamental que a la vez es un:

- a) *Derecho natural* porque no existe límite en el derecho canónico para determinar una condición de restricción
- b) *Derecho Humano*, porque está reconocido como tal en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, registrándose como antecedentes la Declaración Universal de derechos del hombre y del

ciudadano en la Revolución Francesa de 1789, la Constitución de Virginia-USA en 1787 y la Carta Magna de Inglaterra de 1215.

- c) Es un *derecho constitucional*, conforme detalla el inciso 16° del artículo 2° de la Constitución política peruana de 1993.
- d) Es un derecho cuya naturaleza puede ser individual, conjunta, colectiva e inclusive puede tener una condición *difusa*, conforme se reconoce a nivel constitucional, por ejemplo, cuando se habla del territorio colectivo de una comunidad campesina o comunidad nativa.
- e) Es un derecho que admite una condición sujeta a tutela de forma preventiva, conforme se detalla en el Código Procesal Constitucional y que permite la defensa de un bien bajo la representación procesal de un tercero ajeno al titular.

Conforme se detalla en estas referencias, entonces surge la condición limitativa del derecho sucesorio de *restringir* una cualidad del derecho a la propiedad, que es el de *disponer*, conforme el criterio del propietario (Libre Mercado, 2021).

Una referencia que limita los derechos de las personas mayores de edad, que resulta contradictorio con una realidad en la cual los *sucesores forzosos* también registran una condición patrimonial y familiar autónoma y que permite contradecir el esquema formulado en el imperio romano hace veinticuatro siglos por cuanto, los *sucesores forzosos* en la actualidad podrían registrar una mejor condición económica que los “causantes”.

En forma complementaria, existen dos elementos complementarios que permiten detallar este *presunto error normativo*, porque la realidad ya ha registrado estos elementos que contradicen al derecho sucesorio:

- a) El registro de procesos de indignidad y de exclusión de la sucesión, por acciones derivadas de conductas o situaciones provocadas por un sucesor forzoso.
- b) El registro de la *hipoteca inversa* que procura establecer una condición económica positiva a un adulto mayor cuando su único sostenimiento podría ser la *disposición* de un bien inmueble que finalmente es garantizado económicamente por un tercero que es usualmente diferente a un “sucesor forzoso”.

- c) El registro de pretensiones de exclusión de derechos en el ámbito de una sucesión intestada cuando participan los sucesores forzosos en forma maliciosa o temeraria (Bermúdez-Tapia, 2020, p. 147)

Situaciones que detallan que nuestro punto de vista no sólo resulta válido sino que además ya se registra en el ámbito normativo, judicial e internacional, porque la *autonomía* de la propiedad no puede quedar sujeta a una condición futura e imprevisible, más aún cuando es posible registrar:

- a) Un estado de necesidad o de justificación que pueda limitar la capacidad económica y patrimonial de un causante, quien deberá ejecutar las acciones de disposición de su patrimonio porque podría asumir una condición mucho más negativa si no dispone de sus bienes.
- b) Un estado de autonomía respecto de las acciones de los sucesores forzosos, quienes ya han registrado la atención de sus derechos alimenticios y de crianza, sobre las cuales se les dotó de una libertad y autonomía para desarrollarse sin depender de sus progenitores.
- c) Una condición de libertad que garantiza la disposición del patrimonio de forma autónoma sin estar bajo una limitación impuesta por la ley, que inclusive detalla el porcentaje de “libre disposición”, que resulta disfuncional en la actualidad.

4. LA LIBERTAD EN EL ÁMBITO SUCESORIO Y LA INFORMALIDAD FAMILIAR

Finalmente, cuando la pandemia provocada por el Covid-19 sea atenuada o controlada, se podrá evaluar la reconfiguración del derecho sucesorio, en particular porque se requiere optimizar la legislación aplicable y así atender:

- a) La informalidad en el ámbito del registro del patrimonio, en especial cuando el Código Civil de 1984 detalla dos sistemas de registro de bienes y de tutela del mismo, siendo incongruente con la garantía de la seguridad jurídica.

En este sentido, la opción de “inscribir” un bien inmueble a nivel registral se contradice judicialmente con la tutela de las transferencias ejecutadas de forma informal que no hacen sino provocar mayores inconvenientes en el ámbito económico, social y familiar.

- b) El registro de una deficiente cultura de seguridad jurídica, en particular en el ámbito familiar peruano, donde la “mujer casada” inclu-

sive puede registrar a un hijo procreado por persona diferente a su cónyuge sin plantear un divorcio.

- c) El registro varios núcleos familiares donde se genera progenie y donde el proceso de inscripción y reconocimiento filiatorio queda a discrecionalidad de los adultos, cuando en esencia se evalúa un derecho fundamental de un menor.

Condición complementaria que se ha detallado por ejemplo en Colombia, México, Chile, Brasil o Argentina donde las realidades de las *familias poliamorosas o familias paralelas* ha provocado la diferenciación entre derechos de la “cónyuge y de la pareja convivencial”, que permite detallar la empleabilidad de elementos jurídicos como la “buena fe” o el “conocimiento de los hechos” para así garantizar derechos a quien actuó bajo la influencia de quien no tenía la legitimidad para generar una relación familiar sin inconvenientes jurídicos (Bermúdez-Tapia, 2015 b, p. 151).

Elementos que en forma conjunta, nos permite detallar que en los próximos años se observarán mayores cambios normativos en el derecho sucesorio, validando nuestra propuesta que en etapa postpandemia, los procesos de adaptación normativa vía reforma estructural serán inevitables (Bermúdez-Tapia, 2021 b, p. 127).

CONCLUSIONES

Sobre la base de lo expuesto, podemos detallar que estamos ante una etapa de cambios sociales que exigen la transformación del derecho de familia y del derecho sucesorio, principalmente porque la realidad social impone muchos límites a la práctica judicial, donde resulta imprevisible una controversia y que puede provocar casos de violencia entre familiares.

La pandemia del Covid-19 ha demostrado la disfuncionalidad de la legislación familiar y sucesoria y ante ello presentamos nuestros argumentos en base a la doctrina actual, que supera la visión decimonónica de un “derecho que ya no existe” en la realidad peruana post pandemia.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Aguilar Llanos, B. (2011) *Derecho de sucesiones*. Lima: Ediciones Legales

- Bermúdez-Tapia, M. (2011) *La constitucionalización del derecho de familia*. Lima: Ediciones Caballero Bustamante
- Bermúdez-Tapia, M. (2012) *Derecho procesal de familia. Aproximación crítica no convencional a los procesos de familia*. Lima: Editorial San Marcos
- Bermúdez-Tapia, M. (2015 a, julio) Análisis de Temas Sucesorios en situaciones de dualidad de relaciones matrimoniales, convivenciales. *Actualidad Civil*, (13), 184-195.
- Bermúdez-Tapia, M. (2015 b, marzo) Los problemas sucesorios en relaciones matrimoniales/convivenciales paralelas de un mismo causante. *Gaceta Civil & Procesal Civil*, (21), 151-157.
- Bermúdez-Tapia, M. (2016, diciembre) La colación bajo el criterio de la igualdad de los sucesores y los problemas más comunes en la Gestión Patrimonial en las Relaciones Familiares. *Actualidad Civil*, (30), 49-62.
- Bermúdez-Tapia, M. (2018) Legitimidad de la legislación en el Estado de Derecho, en Martínez Lazcano, A. J. e Islas Colín, A. (Eds.) *Derechos humanos y su interacción en el Estado Constitucional*. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica, p. 167-186
- Bermúdez-Tapia, Manuel (2019 a) *La evaluación constitucional de derechos en el Derecho de Familia*. Lima: Gaceta Jurídica
- Bermúdez-Tapia, M. (2020, abril) El perfil del administrador judicial de bienes en una sucesión. *Actualidad Civil*, (70), 147-161.
- Bermúdez-Tapia, M. (2021 a, febrero) La tutela de la identidad en la impugnación de paternidad. *Gaceta Civil & Procesal Civil*. (92), 209-215
- Bermúdez-Tapia, M. (2021 b, enero) La adaptación del derecho de familia por acción convencional y por acción judicial en el ámbito peruano. *Gaceta Civil & Procesal Civil*, (91), 97-107
- Fernández Arce, C. (2014) *Derecho de sucesiones*. Lima: PUCP
- Gómez Taboada, J. (2011) *Derecho de sucesiones*. Lima: Jurista Editores
- Herera Paulsen, D. (1984) *Derecho romano, compendio: fuentes, personas, familia, bienes, sucesiones, acciones, obligaciones y contratos*. Lima: Sesator
- Hinostroza Minguez, A. (2014) *Derecho de sucesiones*. Lima: IDEMSA
- Olavarría Vivian, J. (2012) *Derecho de sucesiones*. Arequipa: ADRUS

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS DIGITALES

- La Ley (2016, 2 de diciembre) *Para impugnar el reconocimiento de un hijo se debe identificar al padre biológico*. <https://laley.pe/art/3655/para-impugnar-el-reconocimiento-de-un-hijo-se-debe-identificar-al-padre-biologico>
- LibreMercado (2021, 9 de noviembre) *¿Porqué bajan las herencias si hay récord de fallecimientos por el coronavirus?* <https://www.libremercado.com/2021-03-10/por-que-bajan-herencias-record-fallecimientos-coronavirus-muertes-impuesto-sucesiones-6717484/>
- Portal Europeo de Justicia (2021, 11 de noviembre) *Sucesiones*. https://e-justice.europa.eu/content_general_information-166-es.do
- Reuters (2021, 10 de noviembre) *Contagios de Covid-19 en Europa*. <https://graphics.reuters.com/world-coronavirus-tracker-and-maps/es/regions/europe/>

PERSONAS JURÍDICAS. DERECHO ROMANO Y DERECHO DEL SIGLO XXI

“Homenaje al profesor Juan Morales Godo”

Juan Carlos Centurión Portales^(*)

“Igual que las abejas no se reúnen en enjambres para formar panales de miel, sino que los construyen porque por naturaleza son sociables, así los hombres, asociados mucho más por naturaleza, ponen en común su capacidad de obrar y de pensar”

CICERÓN

- (*) Doctor en Derecho por la UNMSM. Profesor en la UPG de la Facultad de Derecho de la UNMSM y de la Facultad de Derecho de la UNFV (E-mail: jcenturionp@unmsm.edu.pe)

Autor de: *La sucesión del Estado en el derecho civil del Perú. Apuntes para una historia del derecho civil republicano*. Tesis. Abogado. UNMSM. *La sucesión mortis-causa del Estado, la herencia vacante y las beneficencias. Una disertación histórico-jurídica*. Tesis. Magister en Derecho Civil. UNMSM. *La herencia sin herederos y las municipalidades. Apuntes para una reforma del Estado*. Tesis. Doctor en Derecho. UNMSM. Asimismo, *Manual elemental de derecho romano. Apuntes de clase*. 2004. Lima. UIGV. ¿Existió protección a los sujetos de derecho en Roma? *Una mirada al derecho romano desde el derecho civil*. Ágora. Revista de Derecho. Números 3 y 4. Julio. 2002-2004, pp. 395-412. ¿Existió protección a los sujetos de derecho en Roma? *Una mirada al derecho romano desde el derecho civil*. (Segunda parte). Ágora. Revista de Derecho. Números 5 y 6. Julio 2004-2006, pp. 277-307. *La influencia de Justiniano en el derecho de sucesiones*. Ágora. Revista de Derecho. Números 7 y 8, agosto 2006-diciembre 2008, pp. 467-480. *Una muy breve mirada a la evolución histórica de la sucesión del Estado. El caso de los gestores de herencia. Un balance [preliminar] histórico-jurídico*. Análisis del Código Civil, a los 25 años de vigencia. Lima. Montivensa 2010.

La crisis de las humanidades. El caso del derecho romano. Derecho a Survivir. Revista de la Corte Superior de Justicia de Lima Sur. Año 1. N° 1. 2014, pp. 227-236. *El patrimonio conyugal en Roma*. Revista del Foro. Ilustre Colegio de Abogados de Lima-Sur. MMXV. N° 2-3, pp. 261-276. 2015. ¿El concebido es sujeto de derechos humanos? *La maquinaria del derecho en Iberoamérica*. Alberto del Real Alcalá. Editor. México. UNAM. 2016, pp. 395-406. *Dogmática jurídica en el derecho de sucesiones. La herencia sin herederos, la herencia yacente y el adiós a las herencias vacantes*. Revista del Foro. MMXVII. N° 4-5, pp. 293-314. Ilustre Colegio de Abogados de Lima-Sur. 2017. *Sucesión del Estado en la Colonia*. Revista Bicentenario. Año 1, pp. 211-222. Edición del 28 de mayo al 2 de junio 2021. Revista de la Asociación Bicentenario 2021. Lima.

RESUMEN

La comunicación está dividida en cuatro partes. La primera parte trata sobre la importancia del Derecho Romano, el reconocimiento y su consolidación en la Edad Media y en la Edad Moderna, su dimensión histórica y doctrinaria y su supervivencia en el siglo XXI. La segunda parte desarrolla lo concerniente a las personas jurídicas en el Derecho Romano. La tercera parte aborda el tema de la herencia yacente y su tratamiento en Roma. Finalmente, en la cuarta parte se pasa revista a la institución de la herencia yacente en los códigos vigentes civiles de Iberoamérica.

PALABRAS CLAVE

Derecho Romano. Las personas jurídicas. La herencia yacente
Edición del texto: 2021

1. IMPORTANCIA DEL DERECHO ROMANO.

1.1. El Derecho Romano y su supervivencia en el siglo XXI

Desde que el Derecho Romano quedó desplazado del Derecho positivo, señaló con suma rotundidad el profesor mexicano Floris Margadant (1960, p. 55), por razones de la natural evolución histórico-jurídica, disminuyó parte de su popularidad entre los profesores de Derecho y ahora parece estar convertida en una ciencia esotérica, monopolio sólo de un grupo de eruditos, de esta manera en vez de ser una disciplina popular, el Derecho Romano se ha convertido en una disciplina sólo de profesores universitarios. Ello se debe también a que, en los planes de estudio, de muchas Facultades de Derecho, del Perú, la asignatura ha desaparecido. Ha dejado de formar parte de las asignaturas obligatorias y, asimismo, de las asignaturas electivas. Cosa distinta ocurre en Italia, Francia y otros países de Europa y Asia. En esos países sí tienen en sus planes de estudio dicha asignatura. Entonces, cuál es la razón para que, en el Perú, la asignatura de Derecho Romano no se imparta y por qué en los países mencionados sí se enseña.

El derecho romano, en las facultades de Derecho

Desde luego esto no ocurre en la Facultad de Derecho de la Universidad de San Marcos, en la que fiel a la vieja tradición humanística, impuesta

desde su fundación en 1551, se sigue impartiendo dicha asignatura de carácter obligatorio para los estudiantes del segundo año de Facultad. Lo propio ocurre en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, cuya asignatura se denomina hoy *Sistema Romano Germánico y Derecho Anglosajón*, llamado así por la notable e indetenible influencia del sistema anglosajón en la realidad jurídica peruana del siglo XXI, también de carácter obligatorio para los estudiantes del nivel quinto. Asimismo, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, se imparte la asignatura de *Derecho Romano* de carácter obligatorio para los estudiantes del cuarto nivel de estudios, conforme el Plan de estudios del 2021.

Si examinamos las universidades públicas del país, vemos que, en la Universidad San Agustín de Arequipa, existe, en el Plan de Estudios de la Facultad de Derecho, la asignatura de *Derecho Romano* de carácter obligatorio para los estudiantes del primer año de Facultad. Lo propio ocurre en la Facultad de Derecho de la Universidad San Antonio Abad del Cusco, el curso *Derecho Romano* es de carácter obligatorio para los estudiantes del cuarto semestre. Al igual que en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Trujillo, existe el curso de *Derecho Romano*, de carácter obligatorio para los estudiantes del segundo ciclo. En la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional San Cristóbal de Huamanga, existe el curso de *Derecho Romano*, de carácter obligatorio para los estudiantes del segundo ciclo. También existe en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo, el curso de *Derecho Romano*, de carácter obligatorio para los estudiantes del primer ciclo. Lo propio ocurre en la Facultad de Derecho de la Universidad de la Amazonía, existe el curso de *Derecho Romano* de carácter obligatorio, con una particularidad, el curso se dicta en dos semestres para los estudiantes del segundo y cuarto semestre. No existe en la Universidad Nacional de Cajamarca.

Factores de la crisis del derecho romano

La crisis del Derecho Romano, que señalaba, en la segunda mitad del siglo XX, el profesor Floris Margadant, (1960, p. 56), (La Haya, 12 de febrero de 1924–Ciudad de México, 02 marzo de 2002), se debe a varios factores: 1. Su desaparición como derecho positivo; 2. Un decreciente desinterés por los estudios clásicos y, desde luego por las lenguas clásicas, especialmente el latín;

3. La admisión a las universidades de alumnos poco preparados para la cultura clásica. Estimo, tomando como referencia al Perú, que la respuesta se halla en la actitud hacia la cultura antigua que ofrece un espectáculo no muy alentador para una disciplina ligada a la antigüedad. La mayoría de los profesores universitarios saben menos de la antigüedad que en siglos anteriores, esto explica que los estudiantes universitarios descarten de su formación el estudio de la cultura y la civilización griega y latina, los profesores y los alumnos le restan importancia a esa etapa de la historia. La encuentran inútil y poco práctica, circunstancia que reclama un pronto remedio.

El romanista Salvador Riccobono (1864-1958), señalaba la necesidad de atender al estudio del *Derecho romano común*. (1949). Desde las páginas del *Archivio Giuridico*, una clásica revista interdisciplinaria que es un punto de referencia de la doctrina jurídica italiana, exhortaba en favor de la creación de una cátedra de *Derecho romano común* en la universidad italiana, su llamado tuvo éxito ya que, poco después, en los cuadros de las enseñanzas jurídicas de Italia, junto a las *Instituciones*, la historia y el *Derecho romano approfondito*, (muy avanzado que exigía investigación profunda), aparecía el *Derecho romano común*.

Para Riccobono dicho estudio resulta imprescindible, señalaba Martínez, (146.) porque sólo así sería posible dar la necesaria base romanística a las materias que no pueden ser profundizadas sin conocimiento del origen romano de las instituciones, como son el derecho civil, el procedimiento civil y la historia del derecho. La denominación de Derecho romano no es unívoca, por un lado, porque con ella nos podemos referir al derecho que tuvieron los romanos.

El Derecho romano, entre la recopilación y la codificación del Derecho

Por otro lado, el Derecho romano no se acabó luego de la redacción del denominado *Corpus Iuris Civilis*, por el contrario, sus instituciones y, lo que es más importante, sus principios continuaron vigentes tanto en la cultura de oriente como en la cultura de occidente, adaptándose a las circunstancias, primero con las *Recopilaciones de Leyes* (Derecho recopilado) y luego con el proceso codificador.

En relación al Derecho recopilado, el profesor Guzmán Brito, (2010, p. 155), señala puntualmente que la forma de fijar el Derecho, que llamamos “*compilación de leyes*”, tuvo su origen en el Imperio Romano tardío, propia-

mente, en la época de Diocleciano. La primera compilación, que al menos desde la época de Teodosio II empezó a ser denominada *codex Gregorianus* en Oriente, se constituyó, seguramente sin proponérselo su autor y sin pensarlo, en un modelo de fijación de ciertas leyes esparcidas en un libro único, como que se mantuvo en uso hasta bien adentrado el siglo XIX.

Por ejemplo, el caso del Perú, luego de proclamada Independencia por José de San Martín. Se abolieron muchas leyes coloniales, pero otras quedaron en vigor. Antes de la Independencia rigieron, como es natural, las leyes españolas para nuestro ordenamiento jurídico. Contrario a lo que se podría pensar, después de proclamada la Independencia, continuaron en vigencia las normas de carácter jurídico, eclesiástico, administrativo y militar españolas. Cuando San Martín decidió quebrar, tan sólo formalmente, la hegemonía española, numerosos casos y procesos estaban regidos por esas leyes y antiguas instituciones del virreinato se hallaban en vigor. Aquí la magistratura nacional se encontró con un régimen jurídico de transición que, según Luis A. Eguiguren, fue remediado por los principios generales del Derecho y la irretroactividad de las leyes.

Es necesario, para entender el derrotero que tomó el Derecho peruano, en especial el Derecho civil, tener en cuenta el ordenamiento jurídico de los primeros momentos de la naciente República. Respecto a esta etapa de transición entre el virreinato y la República, dijo Luis Antonio Eguiguren (1952). Pensemos lo que representó este período de un cuarto de siglo, desde 1821 hasta 1852, año en que se promulgó el primer código civil.

Respecto del proceso codificador, el profesor Guzmán Brito, (2010, p. 150), señaló que el término "*codificación*" fue un neologismo introducido por el pensador inglés Jeremías Bentham (1748–1832) desde 1815, según refiere el profesor Guzmán, Bentham usó por primera vez dicho término en una carta que le envió al zar Alejandro I, de Rusia, posteriormente, usó dicho neologismo para dar título a algunas de sus obras: *Papers Relative to Codification* (1817), *Justice and Codification Principles* (1829). Finaliza el profesor Guzmán, indicando que, quien contribuyó de manera decisiva en la difusión del término "*codificación*" fue el suizo Pierre Etienne Louis Dumont (1759–1829), motivado por la gran influencia que ejerció Bentham, sobre él. El trabajo de Dumont, fue ordenar todo el trabajo realizado por Bentham, traducirlos al francés y publicarlos.

Las expresiones más nítidas y documentadas de la evolución de la codificación en occidente, las ha señalado el profesor Guzmán Brito, (2010, p. 172), él señala que en el año 1748, Federico II de Prusia, promulgó una regulación procesal civil para la marca de Brandeburgo, bajo la denominación de *Codex Fridericianus Marchicus*. Encontramos ahí el uso de la palabra *codex* unido a la imposición del nombre del soberano. Ambas cosas son reveladoras del deseo de imitar la actitud de Justiniano, en orden a atribuir su propio nombre a cierto cuerpo legislativo (*codex Iustinianus - Codex Fridericianus*). Poco después, en 1753, la emperatriz María Teresa de Austria designó una comisión para la confección de un *Codex Theresianus iuris civilis*, en donde volvemos a encontrar el empleo de la palabra *codex* y del nombre del autor político de la obra. Concluido en 1766, no fue aprobado por la soberana.

En 1756, continúa explicando el profesor Guzmán Brito, el rey de Baviera, Maximiliano José III, emitió una serie de cuerpos denominados *Codex iuris Bavarici criminalis* (1751), *Codex iuris Bavarici judicialis* (1753) y *Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis* (1756). En este último, la imitación a Justiniano es de nuevo evidente (*codex Iustinianus - Codex Maximilianeus*). Como es sabido, el *Code Civil*, llamado “*des Français*” al ser promulgado en la aún República francesa por el primer cónsul Bonaparte en marzo de 1804, en 1807 fue rebautizado como *Code Civil Napoléon*, cuando su autor político ya era emperador (desde diciembre de 1804), en también notoria la imitación al *codex Iustinianus*.

En América el fenómeno no dejó de repetirse. El *Código Civil boliviano*, promulgado en octubre de 1830, merced a una ley de julio de 1831, fue denominado *Código civil de Santa Cruz*, por su autor político, el mariscal Andrés de Santa Cruz, presidente de Bolivia y Protector de la Confederación Peruano-boliviana. En este caso, la imitación fue más directamente a Napoleón, de quien Santa Cruz era admirador, más que admirar a Justiniano.

Para explicar la presencia del mariscal Santa-Cruz, en la realidad jurídica peruana, se deberá examinar algunos aspectos históricos que precedieron la vigencia del código del mariscal. El profesor Raúl Zamalloa, (1964, p. 67), en un estudio que realizó sobre Santa-Cruz en la década del sesenta, transcribió parte de la partida de bautismo. “En el año del Señor de mil setecientos noventa y dos un cinco de diciembre; yo el Dr. Dn. Antonio de Olivera, canónico de merced de esta Santa Iglesia Catedral de Nuestra Señora de la Paz, con licencia parroquial bauticé a u niño recién nacido, español, hijo legítimo

del maestro de campo Don Jossef Santa Cruz y Villavicencio y de Doña Juana Bacilia Calauaná, púsele por nombre Jossef Andrés" (sic).

El profesor Jorge Basadre G., (1980, p. 110), dividió la historia republicana del Perú, del siglo XIX, en cuatro etapas: a la primera la llamó: *De la determinación de la nacionalidad* que transcurrió desde 1820 (fecha en que se inició la guerra de la Independencia) hasta 1842 (época en que se inició la explotación del guano). Cada etapa, dentro del plano político, trajo consigo rivalidades de caudillos. De esta primera etapa dijo Basadre: En la política interna se puede distinguir, en el plano de la rivalidad de los caudillos principales, a Gamarra contra Santa-Cruz.

En el plano jurídico Santa-Cruz, como fruto de su victoria militar, impuso en 1836 el Código civil de Bolivia de 1830. Para el profesor Emilio Valverde, (1951), el Código civil de Bolivia, fue una copia mecánica del Código de Napoleón. Llegó a decir en su tratado de sucesiones que: Santa-Cruz llegó hasta el punto de presidir personalmente, como lo hiciera Napoleón, dentro del Consejo de Estado, las tareas de la asamblea encargada de examinar y discutir el proyecto convertido en el código que fue denominado con su nombre.

De distinta opinión es la del profesor Vicente Ugarte del Pino, (1965), quien señaló que, ignoran quienes así enjuician la obra del gran mariscal del Perú, que precisamente toda la obra codificadora del siglo XIX, no sólo de América sino aún de Europa, está plenamente influenciada del movimiento codificador francés. El profesor Ugarte del Pino insiste que hay un histórico desprecio por la obra jurídica y legislativa de Santa-Cruz. A la posición del profesor Ugarte del Pino se sumó la del profesor chileno Pedro Lira Urquieta antiguo profesor de Derecho Civil de la Universidad Nacional de Chile. El profesor Lira Urquieta expuso la necesidad, que tenían las nuevas naciones, de adoptar el derecho galo como suyo en los siguientes términos: En las gacetas de la época puede leerse que había un verdadero clamor por tener códigos y a imitación del modelo francés. Algunos estados del hemisferio norte, Haití y La Luisiana, habían adoptado, con algunas variantes, el célebre código de Napoleón.

1.2. Reconocimiento y consolidación del Derecho Romano en la Edad Media y la Edad Moderna

Luego de su reconocimiento en la Edad Media, el profesor Alfredo Di Pietro, (1999, p. IX), (Buenos Aires, 23 de septiembre de 1933 – 8 de febrero

de 2015), nos informó que el *Derecho Romano* alcanzó a convertirse en el *Derecho Común Europeo*, es decir, constituyó el derecho civil por excelencia que se aplicó en occidente y en los países germánicos debido al fenómeno de la recepción ocurrida en el siglo XVI, para pasar a ser, en dicha área alemana, el derecho positivo que se aplicó por los jueces y que continuó hasta la promulgación del *BGB*: es decir, el código civil alemán del año 1900.

El Derecho Romano, señala el profesor Iglesias, (1993, pp. 23-24), (Salamanca, 2 de agosto de 1917. Madrid, 3 de mayo de 2003). es la más soberana manifestación de lo jurídico, es un ingrediente imprescindible de nuestra cultura que no ha sobrevivido en su forma, pero sí en su *re-forma*; alzándose por encima de la diversidad jurídica medieval y de la unidad codificadora de la Edad Moderna, así el Derecho Romano se muestra presente, de un modo o de otro, en numerosas legislaciones actuales, como por ejemplo en el código civil del Perú de 1984, sin ignorar la fuerte influencia que tuvo en los derogados códigos civiles del Perú de 1852 y de 1936.

Es cierto que la penetración del Derecho Romano corrió pareja con la romanización de buena parte de los territorios europeos. Todo lo ocurrido en el pasado y todo lo acontecido en el presente, prueba que el Derecho Romano es un instrumento privilegiado para la formación del estudiante, del abogado y del jurista. Como señaló en su oportunidad Martínez, (¿?: 151), la caída del *Imperio Romano de Occidente* (año 476 d C:), no detuvo el desarrollo del Derecho Romano imperial, porque continuó ininterrumpidamente su evolución en el *Imperio Romano de Oriente*, o conocido como Imperio bizantino (o Bizancio) en la mitad oriental del Imperio romano que pervivió durante toda la Edad Media y el comienzo del Renacimiento. La caída de Constantinopla, en manos de los turcos otomanos, ocurrió el 29 de mayo de 1453.

El *Imperio Romano de Oriente*, alcanzó el punto culminante con la compilación del emperador Justiniano; (Turesium, actual Serbia, 482. 14 de noviembre de 565), en efecto, para atender a las necesidades nuevas, buscaron remedios nuevos, “*con la diferencia que nosotros tenemos menos atrevimiento que ellos, los cuales fueron por mitad intérpretes y por mitad legisladores, y siempre dispuestos a adaptar sin escrúpulos el texto a las necesidades de la vida*”. La grandeza y el valor imperecedero del Derecho Romano están en la jurisprudencia, al respecto Iglesias, (1993, p. 24), señaló que fue la jurisprudencia la que llevó al Derecho Romano al grado de perfeccionamiento y todo eso tuvo

como mira el logro de la justicia, es decir, la finalidad *dikelógica*, tal como espera la conciencia colectiva.

1.3. La dimensión histórica y la dimensión doctrinaria del Derecho Romano

El Derecho romano ofrece la característica de una prolongada y amplísima vigencia que, en el tiempo, abarca desde el siglo VIII a. C, hasta hoy, siglo XXI y que en el espacio se extiende a casi todo el mundo civilizado. Martínez, (s.f. p. 151). Para el profesor Giovanni Lobrano, (21 de septiembre de 1944), el Derecho romano es un sistema de derecho que tiene una dimensión histórica y una dimensión doctrinaria. La dimensión histórica no ha terminado todavía, aún sigue vigente, porque la experiencia jurídica actual divide al mundo en grandes sistemas y uno de ellos es el sistema jurídico romano, de derecho continental o llamado también *civil law*. (Lobrano, 2011). Por eso no podemos decir que el Derecho romano pertenezca a una fase histórica sobrepasada, aunque sí podemos destacar momentos históricos sobresalientes. Por ejemplo, al principio del siglo VI d.C. el emperador Justiniano produjo la gran obra de codificación del Derecho romano, el *Corpus Iuris Civilis*, que comprende tres textos: (1) *Digesto*, la recopilación de las máximas de los grandes juristas; (2) *Institutas*, que es una obra para el aprendizaje del derecho; (3) el *Codex*, o el código de las constituciones imperiales.

Para Martínez, (s.f. p. 146), el Derecho romano constituye la base fundamentalísima del derecho vigente, pero hay que hacer notar que, entre el Derecho romano, aún considerado en su última fase de la compilación justiniana y el Derecho, hoy en vigor, hay una enorme distancia salvada a través del puente, larguísimo y constantemente reconstruido, del Derecho intermedio. Por eso para interpretar el Derecho vigente debemos tener en cuenta la *ratio legis*, es decir, el fundamento que debe inspirar el contenido y alcance de las normas jurídicas y no la del legislador antiguo. Por otra parte, es importante notar que no puede justificarse el estudio del Derecho romano aduciendo como razón el hecho que sirva para conocer mejor el Derecho actual, puesto que de ser así habría que hacer otro tanto con el Derecho germánico y, sobre todo, con el Derecho romano medieval. Se hace, pues, necesario separar estos dos estudios. El del Derecho romano *stricto sensu* y el del Derecho romano actual. El límite entre ambos lo señalaría la compilación justiniana no tanto en su significación cronológica, como en su significado de cuerpo unitario de legislación aplicado

en ambiente extraño. (Martín Martínez, (s.f. p. 171). Hay que convenir, con el profesor Bonfante, que el Derecho romano presenta dos historias: 1. Una desde sus orígenes hasta Justiniano y 2. Otra desde Justiniano a nuestros días.

El Derecho romano es un sistema cuyo elemento característico es su construcción lógica y en donde una norma no tiene un valor en sí misma, sino que cada regla forman parte de un conjunto sistémico y, por lo tanto, se sustenta una con otra. Es por ello que se habla de conceptos, principios y reglas. En el Derecho romano las reglas valen no por la fuerza de quien las impone (un legislador) sino por el valor del conjunto.

El profesor Lobrano, (s.f. p. 171), señaló que esta es una noción propia del Derecho romano. A partir de Thomas Hobbes, el derecho moderno está fundamentado en la fuerza, en el principio de efectividad. El derecho tiene el poder y sus mandos son ejecutados por quienes están sometidos por el poder. El Derecho romano no es así; sus criterios son otros, no necesita del poder para existir. Ante estas consideraciones, considera el profesor Lobrano, (¿?: p. 171), que estimamos sumamente certera la posición de *Georgesco* en orden al estudio del Derecho romano. A su juicio es, necesario dividir los estudios de Derecho Romano en tres disciplinas totalmente distintas 1. La historia del Derecho romano. 2. La historia del Derecho romano común y 3. La interpretación filosófica de la historia del Derecho.

2. LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL DERECHO ROMANO

2.1. Los entes colectivos o morales

El Derecho romano, señala Fernández Baquero, concedió la categoría de persona y, por tanto, le otorgó capacidad jurídica a determinados entes; de ahí la denominación de persona jurídica para diferenciarla de la persona física que era el individuo libre. Bajo la denominación de persona jurídica había también que distinguir: a) *Universitas personarum*, aquellas que estuvieron integradas por la agrupación de personas que se unieron para llevar una actividad en común y que, si cumplían unos requisitos, se convertían en una sola persona jurídica, diferenciándose las corporaciones de carácter privado (asociaciones o *collegia*) de aquellas otras de carácter público (*populus romanus*, *municipia*, *coloniae*, *civitates*). b) *Universitas rerum*, aquellas que estuvieron integradas por una masa de bienes que el ordenamiento jurídico romano le

otorga la categoría de persona jurídica, como es el caso de las fundaciones y la herencia yacente.

En el Derecho Romano antiguo, señala Guirado López, (2017, p. 9), se advierte la ausencia de un concepto de persona jurídica y, por otra parte, la persona singular no se concreta en el individuo, sino en el *paterfamilias*: él era el único sujeto de pleno derecho (*optimo iure*) porque poseía los tres *estatus* necesarios para ser considerado como tal: *estatus libertatis*, *estatus civitatis* y *estatus familiae*. Y en este sentido, insiste Guirado López, el *ius publicum* o *ius populi* es concebido como una superestructura indeclinable de manera que ni aún en las relaciones patrimoniales deja el Estado de colocarse en posición de soberano, no considerándosele como persona jurídica, sujeto activo o pasivo de derechos patrimoniales en el sentido del Derecho privado. Solo cuentan, de modo único, las relaciones entre personas jurídicamente equiparadas y, por tales, sólo pueden tenerse a los *paterfamilias*.

Conforme, Raymond Saleilles (1855-1912) (1922, p. 47), respecto de los *entes colectivos o morales*, estamos en presencia de organismos destinados a sobrevivir a los que han sido los fundadores, en ellos los fundadores desaparecen, el organismo que ellos han creado le sobreviven, los miembros que lo componen se suceden ellos mismos, en el seno del grupo, sin que se disuelva a cada cambio de persona, para renacer inmediatamente.

Por otro lado, en el Derecho Romano, enseñaba el profesor Rodríguez Pastor, (1938, p. 50), no se encuentran conceptos muy bien definidos respecto de los *entes colectivos o morales* que hoy denominamos personas jurídicas. Desarrollando el concepto se distinguen varias clases de personas morales: 1. Las corporaciones. 2. Las asociaciones de personas físicas para un objeto determinado. 3. Las fundaciones o llamadas *causas pías*, que importaban la afectación de un capital para un destino colectivo, *v.g: nosocomios, gerontocomios, brefolinos*, orfelinatos. Las fundaciones, señalaba el profesor Maximiano Errazuriz, (1984, pp. 86-87), nacieron en la época imperial cristiana con fines sociales y benéficos, los emperadores favorecieron todas las liberalidades testamentarias en favor de las fundaciones.

Las corporaciones

Fueron personas jurídicas que resultaron de la agrupación voluntaria o necesaria de varios hombres que sostenían en común fines por perseguir.

(Guiñazú Mariani, 2011, p. 146). Las asociaciones o corporaciones, que comprendían distintas entidades privadas, se organizaron en Roma a semejanza de los municipios. Fueron designadas como “*collegium*,” “*sodalitas*,” “*societates*” y “*universitas*”, vocablo este que fue utilizado por los clásicos para referirse a las personas jurídicas en general.

Los municipios

A través de las conquistas, Roma fue anexando otras comunidades que eran independientes y que perdieron su soberanía política en virtud de esa incorporación; allí surgen los “*municipio*.” (Dig. 50, 1, 27, I) (Guiñazú Mariani, 2011, p. 146). A partir del *Imperio*, todos los *municipios* se transformaron en ciudades dentro del territorio itálico y en las provincias, con régimen administrativo autónomo, magistrados y senado propios, logrando para sus habitantes la condición jurídica de “ciudadanos” o “latinos”

El municipio fue, describe Navarro (2009, p. 135), desde Rómulo hasta la invasión de los bárbaros, la forma esencial de la nacionalidad romana y, aunque, bien diferente bajo el despotismo de los emperadores de lo que estaba bajo la libertad monárquica y república, el poder de los *decuriones* de Valentiniano II y de Honorio no difiere, tan sus atribuciones legales, el de los *decuriones* previos en el Imperio. El derecho municipal de los romanos, derecho *quiritario*, derecho latino, derecho itálico, derecho provincial, dependía, a pesar sus diversidades, del principio único y fundamental de la República romana; saber qué correspondía al pueblo romano pronunciar sobre la libertad sobre el derecho la ciudad

Las fundaciones

En primer término, el profesor Blanch Nougés, (2007, pp. 10-12), señala que en la Antigüedad se dieron diversas situaciones patrimoniales que la doctrina ha denominado –siguiendo un lenguaje jurídico moderno– como “fundaciones privadas³ de naturaleza fiduciaria o dependiente adscritas a unos fines funerarios y/o de beneficencia, las cuales, prescindiendo de antecedentes más remotos, se desarrollaron en Grecia, a partir de principios del siglo III a.C. y, posteriormente, en el ámbito romano, a partir del siglo I d.C. Se trataba de patrimonios integrados normalmente por capitales de dinero o inmuebles que el fundador disponía a favor de fiduciarios mediante donacio-

nes, legados, herencias o fideicomisos para que quedasen afectados de modo perdurable en el tiempo a la consecución de un fin que, por otro lado, era reconocido por el ordenamiento jurídico como de verdadero interés público.

Básicamente, insiste Blanch Nougues, (2007, pp. 12-13), la doctrina ha distinguido tres tipos de fundaciones privadas en la Antigüedad greco-romana: **1. Fundaciones exclusivamente funerarias**, las primeras que aparecieron en Grecia y Roma, en las que el patrimonio fundacional era empleado por los fiduciarios encargados de cumplir la voluntad del fundador (generalmente libertos del benefactor y sus descendientes, o también, los miembros de un colegio religioso o profesional) para el mantenimiento del propio sepulcro del fundador y la realización de los ritos y prácticas funerarias correspondientes, es decir, los llamados *sacrafamiliaria*. **2. Fundaciones mixtas**, básicamente funerarias por su objeto pero en las que el fundador también se proponía la realización de fines benéfico-sociales complementarios como son, entre otros, el reparto periódico de trigo, aceite o dinero entre los miembros de un colegio religioso o profesional o entre determinados colectivos de la ciudad del benefactor, o la realización periódica de juegos o espectáculos para el pueblo; en estos casos actuaban como fiduciarios las ciudades o los colegios beneficiados a cambio de atender al cuidado del sepulcro del benefactor y a la realización de los correspondientes ritos funerarios y, en algunas ocasiones, quedando obligados dichos fiduciarios a la realización de algún gravamen particular (*modus*) que podía consistir, por ejemplo, en el levantamiento de una estatua o en la inscripción de una lápida en honor del fundador. **3. Por último, fundaciones exclusivamente benéficas**, que se desarrollaron en el mundo romano a lo largo de los siglos I y II d.C. en determinados ámbitos de la aristocracia romana permeables a ideas procedentes del neoplatonismo y del estoicismo griego y cuya administración también correspondió a las ciudades y colegios beneficiados por la fundación. Dichas fundaciones debieron servir de modelo a las llamadas fundaciones alimentarias públicas del siglo II d.C.

Se llamó fundación al patrimonio destinado (*mortis causae* o por acto *inter vivos*) a un cierto fin, generalmente de beneficencia, a perpetuidad o por tiempo indeterminado y el ordenamiento jurídico le confirió la calidad de sujeto de derecho distinta e independientemente del fundador. (Guiñazú Mariani, 2011, p. 150) De esta manera las fundaciones estaban constituidas por un patrimonio idealmente personificado afectado a un objeto específico. Este patrimonio así destinado lo administraba la Iglesia y se instituía generalmente

por legados; eran las llamadas “*piae causae*” que, representaban a las actuales fundaciones.

El profesor Eduardo Elguera, (1957: 47-55) señaló en su momento que las fundaciones o como se ha dicho, llamadas “*piae causae*,” las disposiciones referentes a ellas se remontan al siglo V, pero es Justiniano quien legisló ampliamente sobre ellas (C13.42 y 46; nov. 7, 120 y 131). De acuerdo con las mismas un donante o testador puede dejar una cantidad de bienes, para que con ellos se construya y mantenga una obra de beneficencia, ya sea hospital, hospicio, refugio de peregrinos. casa de expósitos, etc.; para lo cual designaba ecónomos o administradores que ejecutarán la obra y administrarán los bienes (nov. 120.6.1). Estos administradores, sostenía el profesor Elguera, tenían la facultad no sólo de emplear las rentas, sino también de vender los bienes para adquirir otros o para realizar la obra, contraer deudas para los mismos fines, contratar y ejercer toda clase de acciones reales y personales. Nos encontramos así con un conjunto de bienes destinados a un fin; constituyendo una universalidad, administrada por ecónomos que actúan en nombre de ella. Por esto los comentadores las denominan *universitates rerum*.

El fisco

En tiempos del *Alto Imperio*, nos enseñó Guiñazú Mariani (2011, p. 151), que se inició cuando Octavio recibió el título de *Augusto* (27 a.C.), hasta la llegada al poder de Diocleciano (284 d.C.), a raíz que el *Princeps* concentró el poder estatal en forma paulatina, a él le competía el manejo de las finanzas. Se distinguían dos fondos económicos: el *erario* del pueblo romano “*aerarium populi romani*” y el “*fiscus*”. *Fisco*, etimológicamente, significa “*canasta*” o “*cesto*” y se designó así al conjunto de bienes destinados a la administración imperial, en oposición al *erario* público que era patrimonio del Estado corporizado en el “*populus*”. El *erario* estaba constituido por los ingresos que provenían de las provincias senatoriales y era administrado por el Senado. El *fisco* estaba formado por el tesoro recaudado en las provincias imperiales y el emperador disponía su manejo con libertad absoluta.

En la época del Bajo Imperio el *fisco*, señaló Guiñazú Mariani (2011, p. 151), absorbió completamente al *erario*. El *fisco* obtenía sus riquezas de varias maneras: 1. Por herencias *vacantes*; hoy conocidas como herencias sin herederos o sucesión del Estado. 2. Por arrendamiento de tierras públicas. 3. Por

confiscación de bienes de los acusados. 4. Por delitos públicos y criminales. 5. Entre otras maneras. El *fisco* gozó de numerosos privilegios que le fueron acordados y que figuran en el *Corpus Iuris* de Justiniano: **a. Privilegio de enajenación.** Las transmisiones de bienes efectuadas por el *fisco* eran siempre obligatorias y no dependían del derecho que aquél tuviera sobre los objetos enajenados, o sea que, aunque pertenecieran a un tercero no se anulaba la enajenación. **b. Privilegio de usucapión.** No se podía adquirir el dominio de las cosas que pertenecían al *fisco*. Por otro lado, también, gozó, **c. Privilegio de concurso.** El *fisco* podía exigir el pago de su crédito con preferencia a los acreedores comunes. **d. Privilegio hipotecario.** Todos los créditos del *fisco* tenían como garantía la hipoteca legal y general sobre los bienes del deudor (excepto los de carácter penal). **e. Privilegio de intereses.** Los créditos contra el *fisco* no producían intereses moratorios. **f. Privilegio en las ventas.** El comprador no podía intentar contra el *fisco* la "acción redhibitoria" ni la acción "*quanti minoris*" aunque la cosa vendida haya tenido vicios ocultos. **g. Capacidad para heredar.** De que no gozaron todas las personas jurídicas.

El Estado

El *populus romanus*, decía Errazuriz, (1984, p. 86), no aparece considerado en las fuentes, ni como capaz, ni como incapaz de ser heredero. Los jurisconsultos no hablaron del Estado como heredero. Pero, en el hecho, el Estado recibía bienes en herencia, haciendo uso de su soberanía. Administrativamente, tomaba los bienes dejados a él en herencia. El derecho del Estado tiene una larga historia. En el Derecho Romano fue introducido por la *Lex Julia* y de él trata en particular el *Código* de Justiniano en el desarrollo del epígrafe: «*De bonis vacantibus et de incorporatione*»: «*Vacantis mortuorum bona tunc ad fiscum iubenus transferri, si nullum ex qualibet sanguinis linea vel iuris titulo legitimun reliquerit intestatus heredem,*» cuyo significado es: Mandamos, "que sean transferidos al *Fisco* los bienes vacantes de los fallecidos, siempre y cuando el intestado no hubiere dejado ningún heredero legítimo procedente de cualquier línea de la sangre o de la ley". Conviene insistir que esta asignación estatal, primero, al *aerarium* patrimonio del pueblo romano y, con el progreso de la edad imperial al *Fiscus*, estaba propuesta a aquella interferencia de presunción de afecto que el legislador romano también cuidó de cumplir. Así al Estado se prefería: La corporación de navieros, en la sucesión de sus miembros. La *curia*, en la sucesión de los decuriones. La legión, respecto de

los soldados. La iglesia o monasterio respecto del fraile o monje. El profesor Puig Peña, (1954, p. 590), señaló que, también hubo algo de esto durante la Edad Media pues, aunque continúa vivo el derecho del Estado a suceder cuando no hay relación de parentesco, sin embargo, hay momentos en que las corporaciones y organismos a los que pertenecía el causante son preferidos al *Fisco*.

3. LA HERENCIA YACENTE Y SU TRATAMIENTO EN ROMA

3.1. Concepto

La *herencia yacente* es una entidad constituida por la herencia no aceptada en interés del presunto heredero, apuntaba y repetía el profesor Rodríguez Pastor, (1938, p. 79). Es el tiempo que media entre la muerte del dueño de un patrimonio y la aceptación de ese patrimonio por los herederos, La *herencia yacente* fue, en Roma, una persona jurídica *sui-generis* y que no se equiparó a las otras tres; es decir, repitiendo al profesor Petit, (1961: p. 164), no se equiparó a 1. Las corporaciones, 2. Las fundaciones ni a 3. El Estado ya que estas últimas tienen patrimonio y están integradas por personas y la *herencia yacente* sólo tiene patrimonio.

Por otro lado, el profesor Iglesias, (2004, p. 381), señaló, llámese *herencia yacente* al patrimonio de un difunto aún no aceptado por la persona llamada a entrar en él como heredero. Según la concepción antigua, la condición de los bienes hereditarios, durante el tiempo que va desde el llamamiento a la aceptación, no es otra que la de cosas privadas de sujeto *res nullius*. Según se puede ver en el Digesto, (Cfr. D. 47, 2, 65). Semejante concepción, no es superada totalmente por los juristas clásicos, a pesar que en éstos se afirme la idea de una continuidad entre la posición del difunto y la del heredero. Gayo, enseñó siempre que, el patrimonio hereditario carecía de sujeto actual: *res hereditariae, antequam aliquis heres existat, nullius in bonis sunt*. Según se puede ver en el Digesto, (Cfr. D. 1, 8, 1 pr). Mientras no hay heredero, explicaba el profesor Iglesias, (2004, pp. 381-382), las herencias no pertenecen a nadie. Como *res nullius o sine domino* son también consideradas por Ulpiano *res hereditariae*. Siendo la herencia *yacente, res nullius o sine domino*, no se cometía entonces hurto, *furtum*, con relación a ella. Tal fue el principio general de la época antigua sobre el cual hubo dos excepciones, señaló el profesor Iglesias, (2004, p. 382): 1. Se cometía hurto antes de la aceptación de la herencia, cuan-

do el heredero poseía la cosa; 2. Se cometía también hurto antes de la aceptación cuando un tercero posee por cuenta de la herencia.

El emperador Marco Aurelio, desde 161 hasta el año de su muerte en 180, condenó como delito, *crimen expilatae hereditatis*, el apoderamiento de las cosas hereditarias antes de la aceptación e impedía, consecuentemente, que la *usucapión* tuviera lugar fuera del caso en que medie por lo menos la buena fe. Iglesias (2004, p. 382), por lo demás, advirtió que los romanos protegían el patrimonio del difunto, fuese en interés del heredero eventual, fuese en interés de los acreedores hereditarios. Medidas prudentes de varia especie fueron tomadas por el *pretor* en orden a la buena administración de la herencia y al nombramiento de un *curador* para guarda de los intereses de tales acreedores. Recordemos que el *Pretor* (del latín *prætor*) fue un magistrado romano cuya jerarquía se alineaba inmediatamente por debajo de la del Cónsul. Su función principal fue la de administrar justicia en la fase *in iure*, conceder interdictos, *restitutiones in integrum* y otras funciones judiciales. Este cargo fue creado en el año 366 a. C. Desde su creación hasta el año 241 a. C.

3.2. La herencia yacente, en la época del derecho clásico y post-clásico

Los juristas clásicos, señaló Guiñazú Mariani, (2011, p. 151), no alcanzaron a entender que cometía hurto quien se apoderaba de los bienes de la herencia cuando todavía no era aceptada por el heredero; recién Marco Aurelio consideró como delito público el llamado despojo de las herencias "*crimen expilatae hereditatis*" a la apropiación del acervo hereditario aún no recogido por el heredero. Se habría optado por recurrir a la ficción de prolongar la vida del causante hasta la aceptación, estableciéndose que la *herencia yacente* "*defuncti locum optinet*" En la época del derecho post-clásico, se confirió a la *herencia yacente* la calidad de persona jurídica; tenía facultad para adquirir nuevos bienes e incrementar el patrimonio hereditario; también éste podía ser disminuido por el cumplimiento de las obligaciones que hubiese contraído el causante. En el derecho justineano a la *herencia yacente* se la constituyó como "universalidad jurídica" "*universitates rerum*".

4. LA HERENCIA YACENTE Y SU TRATAMIENTO CONTEMPORÁNEO

Esta última parte está dedicada al derecho positivo, es decir, al derecho legislado. Estimamos útil recordar que el derecho positivo, como enseña el pro-

fesor Hans Kelsen, (1961, pp. 9-45). es norma puesta, es un derecho creado mediante actos de voluntad de las personas, creado por el arbitrio humano y por consiguiente variable, mediante la legislación y la costumbre. La herencia yacente no es solo una institución jurídica objeto de estudio de la historia del derecho y del derecho romano, dicho instituto jurídico está incorporado en los códigos civiles luso-americanos, como se podrá apreciar a continuación.

4.1. Código civil de Portugal

El código civil de Portugal, de 25 de noviembre de 1966, regula el instituto jurídico de la herencia yacente de la siguiente manera: Livro V. Direito das Sucessões. Capítulo III. Herança yacente. Artigo 2046º (Noção). *Diz-se yacente a herança aberta, mas ainda não aceita nem declarada vaga para o Estado.*

4.2. Código civil do Brasil

El código civil de Brasil del 10 de enero 2002, gracias a una ley que refundió el código civil, regula el instituto jurídico de la herencia yacente de la siguiente manera: Livro V. Do Direito das Sucessões. Capítulo VII. Da Herança Jacente. Art. 1.819. *Falecendo alguém sem deixar testamento nem herdeiro legítimo notoriamente conhecido, os bens da herança, depois de arrecadados, ficarão sob a guarda e administração de um curador, até a sua entrega ao sucessor devidamente habilitado ou à declaração de sua vacância.*

4.3. Código civil de Italia

Código civil, 16 marzo 1942, regula el instituto jurídico de la herencia yacente de la siguiente manera: **Libro Secondo. Delle successioni.** Capo VIII. Dell'eredità giacente. Art. 528 Nomina del curatore. *Quando il chiamato non ha accettato l'eredità e non è nel possesso di beni ereditari, il tribunale del circondario (1) in cui si è aperta la successione, su istanza delle persone interessate o anche d'ufficio, nomina un curatore dell'eredità. Il decreto di nomina del curatore, a cura del cancelliere, è pubblicato per estratto nel foglio degli annunci legali della provincia (2) e iscritto nel registro delle successioni. Per approfondimenti vedi la guida sull'eredità giacente.*

(1) Le parole: “della pretura del mandamento” sono state sostituite dalle parole: “dal tribunale del circondario” dal D. L.vo 19 febbraio 1998,

n. 51, recante l'istituzione del giudice unico, a decorrere dal 2 giugno 1999.

(2) I fogli degli annunci legali delle province sono stati aboliti dalla Legge 24 novembre 2000, n. 340.

Al respecto, es necesario señalar lo que señala el professor Bianca, (2005, pp. 578-579), que el código civil italiano, no proporciona una definición de herencia yacente y solo se limita a establecer los presupuestos de dicho instituto. Esos presupuestos son tres. I. Que no haya aceptación del llamado a recoger la herencia. II. Que, el llamado a recoger la herencia, no haya tomado posesión de ella. III. Que no haya sido designado, a petición de cualquier interesado o incluso de oficio, un curador. Según la doctrina y la jurisprudencia predominante en Italia, tales presupuestos deben coexistir todos.

4.4. Código civil de Honduras

El código civil de Honduras de 01 de marzo de 1906. Regula el instituto jurídico de la herencia yacente de la siguiente manera: Libro III De la sucesión por causa de muerte y de las donaciones entre vivos. Título VII De la apertura de la sucesión y de su aceptación, repudiación e inventario. Capítulo II. Reglas particulares relativas a las herencias. Artículo ° 1187: *Si dentro de quince días de abrirse la sucesión no se hubiere aceptado la herencia o una cuota de ella, el Juez, a instancia del cónyuge sobreviviente o de cualquiera de los parientes o dependientes del difunto, o de otra persona interesada en ello o de oficio, declarará yacente la herencia; se insertará esta declaración en el periódico oficial y del departamento, si los hubiere, y en carteles que se fijarán en tres de los parajes más frecuentados del lugar; y se procederá al nombramiento de curador de la herencia yacente.*

4.5. Código civil del Japón

El código civil del Japón, regula el instituto jurídico de la herencia yacente de la siguiente manera: Título IV. De la aceptación y repudiación de la herencia. Capítulo I. Disposiciones Generales. Artículo. 918. Herencia yacente. 1. *Hasta la aceptación o repudiación de la herencia, el heredero [Rectius: llamado] deberá administrar el haber hereditario con las mismas diligencias que sus propios bienes.* 2. *En Cualquier momento, el Juzgado de Familia, a solicitud de parte interesada o del Fiscal, podrá adoptar las medidas necesarias para la*

conservación del caudal relicto. 3. Cuando el Juzgado de Familia nombre un administrador del haber hereditario, se aplicará con las debidas modificaciones lo dispuesto en los artículos 27 a 29.

El código civil japonés de 1898, señalaron Domingo y Barberan, es paradigma del cambio jurídico protagonizado por el archipiélago nipón durante la restauración Meiji (1868-1912). Se produjo, por entonces, una rápida modernización del país gracias, en parte, a su apertura a Occidente. En un congreso internacional celebrado en San Luis (estado de Missouri) a los pocos años de su entrada en vigor, uno de sus tres redactores, Nobushige Hozumi (1855-1926), calificó el Código como «un fruto de la ciencia del Derecho comparado»³ y afirmó que, con él, el Derecho japonés se había emancipado de la familia jurídica china a fin de incorporarse a la romana. Como se puede apreciar, el código del Japón no describe qué es la herencia yacente, sin embargo, el artículo lleva el epígrafe de tal sin enunciarlo.

4.6. Código civil del Perú

La codificación civil del Perú, como está documentado en la historia del derecho peruano, se manifestó a través de tres códigos: el código civil de 1852, el código civil de 1836 y el vigente código civil de 1984, la referencia sobre la herencia yacente en el código civil de 1852, queda documentada de la siguiente manera: Art. 760. El término para aceptar la herencia es: de tres meses, si el heredero existe en la provincia en que ha muerto el heredero; de cuatro meses, si está fuera de la provincia, pero dentro del departamento; de seis meses, cuando no está dentro del departamento, pero si en la República y es de un año, si se halla fuera de la República. El derogado código civil de 1852, reguló, de manera implícita, el instituto de la herencia yacente, no lo mencionó de manera explícita, sin embargo, recordemos qué es la herencia yacente, es el período que existe entre la muerte del dueño de un patrimonio y la aceptación de éste por el llamado a heredar. El plazo largo, que consigna la norma es de un año y el plazo corto es de tres meses.

El derogado código civil de 1936, reguló, también, de manera implícita, el instituto de la herencia yacente, no lo mencionó de manera explícita, la referencia sobre la herencia yacente, en dicho código, quedó documentada de la siguiente manera: Artículo 672.- El término para renunciar la herencia es de tres meses si el heredero está en la República y de seis meses si está en el extranjero.

Este término [plazo] no se interrumpe por ninguna causa. El instituto de la herencia yacente, se entenderá mejor, documentándolo con el siguiente, Artículo 675.- El derecho de aceptar o renunciar la herencia pasa a los herederos, pero en tal caso el plazo del artículo 672 corre a partir de la fecha del fallecimiento del primer llamado. Al igual que en el derogado código civil de 1852, en el código de 1936, hubo un plazo largo de seis meses y un plazo corto de tres meses.

Finalmente, el código civil de 1984, en vigor, regula, también, de manera implícita, el instituto de la herencia yacente, no lo menciona de manera explícita, la referencia sobre la herencia yacente, en dicho código, queda documentada de la siguiente manera: Presunción de aceptación de herencia Artículo 673°.- La herencia se presume aceptada cuando ha transcurrido el plazo de tres meses, si el heredero está en el territorio de la República o de seis, si se encuentra en el extranjero y no hubiera renunciado a ella. Estos plazos no se interrumpen por ninguna causa

CONCLUSIONES

1. Se puede sostener que el Derecho romano, tiene una marcada influencia sobre el derecho civil contemporáneo.
2. Se puede afirmar que las instituciones de derecho romano, relativas a las personas jurídicas gozan de actualidad y vigencia en el derecho positivo.
3. Se puede acreditar que la institución de la herencia yacente, está regulada en algunos códigos de manera expresa y en otros de manera implícita.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Bianca, M., (2005). Diritto Civile. Vol. 2, Giuffrè
- Di Pietro, A., (1999). Derecho privado romano. Segunda Edición. Ediciones De Palma.
- Eguiguren, L., (1952). El centenario del código civil de 1852. Revista del Foro. Lima. Colegio de Abogados.
- Errazuriz E., M., (1984). Apuntes de derecho romano (De la sucesión por causa de muerte). Editorial Jurídica de Chile. Segunda Edición,

- Floris Margadant S-S, G., (1960). El significado del Derecho Romano dentro de la enseñanza jurídica contemporánea. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Guiñazú Mariani, M., (2005). Las personas jurídicas en el derecho romano. En: XVII Encuentro Nacional de Profesores de Derecho Romano, Luis Rodolfo Argüello. Organizado por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Universidad Nacional del Comahue. Octubre 2005. Versión PDF. Recuperado de: www.edictum.com.ar.
- Iglesias, J., (2004). Derecho romano. Décimo quinta edición. Revisada por Juan Iglesias-Redondo. Ariel.
- Iglesias, J., (1993). Cultura, universidad y derecho romano en la encrucijada de nuestro tiempo. *Thémis*. N° 25, pp. 19-30. PUCP.
- Kelsen, H. (1961). La doctrina del derecho natural y el positivismo jurídico. Traducción realizada por Eugenio Bulygin. *Revista Jurídica de Buenos Aires*, N° IV, Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires. pp. 9-45.
- Lobrano, G., (2011). Congreso Latinoamericano de Derecho Romano. Realizado en la PUCP, en el mes de julio del año 2011. Entrevista. Recuperado de:
<http://puntoedu.pucp.edu.pe/entrevistas/el-derecho-romano-tiene-un-papel-importante-en-la-formacion-del-jurista-y-de-su-pensamiento-democratico.XVII>
- Martín Martínez, I., (s.f.). El estudio del derecho romano actual. Recuperado de: <http://digitum.um.es/xmlui/bitstream/ElEstudiodelDerechoRomanoActual.pdf>
- Panero Gutiérrez, R., (2000). Derecho romano. Tirant lo Blanch.
- Petit, E., (1961). Tratado elemental de derecho romano. Editorial Nacional.
- Puig Peña, F., (1954) Tratado de derecho civil español. Tomo IV, vol. 1. Editorial Revista de Derecho Privado.
- Rodríguez Pastor, C., (1938). Prontuario de derecho romano. Imprenta Americana.
- Saieilles, R. (1922). De la personnalité juridique; histoire et théories; vingt-cinq leçons d'introduction à un cours de droit civil comparé sur les

personnes juridiques. 2da. Edition. Avec preface de H Capitant. Librairie A. Rousseau.

Ugarte del Pino, V. (1965). La obra jurídica del Mariscal Santa Cruz. Conferencia dictada en el Colegio de Abogados de Lima.

Valverde, E. (1951). Derecho de sucesiones en el código civil peruano. Tomo I. Talleres gráficos del Ministerio de Guerra.

Zamalloa Armejo, R. (1964). Andrés de Santa Cruz. Biblioteca hombres del Perú. Segunda serie. Tomo V. Editado por Hernán Alva Orlandini. p. 67.

LA VIDA PRIVADA, LOS NEURODERECHOS Y EL PELIGRO ANTE EL DESARROLLO DE LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN

Julio Núñez Ponce(*)

1. INTRODUCCIÓN

En 1994 se llevó a cabo el I Congreso Internacional de Derecho e Informática⁽¹⁾; en dicho evento el Dr. Juan Morales Godo presentó la Ponencia: “La Vida Privada y el Peligro ante el desarrollo de la Informática”. Más de veinticinco años después desarrollamos en el presente libro de homenaje una investigación que relaciona la vida privada con los neuroderechos y analiza los peligros que surgen en torno a la neurotecnología y tecnologías de información y comunicaciones (TICs).

A medida que cada vez más aspectos de la vida de las personas son capturadas en formato digital, la cuestión de cómo preservar la privacidad y garantizar los datos personales se torna más importante y más complicada. La libertad y la privacidad son afectadas por la tecnología. Las reflexiones de hace veinticinco años de que “la lucha permanente del ser humano ha sido por la libertad, por librarse de todo aquello que impide su libre desarrollo personal” (MORALES GODO: 1996: 24), vuelve a tomar cada vez vigencia con el desarrollo de la neurotecnología y la identificación de los riesgos que afectan la vida privada.

(*) Doctor en Derecho y Ciencia Política por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Magister en Derecho Empresarial y Abogado por la Universidad de Lima. Profesor de Legislación de Medios Digitales en la Escuela de Postgrado de la UPC. Profesor de Tesis I y del Taller de Herramientas para la Investigación Jurídica en la Maestría de Ciencias Penales en la UNMSM. Profesor de Derecho de las Nuevas Tecnologías en la Universidad ESAN.

(1) El I Congreso Internacional de Derecho e Informática, se realizó del 24 al 28 de Octubre de 1994. Organizado por la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima.

Actualmente la tecnología de lectura de cerebros, tanto invasiva como no invasiva, es una realidad. Se ha logrado transmitir información sensorial captada por un brazo robótico hacia el cerebro de una persona. La neurotecnología permite aliviar el padecimiento de enfermedades como el Parkinson a través de la estimulación cerebral con electrodos, mejorando la calidad de vida del paciente, permitiéndoles ganar movilidad y control del habla. Otro avance de la neurociencia es el control de los deseos, a través de algoritmos capaces de reconocer señales producidas por el cerebro de personas obesas. Estos y otros avances nos permiten visualizar la cantidad de información que se almacena del cerebro usando la neurotecnología que puede originar riesgos que afecten la vida privada.

Ante el avance de la ciencia y la tecnología nos cuestionamos en forma similar a la que se hacía el Dr. Juan Morales Godo hace veinticinco años cuando afirmaba: “¿Cómo es que a través de la informática el ser humano puede ser agredido en su vida privada? De muchas maneras, dependiendo de quién lo haga y para qué” (MORALES GODO: 1996: 25). Parafraseándolo: ¿Cómo es que la neurotecnología puede vulnerar la vida privada? De muchas maneras, dependiendo quién (médico, ingeniero, gestor de banco de datos, etc) lo haga y para qué (controlar el cerebro, descubrir patrones a aplicarse en la inteligencia artificial, realizar un perfil de la personalidad, etc). “La perspectiva de entonces es clara: se pretende resolver la tensión existente entre el uso cada vez más generalizado de la informática {Neurotecnología} y el riesgo que el mismo puede suponer para la vida privada. Informática {Neurotecnología} versus intimidad: éste es el gran dilema” (PIÑAR MAÑAS: 2019: 349). En el presente aporte académico vamos a analizar esta relación.

2. TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN, VIDA PRIVADA Y NEURODERECHOS

“La Informática constituye un peligro cuando su uso es atentatorio contra la libertad y la dignidad del ser humano” (MORALES GODO: 1996: 26). La neurotecnología puede vulnerar la libertad y la dignidad de la persona humana. Es necesario proteger la integridad y la indemnidad mental en relación al avance de las neurotecnologías.

Esta nueva problemática nos hace reflexionar sobre la relación del derecho y la neurotecnología. En efecto, “la nueva ciencia y la nueva tec-

nología enfrentan al Derecho con una realidad diferente. Y ello supone el nacimiento de nuevos problemas que deben ser pensados de una manera diferente en términos jurídicos, con incluso repercusiones morales” (DE TRAZEGNIES: 2018:495). La relevancia e importancia de la neurociencia, los neuroderechos y las neurotecnologías son cada vez más evidentes en el avance de la humanidad.

“El concepto de neuroderecho surge, de conectar lo cerebral con lo mental mediante el trazado de un mapa de los circuitos y redes neuronales específicos que generarían nuestra actividad consciente” (LOPEZ-SILVA: 2021: 58). Los desafíos que origina la interfaz cerebro-computador u otras neurotecnologías plantean desafíos a la comunidad científica que deben tener su correlato en el ámbito jurídico. El Derecho debe estar acorde con la realidad que cambia constantemente en el ámbito de la tecnología.

El avance de las ciencias del cerebro y de la conexión neuronal permiten analizar, registrar, alterar y/o manipular la actividad del cerebro. La neurotecnología junto a la inteligencia artificial acceden a la información almacenada en el cerebro pudiendo incluso escribir la actividad cerebral de las personas.

En el contexto actual, la tecnología capaz de interactuar con el cerebro avanza mucho más rápido que la legislación para garantizar la seguridad jurídica de esta. Por ello, surge la necesidad de legislar los “neuroderechos”. Y ha sido en esta práctica donde España, de manera pionera frente a Europa, ha planteado su protección de manera oficial con la publicación de la Carta de Derechos Digitales de la ciudadanía⁽²⁾.

La Carta articula 25 derechos agrupados en cinco categorías: derechos de libertad (incluye algunos como la protección de datos en el entorno digital o a la herencia digital); derechos de igualdad (como la protección de menores en entorno digital); derechos de participación y conformación del entorno digital (a la libertad de expresión o a la educación digital, entre otros); derechos del entorno laboral y empresarial; y derechos digitales en entornos específicos (como la investigación científica o la inteligencia artificial).

(2) Se trata de un documento elaborado por un grupo de expertos en diferentes campos a iniciativa de la Secretaría de Estado de Digitalización e Inteligencia Artificial del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital del Gobierno de España. Presentado en la Moncloa el 14 de Julio de 2021.

Frente a la intromisión producida por la neurociencia en los procesos cerebrales con la finalidad de realizar estudios de enfermedades cerebrales como Alzheimer, esquizofrenia, entre otras, encontramos algunas prácticas como el *neuromarketing* que permiten estudiar el cerebro para obtener tipos de comportamientos del individuo derivándose en una posible vulneración de la privacidad de las personas⁽³⁾.

Los neuroderechos, la robótica y la inteligencia artificial han originado debate jurídico en torno a la privacidad, ética y dignidad, así como la responsabilidad civil de los actos de los robots en el ámbito de la neurociencia. En este orden de ideas en Europa⁽⁴⁾ se contempla la posibilidad de crear a largo plazo una personalidad específica para los robots de forma que, como mínimo, los robots autónomos más complejos puedan ser considerados personas electrónicas responsables de reparar los daños que puedan causar, y posiblemente aplicar la personalidad electrónica a aquellos supuestos en los que los robots tomen decisiones autónomas inteligentes o interactúen con terceros de forma independiente.

Otros tema jurídico relacionado con los neuroderechos es el derecho a la identidad digital ante el riesgo que cuando se conecta el cerebro a un interfaz inteligente, es posible que los atributos de la persona varíen, aumentando la posibilidad que cuando se conecten a la red tengan más el yo del sistema inteligente que su propio yo, originándose un proceso de disminución de los atributos que conforman la identidad digital por aplicación de la neurotecnología.

3. FUNDAMENTOS PARA LA REGULACIÓN JURÍDICA DE LA PROTECCIÓN DE LA PRIVACIDAD FRENTE A LOS NEURODERECHOS.

“El derecho de privacidad todavía tiene como finalidad proteger la vida íntima de la persona humana, sin embargo el concepto de privacidad se irá modificando con el transcurso del tiempo y el desenvolvimiento de la tecnología y las relaciones virtualizadas...” (CASTRO MACHADO: 2018: 17). La neurociencia en la actualidad ha logrado que la lectura del cerebro y su regis-

(3) Vid. <https://ecija.com/sala-de-prensa/como-defender-nuestra-privacidad-e-identidad-cerebral-frente-a-los-riesgos-de-la-neurotecnologia/>

(4) En este sentido, la resolución del Parlamento Europeo del 16 de febrero de 2017, menciona recomendaciones de derecho civil sobre robótica

tro digital dejen de ser ciencia ficción. Los avances de la ingeniería biomédica para el tratamiento de pacientes con parálisis física y su curación con el uso de la neurotecnología, son cada vez más frecuentes.

“El jurista tiene que ser, ante todo una persona culta, una persona informada en todos los campos que de una manera u otra afectan la vida entre los hombres. Por tanto, un acercamiento del Derecho a la ciencia es indispensable” (DE TRAZEGNIES: 2018:513). Este acercamiento del jurista a la ciencia a través de la doctrina, la jurisprudencia y la legislación debe lograr una regulación jurídica eficaz de la protección de la privacidad frente a los neuroderechos.

Recuerdo los diálogos jurídicos académicos con el Dr. Juan Morales Godo⁽⁵⁾ en torno a la privacidad, la tecnología y el avance de la ciencia. Su defensa de la libertad, la dignidad humana, los derechos de la persona, frente al avance de la tecnología era distintivo de su pensamiento jurídico. Esta misma fundamentación en su esencia puede aplicarse a los nuevos problemas jurídicos planteados por las nuevas tecnologías.

Para los juristas la neurociencia es un desafío que apasiona y que obliga a mantener la vigilancia de garantizar la protección de la privacidad, la libertad, la dignidad y la identidad. En un entorno digital la identidad digital contiene la unidad de la persona y su proyecto de vida. El ordenamiento jurídico debe contemplar en la regulación de la privacidad frente a la amenaza a los neuroderechos disposiciones que protejan a las personas del uso indebido de la neurotecnología que origine pérdida de atributos de las personas y su transferencia indebida de atributos de los sistemas inteligentes.

4. PROTECCIÓN DE LOS NEURODERECHOS E INTELIGENCIA ARTIFICIAL

“La complejidad de las Tecnologías de Inteligencia Artificial ha alimentado temores en el sentido que estos sistemas pueden causar daño ante el surgimiento de circunstancias imprevistas o que pueden ser manipulados para comportarse de formas dañinas” (MICROSOFT: 2018: 70). Con respecto a

(5) Durante varios años coincidimos con el Dr. Juan Morales Godo en viajes a Chiclayo para dictar cátedra a nivel de postgrado, donde hubo espacios para el diálogo y tertulia académica sobre estos temas. Los distintos docentes que participamos en estas experiencias, nos identificamos con la denominación: “Mochileros Académicos”.

la neurotecnología los sistemas de inteligencia artificial deben ser operados de manera fiable, segura y consistente para ser confiables. Con el desarrollo de la robótica y los algoritmos inteligentes que permiten el aprendizaje autónomo, los riesgos de que su uso en la neurotecnología generen daños se acrecienta.

El impacto de la inteligencia artificial, el bigdata, la computación en la nube, el internet de las cosas el uso de algoritmos inteligentes va a seguir transformando nuestra sociedad. La inteligencia artificial (IA) es el conjunto de tecnologías que permiten la simulación del pensamiento humano. Los sistemas de IA permiten percibir, aprender, razonar y colaborar en la toma de decisiones para resolver problemas en forma similar al que realiza el ser humano.

La Inteligencia Artificial (IA) puede traer grandes beneficios a la humanidad, entre los cuales podemos mencionar: a) La IA mejora el análisis de imágenes en la medicina que coadyuvan a un tratamiento más eficaz de las enfermedades. b) La IA hace posible que personas con discapacidad visual puedan escuchar información sobre la realidad que los rodea. c) La IA aplicada a la neurotecnología crea un interfaz con el cerebro que con correcto monitoreo puede solucionar múltiples problemas en la mente humana; entre muchas otras.

Pero también la IA puede generar riesgos a la privacidad como el desciframiento, intervención y manipulación de la actividad mental. Lo que origina la necesidad de la aplicación de principios éticos a neurotecnología, que incluye el respeto y aplicación de la legislación de protección de datos personales a esta actividad garantizando los neuroderechos y la seguridad digital de esta información.

Entre los temas a regularse tenemos: i) El cyborg como sujeto de regulación legal. El ciborg o cyborg es un ser compuesto de elementos orgánicos y dispositivos cibernéticos generalmente con la intención de mejorar las capacidades de la parte orgánica mediante el uso de la tecnología⁽⁶⁾. ii) Bigdata y algoritmos para predicción delictiva El análisis de datos con inteligencia artificial constituye herramienta útil para la policía para analizar la probabili-

(6) El término fue formulado por Manfred E. Clynes y Nathan S.Kline en 1960 para referirse a un ser humano mejorado que podía sobrevivir en entornos extraterrestes. Un ciborg es esencialmente un sistema hombre-máquina que permite la conexión física y metafísica de la humanidad con la tecnología.

dad que se produzca un delito en determinada zona, mediante la simulación inteligente de la mente criminal.

Recientemente en Chile se ha regulado los neuroderechos, mediante la ley que establece la neuroprotección⁽⁷⁾, que tiene como objetivo:

“Proteger la integridad física y psíquica de las personas, a través de la protección de la privacidad de los datos neuronales, del derecho de autonomía o libertad de decisión individual y del acceso sin discriminaciones arbitrarias a aquellas neurotecnologías que conlleven aumentos de las capacidades psíquicas” (Art. 1, inciso a).

La protección a la privacidad de los datos neuronales que pueden ser conocidos, tratados, manipulados, procesados, monitoreados y controlados por la neurotecnología y por sistemas de inteligencia artificial tiene una específica regulación en este marco legal. Se relaciona esta protección con el derecho de autonomía o libertad de decisión, teniendo en cuenta que la capacidad de tomar nuestras propias decisiones y desarrollar nuestra vida diaria conforme nuestra voluntad es fundamental para la dignidad humana. La norma resguarda la actividad cerebral, así como la información proveniente de ella y garantiza el acceso sin discriminaciones arbitrarias a la neurotecnología que trae efectos beneficiosos a la mente, como el aumento de las capacidades psíquicas.

Asimismo, la ley chilena que establece la neuroprotección tiene por objeto: “fomentar la concordancia entre el desarrollo de neurotecnologías e investigación médico-clínica con los principios éticos de la investigación científica y médica y así sean favorables al bien y beneficio común” (Art. 1, inciso b).

Fomentar la concordancia significa fortalecer la correspondencia o conformidad entre las neurotecnologías y la investigación médico-clínica que aplica el big data, las redes neuronales, la inteligencia artificial y otras tecnologías con los principios y normas éticas que incluyen la fiabilidad, en la medida que los sistemas de inteligencias artificial deben funcionar de manera fiable y segura. Asimismo, deben respetar la privacidad considerando que cada vez con más frecuencia los aspectos de nuestra vida son registrados en formato digital.

(7) Ley Chilena que establece la Neuroprotección. En Setiembre de 2021 la Camara de Diputados de Chile con 121 votos y 5 abstenciones ratificó la aprobación previa que el Senado había dado al proyecto.

Finalmente, la ley chilena que establece la neuroprotección tiene por objeto: “Garantizar la información a los usuarios de neurotecnologías sobre sus potenciales consecuencias negativas y efectos secundarios, y el derecho al control voluntario sobre el funcionamiento de cualquier dispositivo conectado a su cerebro” (Art. 1, inciso c))

Las potenciales consecuencias negativas deben ser informadas a los usuarios en forma completa, de tal modo que puedan evaluar los efectos secundarios y ejercer un control efectivo de cualquier dispositivo o interfaz conectado a su cerebro que puede ser procesado por sistemas de inteligencia artificial.

5. PRINCIPIOS BÁSICOS PARA UNA LEGISLACIÓN DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES RELACIONADOS CON LOS NEURODERECHOS

La Ley peruana de Protección de Datos Personales 29733, tiene por objeto garantizar el derecho fundamental a la protección de los datos personales, previsto en el artículo 2 numeral 6 de la Constitución Política del Perú⁽⁸⁾, a través de su adecuado tratamiento, en un marco de respeto de los demás derechos fundamentales que en ella se reconocen.

“En ciudades enormemente informatizadas, el uso del dato personal es sumamente peligroso si es que no se establecen las garantías constitucionales del caso para proteger a las personas” (TORRES Y TORRES LARA: 2004: 162). En el contexto actual con el avance de la neurotecnología la legislación debe proteger los neuroderechos.

Se entiende por Datos personales a toda información sobre una persona natural que la identifica o la hace identificable a través de medios que pueden ser razonablemente utilizados. Tratándose de los datos personales tratados en el ámbito de la neurociencia los principios aplicables deben proteger la información cerebral que puede ser registrada, compilada y manipulada por la neurotecnología y la inteligencia artificial.

“El principio es que, los datos personales tienen que ser de uso y manejo exclusivo de cada persona, con excepción lógicamente lo que se establezca

(8) Art. 2.- Toda persona tiene derecho: ... 6. “a que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar”.

por razones de seguridad” (TORRES Y TORRES LARA: 2004: 164). Consideramos que este principio mantiene su actualidad y es plenamente aplicable a los neuroderechos.

La Ley 29733 es de aplicación a los datos personales contenidos o destinados a ser contenidos en bancos de datos personales de administración pública y de administración privada, cuyo tratamiento se realiza en el territorio nacional. Son objeto de especial protección los datos sensibles⁽⁹⁾.

“Se abre una nueva etapa que se basa en la consideración de la protección de datos de carácter personal como un verdadero derecho fundamental autónomo e independiente del derecho a la intimidad” (PIÑAR MAÑAS: 2019: 350). Es en la protección de datos personales donde en nuestro ordenamiento jurídico peruano debe proteger los neuroderechos. Para tales efectos es necesario considerar los siguientes principios:

- a) Principio de legalidad El tratamiento de los datos personales se hace conforme a lo establecido en la ley. Se prohíbe la recopilación de los datos personales por medios fraudulentos, desleales o ilícitos. La veracidad de la información brindada para la recopilación de los datos cerebrales y el cumplimiento de la ley de protección de datos personales son determinantes para la protección de los neuroderechos.
- b) Principio de consentimiento Para el tratamiento de los datos personales debe mediar el consentimiento de su titular. El consentimiento tratándose de datos personales que ponen en riesgo los neuroderechos deben ser previo, libre, expreso e inequívoco e informado.
- c) Principio de finalidad Los datos personales deben ser recopilados para una finalidad determinada, explícita y lícita. El tratamiento de los datos personales no debe extenderse a otra finalidad que no haya sido la establecida de manera inequívoca como tal al momento de su recopilación. Tratándose de neuroderechos la finalidad en el tratamiento debe ser claramente determinada y estar conforme a ley.

(9) Son Datos sensibles, los Datos personales constituidos por los datos biométricos que por sí mismos pueden identificar al titular; datos referidos al origen racial y étnico; ingresos económicos, opiniones o convicciones políticas, religiosas, filosóficas o morales; afiliación sindical; e información relacionada a la salud o a la vida sexual.

- d) Principio de proporcionalidad Todo tratamiento de datos personales debe ser adecuado, relevante y no excesivo a la finalidad para la que estos hubiesen sido recopilados. Los avances actuales permiten la posibilidad de analizar, registrar, alterar y /o manipular la actividad del cerebro, a través de la “neuromodulación” que puede realizarse conjuntamente con la neurotecnología y Inteligencia Artificial, que pueden implicar la vulneración de los principios finalidad y proporcionalidad.
- e) Principio de calidad Los datos personales que vayan a ser tratados deben ser veraces, exactos y, en la medida de lo posible, actualizados, necesarios, pertinentes y adecuados respecto de la finalidad para la que fueron recopilados. Deben conservarse de forma tal que se garantice su seguridad y solo por el tiempo necesario para cumplir con la finalidad del tratamiento. Tratándose de datos cerebrales el cumplimiento del principio de calidad tiene especial relevancia en la aplicación de la neurotecnología y los sistemas de inteligencia artificial.
- f) Principio de seguridad El titular del banco de datos personales y el en cargado de su tratamiento deben adoptar las medidas técnicas, organizativas y legales necesarias para garantizar la seguridad de los datos personales. Las medidas de seguridad deben ser apropiadas y acordes con el tratamiento de los datos cerebrales y la protección de los neuroderechos.

Debe tenerse en cuenta que “la Inteligencia Artificial (IA) atrae casi por defecto la aplicación del régimen de protección de datos. Y en ocasiones, es casi el único régimen jurídico hoy día claramente aplicable” (COTINO HUESO: 2019: 928).

6. BANCO DE DATOS Y NEURODERECHOS

El nuevo Código Procesal Constitucional define el banco de datos como: “todo conjunto de datos organizado de información personal y que sean objeto de tratamiento o procesamiento físico, electrónico o computarizado, ya sea público o privado, y cualquiera que fuere la modalidad de su formación, almacenamiento, organización o acceso”. (Ley 31307art. 53)

La ley de protección de datos personales, define al banco de datos personales, como: “Conjunto organizado de datos personales, automatizado o

no, independientemente del soporte, sea este físico, magnético, digital, óptico u otros que se creen, cualquiera fuere la forma o modalidad de su creación, formación, almacenamiento, organización y acceso”. (Ley 29733, art. 2).

Teniendo en consideración los banco de datos personales, su debido registro y protección es necesario considerar que su existencia está relacionada con el ejercicio, entre otros, de los siguientes derechos:

- a) Derecho de información del titular de datos personales El titular de datos personales tiene derecho a ser informado en forma detallada, sencilla, expresa, inequívoca y de manera previa a su recopilación, sobre la finalidad para la que sus datos personales serán tratados; quiénes son o pueden ser sus destinatarios, la existencia del banco de datos en que se almacenarán, así como la identidad y domicilio de su titular y, de ser el caso, del encargado del tratamiento de sus datos personales; el carácter obligatorio o facultativo de sus respuestas al cuestionario que se le proponga, en especial en cuanto a los datos sensibles; la transferencia de los datos personales; las consecuencias de proporcionar sus datos personales y de su negativa a hacerlo; el tiempo durante el cual se conserven sus datos personales; y la posibilidad de ejercer los derechos que la ley le concede con respecto a los datos personales (incluidos los cerebrales) y los medios previstos para ello.
- b) Derecho de acceso del titular de datos personales El titular de datos personales tiene derecho a obtener la información que sobre sí mismo sea objeto de tratamiento en bancos de datos de administración pública o privada, la forma en que sus datos fueron recopilados, las razones que motivaron su recopilación y a solicitud de quién se realizó la recopilación, así como las transferencias realizadas o que se prevén hacer de ellos. Este derecho de acceso debe adecuarse a la realidad de la aplicación de la neurotecnología y los sistemas de inteligencia artificial.
- c) Derecho de actualización, inclusión, rectificación y supresión El titular de datos personales tiene derecho a la actualización, inclusión, rectificación y supresión de sus datos personales materia de tratamiento, cuando estos sean parcial o totalmente inexactos, incompletos, cuando se hubiere advertido omisión, error o falsedad, cuando

hayan dejado de ser necesarios o pertinentes a la finalidad para la cual hayan sido recopilados o cuando hubiera vencido el plazo establecido para el tratamiento de los datos personales cerebrales relacionados con los neuroderechos.

7. HABEAS DATA, PRIVACIDAD, NEURODERECHOS

El habeas data, conforme el nuevo Código Procesal Constitucional aprobado por Ley 31307, procede en defensa del derecho de acceso a la información pública. Asimismo, procede en defensa del derecho a la autodeterminación informativa, enunciativamente, bajo las siguientes modalidades, establecidas conforme el artículo 59 de la Ley 31307:

- 1) Reparar agresiones contra la manipulación de datos personalísimos almacenados en bancos de información computarizados o no.

Comentario: Este inciso incide en la manipulación de los datos personalísimos que incluyen los datos cerebrales y neuroderechos. Permite la reparación de agresiones contra la manipulación de datos

- 2) A conocer y supervisar la forma en que la información personal viene siendo utilizada.

Comentario: El conocimiento y supervisión de la forma en que los neuro derechos son utilizados implica conocer los medios tecnológicos comprendidos en la neurotecnología y la inteligencia artificial.

- 3) A conocer el contenido de la información personal que se almacena en el banco de datos.

Comentario: El derecho de acceder y conocer el contenido de la información personal que incluye los neuroderechos almacenados en un banco de datos.

- 4) A conocer el nombre de la persona que proporcionó el dato.

Comentario: En el ámbito de los neuroderechos conocer el nombre de la persona que proporcionó el dato implica conocer el nombre de los responsables de uso de la neurotecnología y de los sistemas de inteligencia artificial.

(...)

- 7) A modificar la información contenida en el banco de datos, si se trata de información falsa, desactualizada o imprecisa.

Comentario: La modificación de información contenida en el banco de datos de información cerebral tiene directa incidencia con los neuroderechos. Los supuestos de información falsa, desactualizada o imprecisa también son aplicables a las informaciones cerebrales.

(...)

- 11) A eliminar de los bancos de datos información sensible que afectan la intimidad personal, familiar o cualquier otro derecho fundamental de la persona.

Comentario: La eliminación de datos del cerebro que afectan la intimidad y otros derechos fundamentales son de especial relevancia en la problemática jurídica en torno a los neuroderechos.

(...)

- 14) A impedir la manipulación o publicación del dato en el marco de un proceso, con la finalidad de asegurar la eficacia del derecho a protegerse.

Comentario: Impedir la manipulación de los datos cerebrales es una de las principales disposiciones que protegen los neuroderechos.

- 15) A solicitar el control técnico con la finalidad de determinar si el sistema informativo, computarizado o no, garantiza la confidencialidad y las condiciones mínimas de seguridad de los datos y su utilización de acuerdo con la finalidad para la cual han sido almacenados.

Comentario: Las medidas de ciberseguridad son importantes y necesarias en el tratamiento de la información cerebral.

- 16) A impugnar las valoraciones o conclusiones a las que llega el que analiza la información personal almacenada.

Comentario: La valoración que se realiza de la información cerebral por el uso de la neurtecnología y la inteligencia artificial es necesario que pueda ser impugnada cuando atenta contra los derechos fundamentales, los neuroderechos y la protección de datos personales.

8. REFLEXIONES FINALES Y HOMENAJE AL DR. JUAN MORALES GODO

“Hoy se dice que quién tiene la información tiene el poder...La información es fundamental para todos...” (TORRES y TORRES LARA: 2004: 151). La información personal debe ser comunicada respetando la privacidad y la protección de datos personales. Este aporte académico desarrollado aspectos fundamentales en la protección de los neuroderechos.

La neurotecnología es la ciencia desde donde se crean los neuroderechos que deben ser protegidos ante los riesgos de vulneración de la privacidad.

Los avances tecnológicos permiten la existencia de dispositivos que transforman las señales acústicas en ondas eléctricas que estimulan el nervio auditivo o implantes que ayudan a revivir la médula espinal, entre otras aplicaciones. Los temas jurídicos planteados originan un espacio intelectual, para la reflexión, profundización e investigación.

Por otra parte, agradezco la invitación a participar en esta publicación de homenaje al Dr. Juan Morales Godo, a quien he conocido desde hace más de veinticinco años en la docencia universitaria y en los últimos años hemos profundizado esa amistad en los viajes para dictar clases en postgrado, en las tertulias intelectuales y en las reuniones de fraternidad, así como en el uso de los medios tecnológicos, porque en las redes sociales fortalecemos la amistad académica⁽¹⁰⁾. Recuerdo su claro análisis jurídico, su cordialidad, calidad humana y sentido del humor.

En frecuentes viajes coincidimos en diálogos jurídicos en torno a la privacidad, la tecnología y el derecho. Tengo la seguridad que el tema de los neuroderechos, la neurotecnología y los riesgos de vulneración de la privacidad tendrían su especial atención.

Otro de los aspectos que cultivamos en la amistad cordial que nos brindaba era su sentido del humor y su exquisito gusto culinario. Reconozco igualmente, que sabía apreciar las cualidades de sus colegas. Sabiendo de mi inspiración poética me animaba a que compartiese ese arte en la reunio-

(10) El 1 de febrero de 2015, escribía en redes sociales: Bienvenido Dr. Juan Morales Godo al Grupo Profesores de Postgrado en Derecho “Mochileros Académicos”, donde tenemos un espacio virtual para fortalecer nuestra amistad. Ya somos 30 miembros y en los encuentros anuales y las veces que coincidimos en los viajes académicos, cultivamos y desarrollamos nuestra amistad.

nes de fraternidad académica a las que asistíamos. Le expresaba mi convencimiento de que la poesía es la expresión del alma y el sentimiento y en este homenaje académico considero que es propicio recordarlo con fragmentos de un acróstico⁽¹¹⁾:

“Inteligencia con perseverancia creando alegrías/
Lealtad en muchos actos hoy mañana y siempre/
Optimismo de nuestro grupo de amigos reunidos/
Sabiduría en la Tablet, Facebook, whatsapp e internet/
Amistad virtual y presencial con excelente sonido/
Confianza en nuestro maestro el Dr. Juan Morales Godo /
Compañerismo que refuerza de los mochileros la unión/
Sinceridad que queda para la posteridad en la eternidad”.

Estos fragmentos reproducidos significan revivir momentos impercederos que quedarán en nuestra mente y corazón, donde la amistad, el intelecto y la trascendencia se unen. Reconocía en él una inteligencia que perseveraba en crear alegrías y potencializar las virtudes de los colegas a los cuales brindaba su amistad. Doctor Juan Morales Godo su legado intelectual, su labor académica, su calidad humana, cordialidad y empatía perduran en el tiempo.

BIBLIOGRAFÍA

CASTRO MACHADO, Aline: “Princípios e Direitos Constitucionais no Direito Digital”. En Libro “Direito Digital: Novas teses jurídicas” Ed. Lumen Juris Editora. Río de Janeiro, Brasil. 2018.

COTINO HUESO, Lorenzo: “Derecho y Garantías ante el uso público de Inteligencia Artificial, Robótica y Big Data”. En Libro “El Derecho de las TIC en Iberoamérica”: Ed. La LEY y FIADI. Montevideo, Uruguay. 2019.

(11) El 19 de Diciembre de 2015 escribía: “... Inteligencia con perseverancia creando alegrías/Lealtad en muchos actos hoy mañana y siempre/Optimismo de nuestro grupo de amigos reunidos/Sabiduría en la Tablet, Facebook, whatsapp e internet/Amistad virtual y presencial con excelente sonido/Confianza en nuestro “cheff” el Dr. Juan Morales Godo y nuestros maestros/Elegancia en el lenguaje y el vestir con celulares inteligentes/Identidad Mochilera que se reafirma cada año en esta reunión/ Compañerismo que refuerza de los mochileros la unión/Sinceridad que queda para la posteridad en la eternidad...”.

- DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando: “El Derecho frente a los desafíos que plantea la ciencia y la tecnología moderna”. En Libro Homenaje al Dr. Carlos Torres y Torres Lara. Ed. El Buho EIRL. Lima, Perú. 2018.
- LOPEZ-SILVA, Pablo y MADRID, Raúl: “Sobre la Conveniencia de incluir los neuroderechos en la Constitución o en la ley”. En Revista Chilena de Derecho y Tecnología. VOL. 10 NUM.1 (2021): PRIMER SEMESTRE 2021. En <http://www.rchdt.uchile.cl>
- MICROSOFT: “El Futuro Computarizado: La Inteligencia Artificial y su rol en la sociedad” Ed. Microsoft. Redmond, Washington. USA. 2018.
- MORALES GODO, Juan: “La Vida Privada y el Peligro ante el desarrollo de la Informática”. En Revista IUS ET PRAXIS Numero 26. 1996. Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. Lima, Perú. Páginas 24 a 38.
- PIÑAR MAÑAS, José Luis “El Derecho de la Protección de Datos Personales en la Perspectiva Europea”. En Libro “El Derecho de las TIC en Iberoamérica”: Ed. La LEY y FIADI. Montevideo, Uruguay. 2019.
- TORRES Y TORRES LARA, Carlos: “Testimonio en Informática Jurídica”. Colección Homenaje. Ed. Asesorandina Publicaciones. Lima, Perú. 2004.

EL DERECHO A LA VIDA: Visiones estadísticas de la realidad

Luis García Mori (*)

*En homenaje al Dr. Juan Morales Godo,
apreciado maestro universitario.*

RESUMEN

El derecho a la vida es la “piedra angular” de nuestro sistema jurídico, que tiene implícito el derecho a una vida digna, para lo cual es necesario tener presente diversos indicadores que nos permitan apreciarlo en su real dimensión. En tal sentido, en el presente artículo se destacan indicadores clave como esperanza de vida, tasa de mortalidad, alfabetización, servicios públicos por hogares, entre otros. Porque el derecho a la vida no debe limitar al análisis de un texto escrito, o un análisis exclusivamente exegético del texto jurídico, sino que tiene que tener un correlato con la realidad.

ABSTRACT

The right to life is the “cornerstone” of our legal system, which implicitly has the right to a dignified life, for which it is necessary to bear in mind various indicators that allow us to appreciate it in its real dimension. In this sense, this article highlights key indicators such as life expectancy, mortality rate, literacy, public services by household, among others. Because the right to life must not be limited to the analysis of a written text, or an exclusively exegetical analysis of the legal text, but must have a correlation with reality.

Palabras clave: derecho / vida / visiones / estadística / realidad

(*) Doctor en Derecho y Ciencia Política. Docente Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

1. LA “PIEDRA ANGULAR”

El derecho a la vida representa la “piedra angular” de nuestro sistema jurídico, de nuestra Constitución Política y de nuestra forma de comprender el mundo, teniendo como base al ser humano, su desarrollo, libertad y dignidad.

Muchas veces, damos por hecho que, la vida se abre paso de forma natural, pero ese paso no siempre es sencillo, y suele depender de los diferentes contextos donde se desarrolla, los cuales pareciera ser asumidos como “idénticos” en un análisis teórico, pero en la realidad, eso no es así.

Como bien destaca el profesor Carlos Fernández Sessarego (2001), de no existir el derecho a la vida carecería de sentido referirse a los demás derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico (p. 53).

Escribir sobre el derecho a la vida es escribir sobre el ser humano, que no debe limitarse a una mera existencia, sino que implica una dignidad. En tal sentido, sentido escribir sobre el derecho a la vida, debe tener implícita la connotación del derecho a una vida “digna”. Al respecto, el profesor Enrique Varsi Rospigliosi (2014) alude al derecho al “buen vivir” (p. 361). Pero, muchas veces entre la teoría y la realidad, hay una brecha, que requiere de un gran esfuerzo de la sociedad para poder ser “cerrada”, y brindar a todos sus ciudadanos las condiciones necesarias para poder desarrollar su personalidad en libertad, brindándole los recursos necesarios para ese desarrollo.

2. LA “ESPERANZA DE VIDA”

El ser humano se desarrolla en diversas etapas tales como la prenatal, la niñez, la adolescencia, la juventud, la adultez, la vejez, para finalmente afrontar el proceso de morir. La herencia genética y los factores ambientales van conformando la personalidad del ser humano, como bien destacan los profesores Grace J. Craig y Don Baucam (2001, p.87). Pero, ¿cuánto vive un ser humano?

Durante las últimas décadas ha habido un avance significativo en la esperanza de vida, en el país, que ha pasado de 48 años en 1960 a superar los 76 años en los años recientes.

Los datos estadísticos muestran que la esperanza de vida en el Perú, antes de la pandemia, en el año 2018, era de 76,52 años; siendo la esperanza

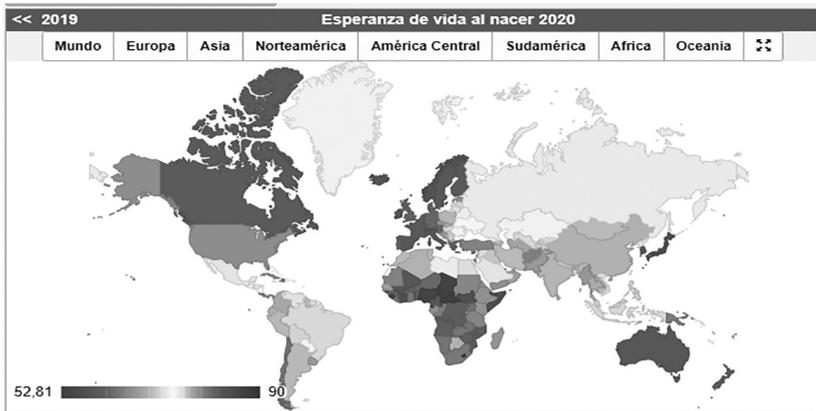
de vida de las mujeres de 79,28 años, mientras que la de los hombres, un poco menor, siendo de 73,83 años.

El año 2010 la esperanza de vida era de 74,41 años; el año 2000 era de 71,11 años; el año 90 era 66,17 años; el año 80 era de 60,24 años; el año 70 de 54,17 años; mientras que en el año 60 era de 48,01 años. En el siguiente cuadro se puede apreciar una evolución gráfica.



La esperanza de vida en Perú, de 76,52 años puede ser contrastada con otras partes del mundo; así, está por debajo de la esperanza de vida de Andorra, que al año 2012, era de 90 años, siendo ésta la más alta a nivel mundial; y por encima de la esperanza de vida de la República Centroafricana, que el año 2018 era de 52,81 años, siendo la más baja a nivel mundial. Una gráfica se puede apreciar a continuación:

GRÁFICA 2: Esperanza de vida a nivel mundial



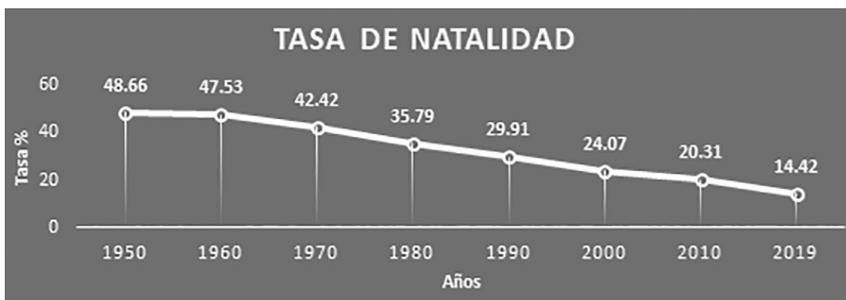
Fuente: <https://datosmacro.expansion.com/demografia/esperanza-vida/peru>

3. TASA DE NATALIDAD

La tasa de natalidad se ha ido reduciendo en el tiempo, en el país, pasando de 48,66% en 1950 a 14% en tiempos recientes, lo que como apreciaremos más adelante, irá modificando la pirámide poblacional.

La tasa de natalidad en el Perú, por cada mil habitantes, para el 2019, antes de la pandemia, era de 14,42%; en el 2010 fue de 20,31%; en el 2000 de 24,07%; en 1990 de 29,91%; en 1980 de 35,79%, en 1970 de 42,41%; en 1960 de 47,53% y en 1950 de 48,66%. Su evolución se puede apreciar en el siguiente cuadro:

GRÁFICA 3: Tasa de natalidad Perú



Fuente: elaboración propia con datos de:
<https://datosmacro.expansion.com/demografia/natalidad/peru>

La tasa de natalidad en Perú, de 14,42% puede ser contrastada con otras partes del mundo; así está por debajo de la tasa de natalidad de Nigeria, que al año 2018, era de 48,66%, siendo ésta la más alta; y por encima de la tasa de natalidad de Mónaco, que el año 2018 era de 5,90%, siendo la más baja a nivel mundial. Una gráfica se puede apreciar a continuación:

GRÁFICA 4: Tasa de natalidad en el mundo.



Fuente: <https://datosmacro.expansion.com/demografia/natalidad>

4. LA TASA DE MORTALIDAD

Frente a la esperanza de vida, tenemos la tasa de mortalidad, que se ha reducido de 22,48 por cada mil en 1950 a 5,79 en tiempos recientes.

La tasa de mortalidad en el Perú, por cada mil habitantes, para el 2019, antes de la pandemia, era de 5,79%; en el 2010 fue de 5,50%; en el 2000 de 5,75%; en 1990 de 7,28%; en 1980 de 9,85%, en 1970 de 14,07%; en 1960 de 18,75% y en 1950 de 22,48%. Su evolución se puede apreciar en el siguiente cuadro:

GRÁFICA 5: Tasa de mortalidad Perú



Fuente: elaboración propia con datos de:
<https://datosmacro.expansion.com/demografia/mortalidad/peru>

La tasa de mortalidad en Perú, de 5,79% puede ser contrastada con otras partes del mundo; así, está por debajo de la tasa de mortalidad de Lesoto, que al año 2018, era de 14,25%, siendo ésta la más alta; y por encima de la tasa de mortalidad Catar, que el año 2018 era de 1,20%, siendo la más baja a nivel mundial. Una gráfica se puede apreciar a continuación:

GRÁFICA 6: Tasa de mortalidad en el mundo



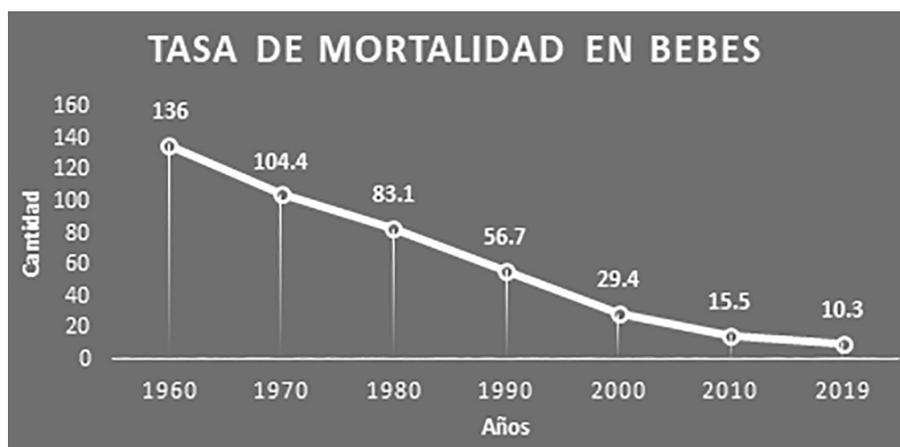
Fuente: <https://datosmacro.expansion.com/demografia/mortalidad>

5. TASA DE MORTALIDAD DE BEBÉS

El concebido es sujeto de derecho. Pero nacer, no es una tarea sencilla. Los primeros años son críticos para el desarrollo del bebé, como resaltan los profesores Carole Wade y Carol Tavrís (2003, p.399). Pero, no todos los bebés llegan a superar esta etapa de la vida.

Respecto a la tasa de mortalidad de bebés, por cada mil nacidos vivos, en Perú, se ha ido reduciendo en el tiempo, así, el año 2019 era del 10,3; el 2010 del 15,5, el 2000 de 29,5; el año 1990 era 56,7; en 1980 era de 83,1; en 1970 era de 104,4 y en 1960 era de 136. Su evolución se puede apreciar en el siguiente cuadro:

GRÁFICA 7: Tasa de mortalidad en bebés – Perú.



Fuente: elaboración propia con datos de:
Tasa de mortalidad, bebés (por cada 1.000 nacidos vivos) - Peru |
Data (bancomundial.org)

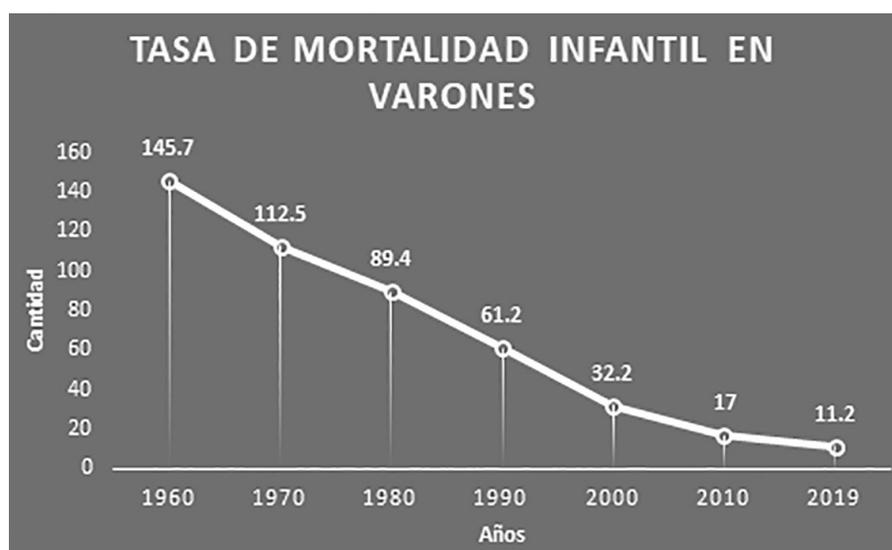
La tasa de mortalidad en bebés, en Perú, de 10,3; puede ser contrastada con otras partes del mundo; así está por debajo de países como Japón, cuya tasa es de 2 por mil; y por encima de Benín en África que está en 59 por mil.

6. TASA DE MORTALIDAD INFANTIL

El interés superior del niño, nos recuerda el profesor Alex Plácido (2015), debe corresponder a una protección integral (p. 133). En tal sentido, no debe perderse de vista la tasa de mortalidad infantil.

Respecto a la tasa de mortalidad infantil en varones, por cada mil, en Perú, la misma se ha ido reduciendo de manera significativa, así, el año 2019 era del 11,2; el 2010 del 17, el 2000 de 32,2; el año 1990 era 61,2; en 1980 era de 89,4; en 1970 era de 112,5 y en 1960 era de 145,7. Su evolución se puede apreciar en el siguiente cuadro:

GRÁFICA 8: Tasa de mortalidad infantil en varones.

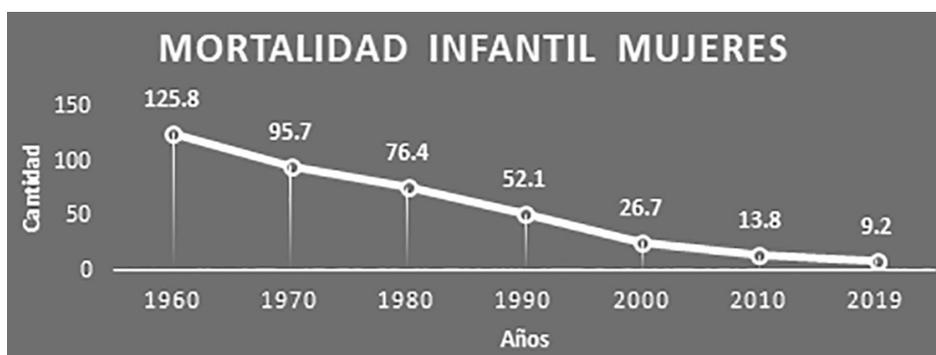


Fuente: elaboración propia con datos de:
Tasa de mortalidad infantil, varones (cada 1000 nacimientos vivos) - Peru |
Data (bancomundial.org)

La tasa de mortalidad infantil en varones, en Perú, de 11,2; puede ser contrastada con otras partes del mundo; así está por debajo de países como Chad, cuya tasa es de 75 por mil; y por encima de Finlandia que está en 2 por mil.

Respecto a la tasa de mortalidad infantil en mujeres, por cada mil, en Perú, también se aprecia una reducción significativa, así, el año 2019 era del 9,2; el 2010 del 13,8; el 2000 de 26,7; el año 1990 era 52,1; en 1980 era de 76,4; en 1970 era de 95,7 y en 1960 era de 125,8. Su evolución se puede apreciar en el siguiente cuadro:

GRÁFICA 9: Tasa de mortalidad infantil mujeres – Perú.



Fuente: elaboración propia con datos de:
Tasa de mortalidad infantil, mujeres (cada 1000 nacimientos vivos) - Peru |
Data (bancomundial.org)

La tasa de mortalidad infantil en mujeres, en Perú, de 9,2; puede ser contrastada con otras partes del mundo, así está por debajo de países como Chad, cuya tasa es de 63 por mil; y por encima de España que está en 2 por mil.

7. LA PIRÁMIDE POBLACIONAL

El profesor Fermín Chunga (2016) nos recuerda que el derecho no cumple sólo una función sancionadora, sino también instrumental en beneficio de los ciudadanos (p. 26). En tal sentido, es necesario comprender la conformación poblacional de la sociedad.

Respecto a la pirámide poblacional, se puede apreciar que cada día presenta un menor porcentaje de jóvenes, así, el año 2019 el 25,25% de la población era menor de 15 años; el 2010 el 30,10%, el 2000 el 34,44%; el año 1990 el 39,01%; en 1980 el 42,33%; en 1970 el 44,55% y en 1960 el 43,77%. Su evolución se puede apreciar en el siguiente cuadro:

GRÁFICA 10: Población menor de 15 años en Perú

Fuente: elaboración propia con datos de:
<https://datosmacro.expansion.com/demografia/estructura-poblacion/peru>

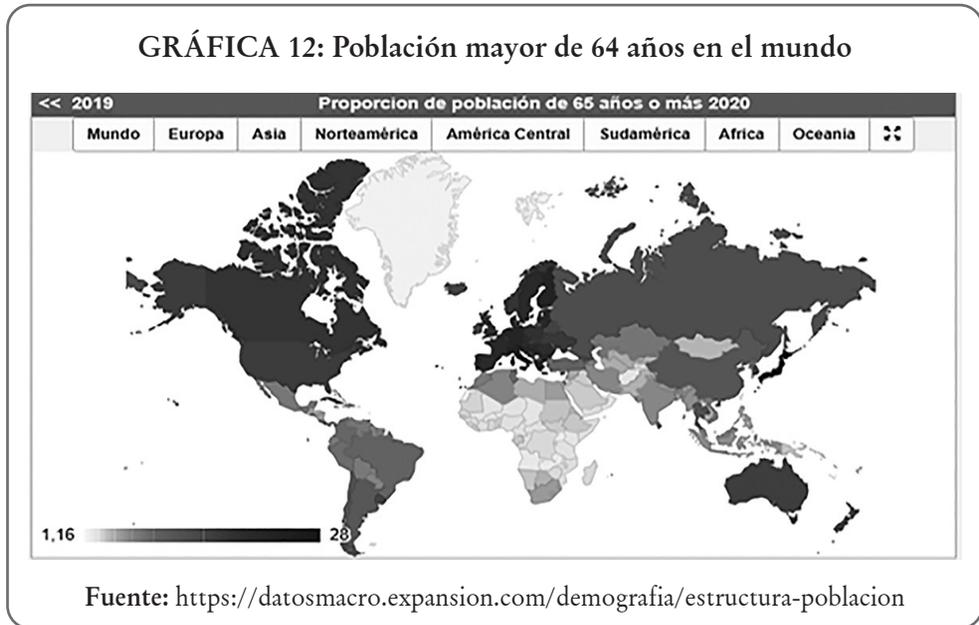
La pirámide poblacional en Perú, menor de 15 años, de 25,25% puede ser contrastada con otras partes del mundo, así está por debajo de Nigeria, que al año 2019, era de 49,84%, siendo ésta la más alta; y por encima de Singapur, que el año 2019 era de 12,33%, siendo la más baja a nivel mundial.

Respecto a la población en Perú mayor de 64 años, la misma aumenta en porcentaje, así, el año el 2019 era de 8,39%; el 2010 el 6,22%, el 2000 el 4,86%; el año 1990 el 4,01%; en 1980 el 3,64%; en 1970 el 3,46% y en 1960 el 3,42%. Su evolución se puede apreciar en el siguiente cuadro:

GRÁFICA 11: Población mayor de 64 años Perú

Fuente: elaboración propia con datos de:
<https://datosmacro.expansion.com/demografia/estructura-poblacion/peru>

La población en Perú, mayor de 64 años, de 8,39% puede ser contrastada con otras partes del mundo, así está por debajo de Japón, que al año 2019, era de 28%, siendo ésta la más alta; y por encima de Emiratos Árabes Unidos, que el año 2019 era de 1,16%, siendo la más baja a nivel mundial. Un cuadro se puede apreciar a continuación:



8. TASA DE ALFABETIZACIÓN

La educación es el motor del cambio social, que permita a las personas alcanzar mejores empleos, y, en consecuencia, obtener mayores recursos para poder vivir.

La tasa de alfabetización en adultos ha mostrado una evolución positiva, así ha pasado del 81,92% el año 1981 a 94,41% el 2018.

GRÁFICA 13: Tasa de alfabetización adultos Perú



Fuente: elaboración propia con datos de:
<https://datosmacro.expansion.com/demografia/tasa-alfabetizacion/peru>

La tasa de alfabetización de adultos en Perú puede ser disgregada en la tasa de alfabetización en hombres y la tasa de alfabetización en mujeres.

Respecto a la tasa de alfabetización en hombres en Perú, la misma ha tenido una curva positiva, así, el año 2018 era del 97,12%; el 2012 del 96,95%, el 2004 el 93,46%; el año 1993 el 92,85%; y, en 1981 el 90,14%. Su evolución se puede apreciar en el siguiente cuadro:

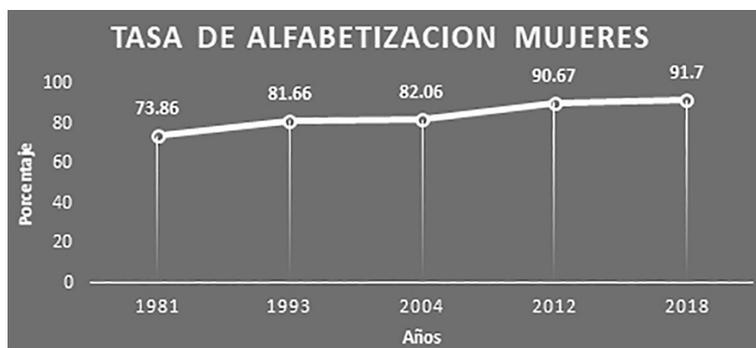
GRÁFICA 13: Tasa de alfabetización hombres Perú



Fuente: elaboración propia con datos de:
<https://datosmacro.expansion.com/demografia/tasa-alfabetizacion/peru>

Respecto a la tasa de alfabetización de mujeres en Perú, también se aprecia una curva ascendente, el año 2018 era del 91,70%; el 2012 del 90,67%, el 2004 el 82,06%; el año 1993 el 81,66%; y, en 1981 el 73,86%. Su evolución se puede apreciar en el siguiente cuadro:

GRÁFICA 14: Tasa de alfabetización mujeres Perú.



Fuente: elaboración propia con datos de:
<https://datosmacro.expansion.com/demografia/tasa-alfabetizacion/peru>

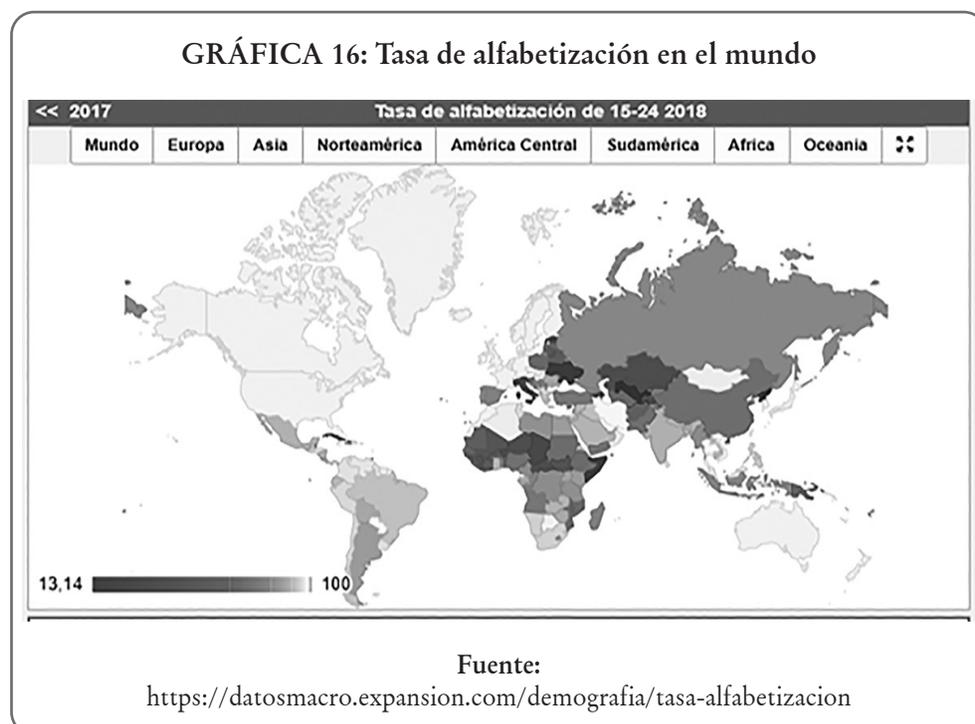
La tasa de alfabetización en mujeres, se complementa con la tasa de alfabetización de jóvenes mujeres, en Perú, que mejora, así, el año 2018 era del 98,97%; el 2012 del 98,68%, el 2004 el 95,66%; el año 1993 el 93,79%; y, en 1981 el 89,76%. Su evolución se puede apreciar en el siguiente cuadro:

GRÁFICA 15: Tasa de alfabetización jóvenes mujeres Perú



Fuente: elaboración propia con datos de:
<https://datosmacro.expansion.com/demografia/tasa-alfabetizacion/peru>

La tasa de alfabetización de adultos en Perú, de 94,41%; puede ser contrastada con otras partes del mundo; así está por debajo de Andorra, que al año 2016, era de 100%, siendo ésta la más alta; y por encima de Sudán del Sur, que el año 2018 era de 34,52%, siendo la más baja a nivel mundial. Un cuadro se puede apreciar a continuación:



9. DENUNCIAS POR TRATA DE PERSONAS

Pero la vida no es sencilla, está expuesta a diversos avatares, y afronta diversos peligros. Uno de ellos, está constituido por la trata de personas.

Respecto a la cantidad de denuncias por trata de personas, en Perú, el 2019 era de 734; el 2018 de 725, el 2017 de 539; el año 2016 de 539; el 2015 de 476; el 2014 de 212; el 2013 de 276 y el 2012 de 232. Su evolución se puede apreciar en el siguiente cuadro:

GRÁFICA 17: Denuncias por trata de personas Perú



Fuente: elaboración propia con datos de:
boletin_trata_de_personas_4.pdf (inei.gob.pe)

10. FEMINICIDIOS

Las sociedades también enferman del alma, y una de sus peores manifestaciones son los feminicidios, en el cual la pareja priva de la vida a la mujer que debió amar. Respecto a la cantidad de denuncias por feminicidio, en Perú, el 2018 era de 150; el 2017 de 131; el 2016 de 106; y el 2015 de 84. Su evolución se puede apreciar en el siguiente cuadro:

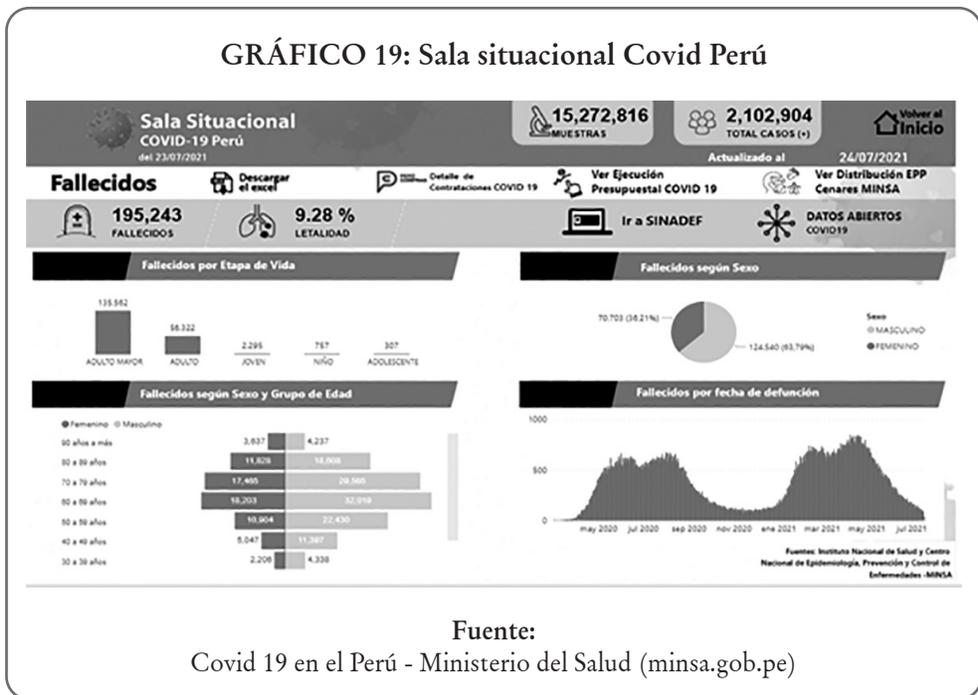
Gráfica 18: Cantidad de feminicidios Perú



Fuente: elaboración propia con datos de:
cap02.pdf (inei.gob.pe)

11. MUERTES POR COVID

La pandemia ha puesto en evidencia las carencias de los sistemas de salud, tanto públicos como privados. La tarea en salud para la defensa de la vida es una tarea pendiente. A julio de 2021, la sala situacional Covid muestra la cantidad de 195 mil muertos, de un total de 2 millones de afectados, lo que representa una letalidad del 9%. Un mayor detalle se aprecia en el siguiente gráfico:



El impacto de las muertes por Covid, se puede apreciar en la variación de muertes por años, así, a julio de 2021 había 179 mil defunciones, el año 2020 se tenía 212 mil, mientras que el 2019 se registraron 114 mil y el 2017 se registraban 92 mil. Un mayor detalle se aprecia en el siguiente cuadro:

GRÁFICA 20: Defunciones Perú



Fuente: elaboración propia con datos de:
.: REUNIS: Repositorio Único Nacional de Información en Salud -
Ministerio de Salud (minsa.gob.pe)

Con la muerte, el ser humano deja de ser sujeto de derecho, para convertirse en un objeto de derecho digno de ser protegido, nos recuerda el profesor Juan Espinoza Espinoza (2006, p. 682).

Cabe preguntarnos “¿dónde van los muertos a descansar?” Acaso productos del aumento dramático de decesos por Covid se han aumentado los cementerios públicos, o como la ciudad que ha crecido de manera informal, también se ha producido un “desborde” de cementerios informales. ¿Dónde está el Estado? ¿dónde está?

12. MUERTES VIOLENTAS

Pero la muerte no sólo llega por la vejez o por la enfermedad, sino también por situaciones violentas. El año 2019 se registraron 2438 muertes violentas, correspondiente a una tendencia en aumento desde el 2017. Dicha ten-

dencia cayó con la época de los confinamientos por la pandemia. Un cuadro con las tendencias se puede apreciar a continuación:

GRÁFICA 21: Cantidad de muertes violentas Perú



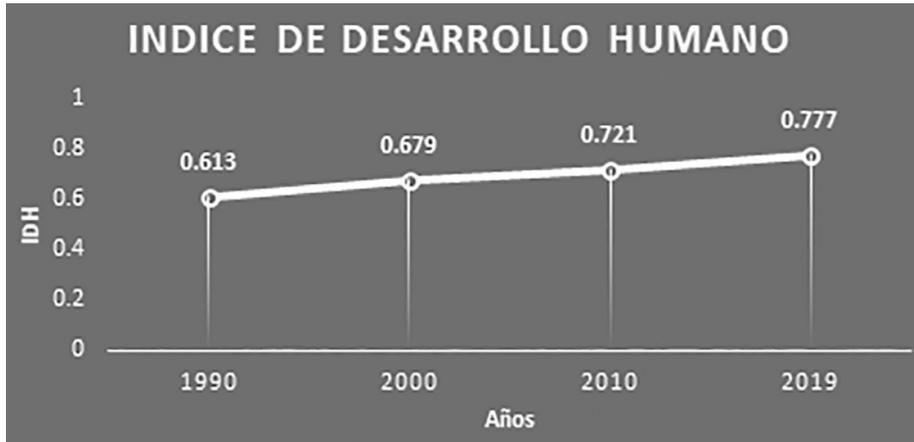
Fuente: elaboración propia con datos de:
https://www.minsa.gob.pe/reunis/data/defunciones_registradas.asp

13. EL ÍNDICE DE DESARROLLO HUMANO

El profesor Víctor Guevara Pozo (2004) enfatiza que los derechos de las personas son atributos esenciales cuya vulneración o supresión vulnera su dignidad (p. 99).

El índice del desarrollo humano, que comprende no sólo aspectos económicos, sino también sociales, ha mejorado en los últimos años; el 2019 era de 0,777; el 2010 de 0,721, el 2000 el 0-679; y el año 1990 el 0.613. Su evolución se puede apreciar en el siguiente cuadro:

GRÁFICA 22: Índice de Desarrollo Humano en Perú.



Fuente: elaboración propia con datos de:
<https://datosmacro.expansion.com/idh/peru>

El índice de desarrollo humano en Perú, de 0,777; puede ser contrastada con otras partes del mundo; así está por debajo de Noruega, que al año 2019, era de 0,957, siendo ésta la más alta; y por encima de Nigeria, que el año 2019 era de 0,394, siendo la más baja a nivel mundial. Un cuadro se puede apreciar a continuación:

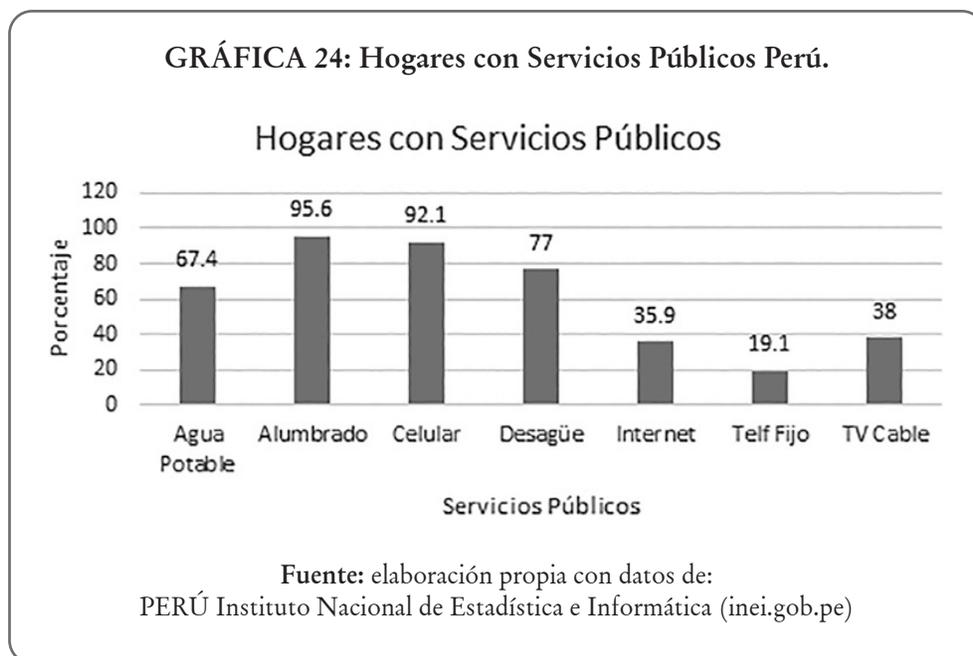
GRÁFICA 23: índice de Desarrollo Humano en el mundo.



Fuente: <https://datosmacro.expansion.com/idh>

14. HOGARES CON SERVICIOS PÚBLICOS

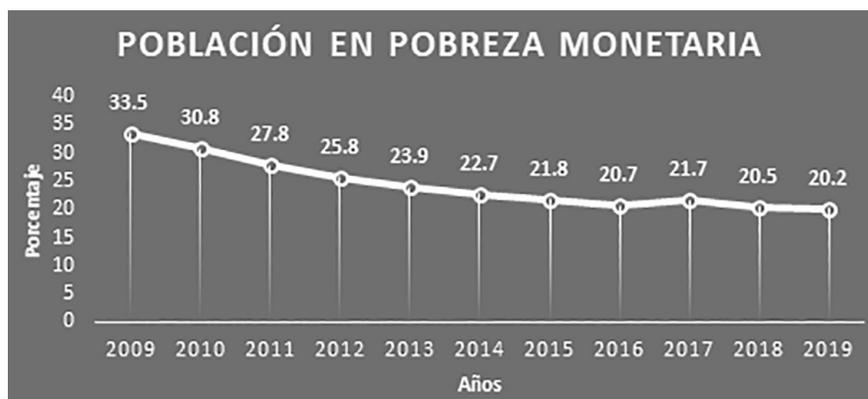
El servicio público, nos recuerda el profesor Gaspar Ariño Ortiz (2004), está asociado a los fines del Estado (p. 552). Hay que recordar que la gobernabilidad corresponde a la capacidad de los estados a atender las demandas sociales. Que la población cuente con diversos servicios públicos, contribuye a mejorar su calidad de vida. Un cuadro de servicios públicos por hogares, al 2019, se aprecia a continuación.



15. POBLACIÓN EN SITUACIÓN DE POBREZA

Uno de los indicadores más dramáticos, respecto a la calidad de vida, es el indicador de población en situación de pobreza. Si bien el indicador ha descendido de forma considerable del 33,5 % de la población el año 2009 a 20,2% el año 2019; aún hay mucho trabajo que realizar al respecto, para brindarle a todos los ciudadanos condiciones de vida dignas. El gráfico con las tendencias, se puede apreciar a continuación:

GRÁFICA 25: Población en pobreza monetaria.



Fuente: elaboración propia con datos de:
PERU Instituto Nacional de Estadística e Informática INEI

En lo que respecta al indicador de población en situación de pobreza extrema, muestra que la tendencia se ha reducido de un 9,5% el año 2009 a 2,9% el año 2019. El gráfico de tendencia se puede apreciar a continuación:

GRÁFICA 26: Población en pobreza extrema Perú.



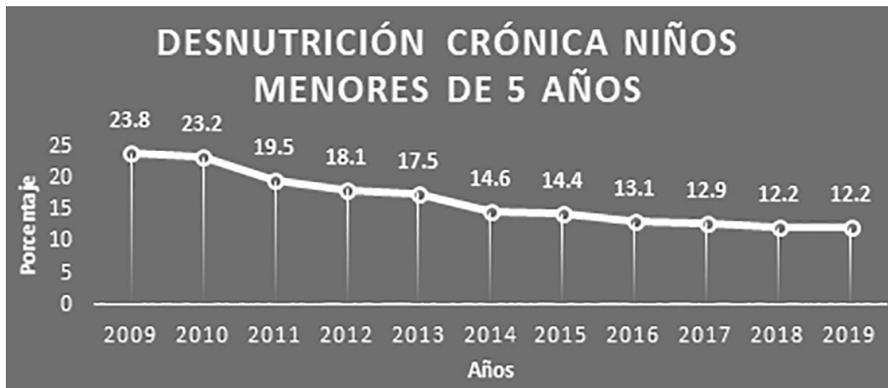
Fuente: elaboración propia con datos de:
PERU Instituto Nacional de Estadística e Informática INEI

16. DESNUTRICIÓN CRÓNICA Y ANEMIA

No se trata de “vivir por vivir”, porque la forma en la que vivimos impacta en nuestra vida misma. La sociedad requiere mirar en sus niños su futuro. En tal sentido, apreciar que el 40% de niños menores de 36 meses presentan anemia, o que la desnutrición crónica, en niños menores de 5 años, es del 12%, sin duda alguna amerita como sociedad una profunda reflexión y un trabajo inmediato que realizar.

La desnutrición crónica se ha reducido de 23,8% el año 2009 a 12,2% el año 2019. Ha habido avances, pero aún es insuficiente. La gráfica de evolución se aprecia a continuación.

GRÁFICA 27: Desnutrición crónica en niños menores de 5 años



Fuente: elaboración propia con datos de:
PERU Instituto Nacional de Estadística e Informática INEI

Uno de los aspectos más complejos para reducir es y ha sido la anemia en niños menores de 36 meses, Si bien ha tenido una reducción de 50,4% el 2009, a 40,1% el 2019, sigue siendo un porcentaje sumamente alto. Una gráfica de su evolución se aprecia a continuación.

GRÁFICA 28: Anemia en niños menores de 36 meses Perú



Fuente: elaboración propia con datos de:
PERU Instituto Nacional de Estadística e Informática INEI

EPÍLOGO

Este artículo ha sido escrito en homenaje al profesor universitario, Dr. Juan Morales Godo, destacando su preocupación, como hombre de derecho, por la defensa de la vida humana como piedra angular de nuestro sistema jurídico.

CONCLUSIONES

El “derecho a la vida” no son sólo tres palabras, ni se debe limitar sólo al nacer y al no morir, sino que debe ser comprendido como el fundamento de nuestra sociedad, y que lleva implícito la dignidad del ser humano, en su desarrollo en todas las etapas de la vida. Una selección, de indicadores relevantes, se destacan a continuación:

- La esperanza de vida, en el Perú, ha pasado de 48 años en 1960 a 76,52 años el 2019.
- La tasa de natalidad, por cada mil habitantes, se ha reducido durante las últimas décadas, pasando de 48,66% en 1960 a 14,42% el año 2019.

- La tasa de mortalidad, por cada mil habitantes, también se ha reducido, pasando del 22,48% en 1960 al 5,79% el 2019, antes de la pandemia.
- La tasa de mortalidad en bebés, por cada mil habitantes, se ha reducido, pasando de 136 casos por cada mil, en el año 1960, a 10,3 por cada mil, en el año 2019.
- La tasa de mortalidad infantil en varones se ha reducido de 145,7 casos por cada mil, en 1960 a 11,2 en el año 2019. Por su parte, la tasa de mortalidad infantil en mujeres también se ha reducido, pasando de 125,8 casos por cada mil en el año 1960 a 9,2 casos por cada mil en el año 2019.
- La pirámide poblacional también ha cambiado, disminuyendo la población menor de 15 años, pasando de 43,77% en 1960 a 25,25% el 2019. De otra parte, ha aumentado la población mayor de 64 años, pasando del 3,42% el año 1960 a 8,39% el año 2019.
- En lo que respecta a la alfabetización de hombres, la misma ha pasado de 90,14% en 1981 a 97,12% el 2018; mientras que la tasa de alfabetización en mujeres ha pasado del 73,86% en 1981 a 91,7% el 2018; y la tasa de alfabetización en mujeres jóvenes ha pasado de 89,76% en 1981 a 98,97% el 2018.
- Las denuncias por trata de personas han aumentado, pasando de 232 en el año 2012 a 734 el 2018. Mientras que los feminicidios han pasado de 84 el 2015 a 150 el 2018.
- Las muertes por Covid, a julio de 2021, superaba las 195 mil. El total de defunciones pasaron de 92 mil el 2017 a 212 mil el 2020. Mientras que las muertes violentas pasaron de 1090 el 2017 a 1650 el año 2000.
- El índice de desarrollo humano ha pasado de 0.613 en 1990 a 0,777 el año 2019. Mientras que los hogares con agua potable representaban el 2019, el 67,4%; con alumbrado eléctrico el 95,6%; con desagüe el 77% y con internet el 35%.
- La situación de pobreza monetaria ha pasado de 33,5% en 2009 a 20,2% en el 2019. Mientras que la pobreza extrema, ha pasado de 9,5% el año 2009 a 2,9% el año 2019. Por su parte, la desnutrición crónica ha pasado de 23,8% el 2009 a 12,2% el 2019; y, en lo que se refiere a la anemia en niños menores de 36 meses, se ha pasado del 50,4% el 2009 a 40,1% el 2019.

En los indicadores, antes mencionados, se aprecia que ha habido mejoras en aspectos tales como el aumento de la esperanza de vida, la disminución de la tasa de mortalidad (antes del Covid), la mejora de la alfabetización, la disminución de la población en situación de pobreza; pero todavía queda un largo camino por recorrer para mejorar las condiciones de vida de la población, para poder brindarles condiciones dignas para el desarrollo de la vida en libertad.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- Ariño Ortiz, Gaspar (2004). *Principios de Derecho Público Económico*. Ara Editores.
- Chunga Lamonja, Fermín (2016). *Comentarios al Código de los Niños y Adolescentes*. Editorial Grijley.
- Craig, Grace J. y Baucum, Don (2001). *Desarrollo Psicológico*. Prentice Hall.
- Espinoza, Espinoza, Juan (2006). *Derecho de las Personas*. Editorial Rhodas.
- Fernández Sessarego, Carlos (2001). *Derecho de las Personas*. Grijley.
- Guevara Pozo, Víctor (2004). *Personas Naturales*. Gaceta Jurídica.
- Plácido Vilcachagua, Alex Fernando (2015). *Manual de Derecho de Los Niños, Niñas y Adolescentes*. Instituto Pacífico.
- Varsi Rospigliosi, Enrique (2014). *Tratado de Derecho de las Personas*. Gaceta Jurídica – Universidad de Lima.

LA EVALUACIÓN DE LAS DEUDAS Y ACCIONES EN LA LIQUIDACIÓN DE SOCIEDAD DE GANANCIALES

Manuel Bermúdez-Tapia (*)

RESUMEN

Uno de los problemas más significativos en el ámbito de la evaluación de toda crisis matrimonial, es la evaluación de la separación de hecho o divorcio en la cual se deba ejecutar una liquidación de sociedad de gananciales. El ámbito patrimonial y los intereses de las partes involucradas en el conflicto por lo general no es evaluado de forma diligente en los juzgados de familia, al desarrollarse un criterio de ponderación a favor de las partes intervinientes en lo personal, moral y acceso a mecanismos de protección, si hubo casos de violencia familiar.

En este sentido, en el Pleno Jurisdiccional Nacional Civil Familia del 28 de mayo de 2021 se observaron dos casos, en donde no se tomó en cuenta el impacto económico del contenido patrimonial evaluado, situación que permite plantear algunos puntos de referencia.

PALABRAS CLAVE

Familia; Matrimonio; Liquidación de sociedad de gananciales; Deudas familiares; Crisis familiar; Derecho procesal de Familia; constitucionalización del derecho de familia.

(*) Abogado. Magister en Derecho, Doctorado en Derecho en la Pontificia Universidad Católica de Argentina. Profesor Investigador de la Universidad Privada San Juan Bautista. Profesor de la Facultad de Derecho y Unidad de Postgrado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Profesor de la Universidad Católica de Colombia y de la Maestría en Investigación Jurídica en la Universidad Autónoma de Ciudad Juárez en México. Amicus Curiae del Pleno Jurisdiccional Nacional Civil Familia (28/05/2021). Investigador registrado en RENACYT PO140233, ORCID: <http://orcid.org/0000-0003-1576-9464>

NOTA DE PRESENTACIÓN

El profesor Juan Morales Godo fue además de una magnífica persona un gran procesalista y fue quien prologó mi libro “Derecho procesal de Familia” (Lima, Editorial San Marcos, 2008), que fuese reimpressa en los años 2012 y 2015.

Por ello participar en un libro homenaje al profesor Morales Godo no sólo era un deber ineludible sino un acto de agradecimiento que permite recordar las charlas académicas que sosteníamos en Chiclayo. Los debates y críticas al sistema procesal por mis preguntas provocaron de quien luego fuese Decano de la Facultad de Derecho de San Marcos, emita un prólogo y presente el primer libro en la especialidad a nivel mundial.

Superar los cuestionamientos del maestro sobre las razones del conflicto familiar y de cómo este debía adaptarse al contexto procesal y judicial civil en una época en la que el derecho de familia no pasaba de ser una especialidad semi privada, fue un aliciente porque se le demostraba con jurisprudencia y con casos reales, la fragilidad del sistema judicial y debilidad del sistema procesal en la atención de conflictos cuya especialidad superaba todo patrón de referencia.

Ante este preludeo, el presente texto se presenta a efectos de brindarle un sentido homenaje a quien en varias ocasiones me manifestaba que debía seguir en mi teoría porque efectivamente, la realidad había superado a la legislación procesal civil.

INTRODUCCIÓN

Los conflictos familiares son sumamente complejos, por lo general complementan elementos de carácter objetivo y elementos subjetivos, todos los cuales pueden extenderse a otros individuos en el ámbito de las relaciones familiares.

Los niveles de violencia, daño o condiciones en las cuales se ejecutan estas relaciones disfuncionales permiten apreciar un universo poco evaluado en la doctrina y en la práctica judicial (Bermúdez-Tapia, 2015, p. 207), con lo cual resulta importante plantear algunos elementos de análisis, en particular porque en el Pleno Jurisdiccional Nacional Civil Familia del 28 de mayo de 2021, sólo una ponencia evaluó el contenido patrimonial de los dos casos evaluados.

De este modo, se pudo identificar:

- a) En el caso que no fue considerado por los magistrados.

Se analizó el alcance de las acciones en la *sociedad de gananciales*, en el proceso de divorcio luego de un período de separación como pareja matrimonial.

Un detalle inadvertido por los magistrados y por el profesor Alex Plácido quien basó su exposición en la determinación de los alcances de los derechos y obligaciones de las partes en la fundamentación de una sentencia.

- b) En el caso que sí fue considerado por los magistrados (voto mayoritario).

Se detalló el impacto económico entre las partes en el contexto de la crisis de pareja, en la cual intervenían terceras personas y cuyo contenido patrimonial era sumamente extraordinario.

Elementos que permiten cuestionar el método de evaluación de la *liquidación de la sociedad de gananciales* en una etapa posterior a la sentencia (Bermúdez-Tapia, 2020, p. 68), sin tomar en cuenta que en este punto dicha “sentencia” no ha finalizado la controversia y que eventualmente amplifica el contexto de oposición entre las partes procesales.

Un defecto del sistema judicial en la especialidad inadvertido por casi todos los *amicus curiae* y que permite detallar que es en la sentencia donde el juez se pronuncia sobre el *método, el modo y las condiciones* en las cuales se ejecuta la división y partición de la sociedad de gananciales, respecto de los derechos y obligaciones de cada parte, para así finiquitar una controversia, que en este punto es absolutamente objetiva.

Probablemente, el contexto subjetivo subsista, pero hasta el momento los magistrados con la opción de dilatar la liquidación de la sociedad de gananciales sólo están provocando un problema mucho más complejo que puede tener elevados niveles de violencia.

1. EL CONTENIDO ECONÓMICO O PATRIMONIAL DE LAS PARTES EN CONFLICTO

Cuando se analiza el contexto de las relaciones disfuncionales de una pareja o de una ex pareja, sea en un ámbito matrimonial, tal como se ha ejecutado en el Pleno Jurisdiccional Nacional Civil Familia, se asume que el *patrimonio familiar* es un elemento secundario o trivial en la evaluación del divorcio o separación de hecho.

Un error que evidencia la poca valoración procesal y probatoria en la especialidad jurisdiccional, porque una liquidación de sociedad de gananciales, puede ejecutarse:

- a) En un matrimonio que subsiste porque las partes no optan por un divorcio.
- b) Un matrimonio que subsiste porque las partes no optan por una separación de hecho.
- c) Un matrimonio que pondera la evaluación de sus intereses económicos a favor de cada individuo.
- d) Un matrimonio que hace prevalecer la tutela de intereses familiares sobre los individuales en casos donde se ejecute una actividad económica significativa y previene situaciones negativas en el tiempo.

Condiciones que en desde el 2020 es posible extender a las *parejas convivenciales*, porque ya pueden *individualizar* sus patrimonios en una sociedad de gananciales, conforme la interpretación extensiva del artículo 5° de la Constitución y los precedentes registrales de la SUNARP en el ámbito de la inscripción de patrimonios autónomos en una convivencia (Bermúdez-Tapia, 2016, p. 61).

Ante estas condiciones, en forma complementaria a los casos de violencia familiar y actos contrarios a la integridad de la relación matrimonial-convivencial, la evaluación del contenido patrimonial de la sociedad de gananciales, es uno de los elementos más referenciales que suele provocar una serie de conflictos entre los integrantes de una familia (Pereda, 2007, p. 27), sea este una sociedad de gananciales o la gestión de las obligaciones económicas a favor de la familia o integrantes de la familia.

El nivel de referencia es tan elevado que la controversia no finaliza con la emisión de la sentencia, al extenderse a otros ámbitos tanto en lo personal, en lo familiar como en lo económico.

De este modo, en los juzgados de familia o civiles o comerciales cuando se analiza el *contexto económico o patrimonial* de una *relación afectiva* generalmente *disuelta*, se debe evaluar una serie de elementos que usualmente no son detallados por las partes procesales y sus defensas legales, principalmente porque se asume que las *referencias económicas o patrimoniales* responden a un carácter privado de la pareja o ex pareja.

No se toma en cuenta que el devenir *económico o patrimonial* de lo que se pueda resolver provoca un asunto de elevadísima importancia al conver-

tirse en el centro de gravedad de las relaciones interpersonales de una pareja, porque estas situaciones generan un nivel de antagonismo y de toxicidad que *disuelve la relación afectiva*.

2. EL PATRIMONIO EN UN CONTEXTO FAMILIAR

La identificación de las consecuencias que pudo haber generado una *relación afectiva disuelta* en un juzgado pueden ser identificadas en: una relación matrimonial (a), una relación convivencial en sus tres referencias: convivientes sin impedimento matrimonial (b), convivientes donde sólo una parte actúa de buena fe (c), convivientes que actúan fuera del ámbito normativo de la ley (d) y una relación concubinal⁽¹⁾ (e), donde se identifican situaciones tóxicas porque se evidencia una relación de “causa-efecto” que graficamos en el siguiente esquema (Bermúdez-Tapia, 2012):

| Referencia en el ámbito interpersonal | Referencia (causa) | Conflicto familiar | Conflicto familiar judicializado |
|---|---|--|---|
| Pareja | Condiciones económicas limitadas y altas pretensiones sobre la relación afectiva (Lamanna & Riedmann, 2012, p. 406) | Exigencias entre las partes en conflicto sin intervención del Estado (PNP, Ministerio Público, Poder Judicial) | • Alimentos • Violencia familiar |
| | Deudas | | <ul style="list-style-type: none"> • Alimentos • Violencia Familiar • Enriquecimiento indebido • Alimentos • Reconocimiento de convivencia • Divorcio |
| | Desbalance patrimonial negativo frente a las obligaciones económicas | | |
| | Desbalance patrimonial positivo frente a las obligaciones económicas | | |
| | Manipulación del régimen económico familiar | | |
| | Determinación del patrimonio de la sociedad de gananciales | | |
| Liquidación de la sociedad de gananciales | | | |
| Ex pareja | Deudas | Exigencias entre las partes en conflicto sin intervención del Estado (PNP, Ministerio Público, Poder Judicial) | • Alimentos • Violencia familiar |
| | Mala gestión del patrimonio | | <ul style="list-style-type: none"> • Identificación de bienes propios posterior a la separación (generalmente cuando hay una nueva relación afectiva) • Divorcio |
| | Omisión de obligaciones económicas | | |
| | Liquidación de sociedad de gananciales | | |

(1) En este punto, insistimos en diferenciar “convivencia” con “concubinato”, porque la naturaleza jurídica de ambas referencias responde a condiciones autónomas.

Muy diferente al contexto que genera o determina la pareja cuando existe una condición de negociación y determinación de ámbitos económicos y/o patrimoniales (Sánchez-Moraleda, 2018, p. 207), donde se pueden identificar:

| REFERENCIA (CAUSA) | NEGOCIACIÓN | CARACTERÍSTICAS |
|---|---|--------------------------|
| Matrimonio con separación de bienes | Determinación de derechos, obligaciones y asignación de bienes a nivel individual | Justo |
| Sustitución del régimen patrimonial | | Equitativo |
| Reconocimiento de bienes en la sociedad de gananciales en casos de convivencias | | |
| Liquidación de la sociedad de gananciales | | Modificable en el tiempo |

Panorama registrado en la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos que permite identificar el progresivo proceso de autodeterminación financiera de las mujeres en el país, porque de las 7,611 solicitudes de sustitución de régimen patrimonial en el 2017 se pasó a 8,049 en el 2018 (El Peruano, 2019).

La explicación parte de la comprensión de estas referencias:

- a) Las mujeres tienen un mejor manejo de deudas personales, según Equifax-Inforcorp (La República, 2019)
- b) El manejo de los aspectos económicos personales está relacionado de modo indirecto con el incremento de las convivencias, los cuales cambian al registro del nacimiento de los hijos (INEI, 2018, p. 54-57)
- c) Los hogares conformados por jóvenes generalmente son “hogares unipersonales”, a cargo de una mujer que asume un mayor rol cuando hay hijos (INEI, 2012 p, 99)
- d) Los hogares “compuestos” o “familias ensambladas muestran la referencia de que la mujer es quien administra el patrimonio familiar, y esta referencia se incrementa cuando se registran referencias educativas y/o profesionales que generan una condición económica activa de modo diferenciado en la pareja (INEI, 2018, p. 66)

Como se puede observar, surgen dos situaciones de evaluación totalmente distintos que no son correctamente identificados en el ámbito de las políticas públicas con incidencia en el ámbito judicial o de atención de emer-

gencias sociales, especialmente en épocas de elevada violencia contra la mujer en el país.

Por tal motivo, exponemos nuestros argumentos para sustentar una posición interdisciplinaria y orgánica que permite analizar el conflicto familiar como eje central en la evaluación de los derechos y obligaciones que surgen en el ámbito económico y/o patrimonial en las parejas que han desarrollado alguna relación afectiva y que recurren al ámbito de la judicialización de sus pretensiones y expectativas frente a la familia y frente a la pareja o ex pareja.

El enfoque metodológico seguido permitirá analizar los mecanismos de evaluación de los conflictos de naturaleza patrimonial entre personas con algún tipo de vínculo afectivo como objetivo general, generándose un estudio cualitativo, descriptivo y causal derivada del análisis documentario y evaluación de jurisprudencias, las cuales son las unidades de evaluación.

2. LAS RELACIONES FAMILIARES: ENTRE LO SUBJETIVO Y LO PATIRMONIAL

El patrón general en la evaluación de conflictos familiares judicializados de naturaleza económica y/o patrimonial parte de una visión tradicional donde se identifica a la “liquidación de la sociedad de gananciales” como el *punto medular de la controversia*, sin tomar en cuenta que en el país se registran más convivencias que matrimonios (INEI, 2018, p. 60).

La doctrina insiste en una visión tradicional sin ejecutar una visión amplia de la realidad nacional, en la cual es posible identificar:

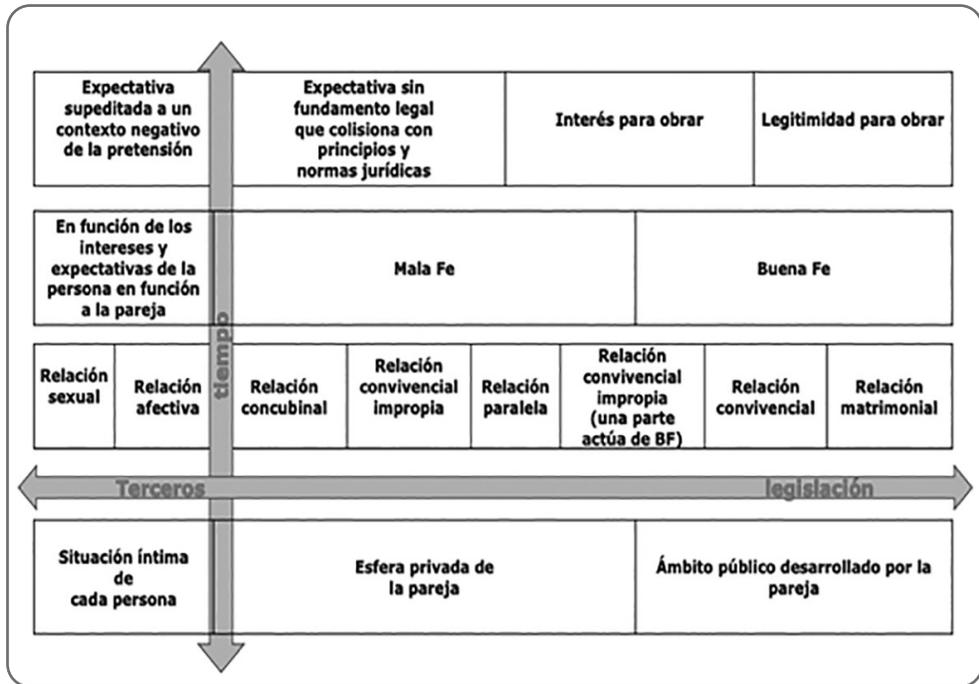
- a) Contextos evaluativos a nivel individual en una relación de pareja:
 - i. El contexto íntimo, en la cual sólo la pareja conoce el alcance y dimensión de sus actos y actividades.
 - ii. El contexto privado de la pareja, el cual involucra a terceras personas como pueden ser familiares e inclusive la actividad de la pareja ante entidades del Estado.
 - iii. El contexto público de la pareja, el cual detalla un elemento de formalidad que legitima y consolida los derechos de manera inmedita (Bermúdez-Tapia, 2012, p. 50).
- b) Relaciones interpersonales a nivel afectivo, donde se detallan:
 - i. Las relaciones sexuales sin compromiso afectivo.

- ii. Las relaciones afectivas sin incidencias jurídicas.
- iii. Las relaciones afectivas con incidencias jurídicas, que van desde los *esponsales* hasta la asunción de obligaciones y derechos cuando se registra el nacimiento de un hijo, donde se puede registrar un *concubinato*.

Referencias que pueden ser graficadas en dos dimensiones, donde:

- a) El *tiempo* es un factor que puede provocar derechos si es que no hay una intervención de la *ley*.
- b) La vinculación del contexto de la pareja puede variar en una perspectiva ante la sociedad y ante el mismo Estado, en función a lo que determine la *ley*.
- c) Las acciones personales pueden ser identificadas de buena o mala fe, las mismas que generan consecuencias ante la pareja o ex pareja.

Detallándose el siguiente esquema que detalla el ámbito de las relaciones afectivas



Lo descrito resulta representativo sólo a un nivel de las situaciones afectivas y que no necesariamente representa el contexto del régimen económico familiar generado, donde se pueden identificar las siguientes etapas:

- a) La generación de una situación negativa en el ámbito patrimonial, que puede generar una deuda o individual o familiar.
- b) La generación de una crisis familiar, que pudo generarse en la etapa descrita en el punto a)
- c) La evaluación de una condición negativa en el ámbito del régimen económico familiar (i) la generación de una obligación económica a favor de la familia o un integrante de la familia (ii), o por la evaluación de una deuda individual o familiar (iii) que debe ser determinada en el ámbito judicial.

En este ámbito, el contexto se agudiza porque el *esquema* expuesto, sólo permite identificar jurisprudencia aplicable a la evaluación de una liquidación de sociedad de gananciales, porque en el caso de las relaciones convivenciales primero se debe ejecutar la determinación del patrimonio familiar para así proceder a ejecutar una liquidación.

El caso es mucho más grave en el caso de parejas homosexuales, donde podemos ubicar la referencia de la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Duque vs. Colombia, donde se evaluó *las deudas económicas de la sociedad de gananciales a la muerte del causante*, pero que aún no registra una referencia judicial en el ámbito nacional.

En el ámbito de una relación convivencial se pueden observar situaciones donde surge una indefensión o desprotección absoluta ante una sucesión, tal como sucedió en la Casación N° 605-2016 Lambayeque, donde la conviviente perdió la propiedad de un bien inmueble adquirido en la convivencia que fue dispuesto por los hijos (de un matrimonio previo) de la pareja que había fallecido.

De este modo, sólo en el ámbito de las *relaciones matrimoniales*, es posible ubicar una jurisprudencia, donde se ubican:

- i. Sentencias donde la parte demandante puede ser la *pareja, ex pareja* o un *acreedor* que plantea acceder a satisfacer sus intereses con el embargo sobre bienes del patrimonio familiar.

- ii. Sentencias que no ejecutan una correcta delimitación de la liquidación de la sociedad de gananciales en un divorcio, en particular cuando se evalúan deudas, quedando indefinidas su identificación. De este modo, las personas no logran determinar con exactitud sus responsabilidades económicas porque estas no fueron calculadas en la sentencia.

En este ámbito, los jueces en la especialidad de familia incumplen las disposiciones que exige el Tribunal Constitucional para que pueda generarse la motivación suficiente en la sustentación de una sentencia judicial, conforme a la STC N° 07025-2013, AA/TC.

- iii. Sentencias que amparan las tercerías de propiedad contra los embargos sobre los “derechos” que corresponderían al cónyuge deudor (por deuda privativa).
- iv. Sentencias que desestiman las tercerías por considerar que sí existen unos “derechos” del cónyuge deudor (por deuda privativa) sobre los bienes comunes, que son susceptibles de embargo.
- v. Sentencias que estiman parcialmente la tercería del cónyuge no deudor que no tenía inscrito su derecho.
- vi. Sentencias que dan cuenta de la identificación del provecho familiar para considerar que el bien común pueda ser afectado en pago de una deuda contraída por uno solo de ellos, fuera de los supuestos taxativos del artículo 316 del Código Civil.

3. LAS EMPRESAS FAMILIARES

La evaluación del *patrimonio familiar* y en consecuencia de las *deudas*, conforme el título del presente texto responde a la identificación de dos elementos muy incidentales en el ámbito económico en el país, hecho que nos permite detallar lo siguiente:

- a) La mayoría de las empresas constituidas en el país tienen la condición de ser *empresas familiares* en particular son Pymes y Mypes (La República, 2013)
- b) Las actividades más próximas a las *empresas familiares* son las del rubro **comercio al por menor** (INEI, 2018 b).
- c) La mayoría de las Pymes y Mypes que se constituyen en el país no registran la convivencia entre los dos titulares de la empresa.

- d) Las *parejas* matrimoniales usualmente ya disponen de una empresa con un *rango de acción económico* mucho más amplio y diferenciado de las Pymes y Mypes. La consolidación de la empresa familiar es el factor diferenciador frente al otro grupo de empresas.
- e) La mayoría de las Pymes y Mypes se disuelven a los cuatro o cinco años y el patrimonio no es *determinado* en forma autónoma por la pareja o en sede judicial, principalmente porque:
 - i. Cuando la pareja está en una relación convivencial *omiten* expresamente su condición personal a efectos de no generar una condición negativa en el ámbito financiero.
 - ii. Cuando la pareja *accede* a un crédito financiero a nivel de “sociedad” no registra la convivencia y tampoco comunica la disolución de la misma.
 - iii. La pareja no suele evaluar el contexto *laboral* en particular todo aquello que implique la determinación de la *remuneración, beneficios sociales, régimen pensionario y dividendos empresariales* (Nogales, 2007, p. 101)
 - iv. La pareja en una relación convivencial no suele evaluar sus derechos y obligaciones en el ámbito judicial, factor que permite relacionar la ausencia de *procesos judiciales de determinación de patrimonio familiar y su posterior liquidación* con el registro de denuncias por violencia familiar.

Una situación que no ha sido observada por el INEI en su informe sobre “Características de las empresas del Emporio Comercial de Gamarra” (2017) pero que sí registra Zaida Asencios González con un informe dos años antes del trabajo del INEI (2015, p. 7-39)
 - v. Se registra un elevado contexto de violencia familiar, tanto en lo económico como en lo psicológico e inclusive en lo físico, conforme detallan Inés Anti-Huaranca y Zaida Asencios González (2019)

4. LA LEGISLACIÓN QUE PROMUEVE LA INFORMALIDAD Y SU IMPACTO EN LAS RELACIONES FAMILIARES CON PATRIMONIO SIGNIFICATIVO

El Estado es un agente económico de suma importancia en la sociedad y en el ámbito del mercado nacional, sin embargo, el Código Civil de 1984 permite detallar la característica material que tiene la administración pública

nacional que promueve la informalidad y para ello podemos identificar algunos rasgos característicos previos a la cultura combi de los años noventa:

- a) A nivel de la persona humana, se permite tener un domicilio sumamente lato, sin tomar en cuenta que, en el ámbito tributario, el domicilio fiscal es mucho más eficiente que el domicilio procesal. Parecería ilógico que la *administración tributaria* sea más vinculante y coercitiva con sus administrados que el propio Poder Judicial, pero las evidencias lo comprueban.
- b) El registro de identificación civil exige que los ciudadanos ejecuten los trámites necesarios y suficientes para *modificar* su información personal en los registros de la RENIEC y de la SUNARP.
- c) La información personal de un recién nacido es sumamente *flexible*, al nivel de que la *identidad de un sujeto de derechos* puede ser manipulado por sus propios progenitores, quienes pueden omitir información sobre la paternidad, pueden asignar identidades que no responden al origen biológico o pueden postergar la consignación de los datos referenciales que detallen el vínculo paterno-filial.
- d) A nivel del registro de la propiedad inmueble, los trámites administrativos en la SUNARP permiten la coexistencia de dos modelos registrales antagónicos, al ser uno declarativo y otro constitutivo.

La crítica a este contexto se agudiza cuando se relacionan problemas de gestión de procesos en el Poder Judicial, cuando se observa que los procesos de alimentos, filiación, divorcios y sucesiones, constituyen un gran porcentaje de causas seguidas en la jurisdicción de familia o civil, que detalla:

- a) La escasa visión de gestión jurisdiccional ante la *sobre carga judicial* en el Poder Judicial, porque no en todas las Cortes Superiores hay juzgados especializados en familia.
- b) La omisión en el cumplimiento de *principios* básicos en lo procesal y constitucional en el trámite judicial, porque los parámetros de “debido proceso”, “tutela judicial efectiva”, “plazo razonable”, entre otros, resulta ser ajena a la realidad de los justiciables.
- c) La ampliación del conflicto familiar y la nula evaluación de este factor en el ámbito judicial porque no se toma en cuenta el hecho de que las “mismas personas” forman varios procesos en paralelo, incrementándose los registros de violencia familiar donde el factor económico es una referencia automática.

5. LA EVALUACIÓN DE LAS DEUDAS, ACCIONES O PATRIMONIO EN EL EXTRANJERO, EN CASO SE REGISTREN

Tomando en cuenta que el presente texto procura delimitar un aspecto específico, debemos tomar en cuenta sólo dos factores evaluativos: las situaciones donde se registra una crisis familiar y donde se ha judicializado un conflicto familiar.

El contexto subjetivo que vincula a las parejas o ex parejas constituye una referencia ajena al patrón tradicional judicial y nos permite graficar las siguientes situaciones que permiten superar la clásica determinación de la liquidación de *la sociedad de gananciales* donde se ubican las “deudas”, sean estas personales o sociales:

| PROCEDIMIENTO EN EL ÁMBITO JUDICIAL | DESCRIPCIÓN DE LOS ACTOS POSIBLES DE SER EJECUTADOS EN EL ÁMBITO JUDICIAL | CONSECUENCIAS DERIVADAS DE LOS REQUERIMIENTOS JUDICIALES |
|---|---|---|
| Crisis familiar, se inicia un proceso judicial de evaluación del alcance patrimonial generado en una relación afectiva pero es autónomo del proceso de divorcio o separación de hecho | Cuando la parte afectada ejecuta la tutela de sus derechos solicitando la nulidad de lo actuado por la parte que ha ejecutado una acción legal en el ámbito judicial (reacción legal inmediata) | La pretensión debe alcanzar un efecto retroactivo porque se actuó diligentemente y se denunció un hecho malicioso de la pareja. |
| | Cuando la parte afectada tomó conocimiento de los hechos pero se ejecutó la demanda con posterioridad a dichos hechos (reacción legal no inmediata) | La pretensión debe identificar la deuda desde la interposición de la demanda y permite el cálculo de la “deuda” en la sentencia, así como su determinación como deuda individual o deuda social. |
| | Cuando se tomó conocimiento de los hechos y no se planteó la tutela de derechos de alcance patrimonial en la participación judicial de la parte afectada que inclusive puede ser demandada ^(*) . | La identificación de la “deuda” debe ser determinada en la sentencia porque no se ha permitido evaluar el contexto preliminar, siendo una desventaja económica para quien no sea diligente con la tutela de sus derechos. |

^(*) En el ámbito judicial civil el juez no debe actuar en defensa de la parte débil porque este tiene que asumir la defensa de sus derechos. En cambio, en el ámbito judicial familiar, gracias al III Pleno Casatorio con la Casación N° 4664-2010 Puno, el juez debe tener en cuenta el contexto familiar y las referencias personales de cada parte procesal en el trámite judicial, inclusive si las defensas fueron negligentes o no se ejecutaron. Lo detallado permite detallar la aguda diferencia en el ámbito procesal en *las especialidades civil y familiar*.

| | | |
|--|--|--|
| Proceso judicial de divorcio y liquidación de sociedad de gananciales (Bermúdez-Tapia, 2012, p. 157) | Planteamiento de una Medida Cautelar previa a la demanda de liquidación de sociedad de gananciales | Permite identificar desde la fecha de la demanda la determinación de deudas individuales. |
| | Planteamiento de un reconocimiento de la sociedad de gananciales en casos de convivencia de una pareja sin impedimento matrimonial | Permite identificar el patrimonio familiar y que puede provocar una Medida Cautelar para evitar una división de la masa sucesoria en un proceso de sucesión intestada tramitado en forma paralela. |
| | Determinación de enriquecimiento indebido | En casos de convivencias impropias, donde se ejerce la tutela de la pareja que ha actuado de buena fe ante las acciones maliciosas o de engaño de la contraparte. |
| | Demanda de divorcio y solicitud de liquidación de sociedad de gananciales | Permite identificar el patrimonio y la deuda generada desde la fecha de la sentencia. |
| | Demanda de divorcio con pretensión que identifica el conflicto patrimonial y acredita los elementos evaluativos con medios probatorios | Desde la fecha de requerimiento de liquidación de la sociedad de gananciales. |

Un panorama que excluye:

- a) El análisis de las deudas de la sociedad de gananciales, especialmente cuando las parejas ejecutan actos contrarios a los intereses de la contraparte sólo con el objeto de perjudicarlas.

En este punto, el *corte contable* es un elemento que no ha sido evaluado y en el Pleno Jurisdiccional Nacional Civil Familia, tampoco fue expuesto por los *amicus curiae*, salvo el autor del presente texto, en particular para analizar el segundo caso, el cual no fue tomado en cuenta para la determinación de una posición jurisdiccional.

- b) El análisis del patrimonio digital o ubicado en el extranjero.

Una condición usualmente expuesta por las partes pero que los órganos judiciales no suelen priorizar porque se concentran en la evaluación del divorcio (Bermúdez-Tapia, 2015, p. 219).

- c) El análisis de los contenidos y alcances del patrimonio derivado del manejo de acciones en una empresa, holding o actividad empresarial a gran escala.

En este ámbito, en la doctrina nacional, no se observa ningún trabajo vinculado a este ámbito pese a que la Cámara de Comercio de Lima detalla que existen aproximadamente cuarenta mil empresas familiares sólo en Lima Metropolitana (Bermúdez-Tapia, 2012, p. 9).

Un panorama que por lo general siempre genera una condición que mantiene la crisis entre las partes involucradas en el proceso de divorcio, porque el alcance patrimonial es un factor que permite mantener las referencias negativas que pueden extenderse si se registran hijos menores de edad (Bermúdez-Tapia, 2012, p. 259).

Excluimos en este ámbito evaluativo las situaciones de *quiebra* de la sociedad de gananciales o de un integrante de la pareja porque en esencia, este contexto es mucho más complejo y exige identificar *períodos temporales* que delimitan responsabilidades y derechos, los mismos que pueden ser muy similares al registro de *muerte* de la pareja (Leiva, 2001, p. 250).

CONCLUSIONES

Como se podrá observar, el contexto procesal resulta ser sumamente amplio, complejo y provoca la evaluación de *particularidades* que usualmente se presentan en contextos de crisis familiar.

Si para *las mismas partes procesales* resulta ser un problema material determinar las deudas, en aquellos casos donde se plantean los derechos de un acreedor el problema se amplifica en forma negativa porque el propio sistema normativo nacional permite la indeterminación de aspectos que responden a un contexto público y no privado de la pareja ya en disolución porque el asunto económico supera cualquier referencia afectiva.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Asencios González, Z. “Costos empresariales de la violencia contra las mujeres en el Emporio Comercial de Gamarra en Lima, Perú: 2014”, *San Martín Emprendedor, Revista de Ciencias Empresariales de la USMP*, Vol. 6, N° 2, julio-diciembre 2015
- Bermúdez-Tapia, M. (2011) *Constitucionalización del derecho de familia*. Lima: ECB
- Bermúdez-Tapia, M. (2012) *Derecho procesal de familia*. Lima: Editorial San Marcos

- Bermúdez-Tapia, M. (2012, abril) Evaluación jurisdiccional del desbalance patrimonial de los ex cónyuges. *Normas Legales*, (134), 259-265
- Bermúdez-Tapia, M. (2012, julio) Identificación de conflictos judiciales por la determinación del patrimonio en empresas familiares. *Normas Legales*, (137), 293-300
- Bermúdez-Tapia, M. (2015, febrero) Swiss Leaks y el control patrimonial de los nacionales en el extranjero. *Gaceta Constitucional & Procesal Constitucional*. (86), 219-225
- Bermúdez-Tapia, M. (2015, septiembre) La separación de hecho y el valor patrimonial del daño. *Gaceta Civil & Procesal Civil*, (27), 207-221
- Bermúdez-Tapia, M. (2016, agosto) Análisis del régimen patrimonial en las uniones de hecho. *Gaceta Civil & Procesal Civil*, (38), 61-67
- Bermúdez-Tapia, M. (2020, octubre) Conflictos familiares invisibles a raíz de actos de naturaleza civil patrimonial. *Diálogo con la jurisprudencia*, (265), 68-76
- El Peruano (2019) *Cónyuges optan por régimen de separación de patrimonios*. Recuperado de <https://elperuano.pe/noticia-conyuges-optan-regimen-separacion-patrimonios-75767.aspx>
- INEI (2012) *Perú: perfil de la pobreza por dominios geográficos 2004-2011*. Lima: INEI
- INEI (2017) *Características de las Empresas del Emporio Comercial de Gamarra*. Lima: INEI
- INEI (2018 b) *Al primer trimestre de 2018 en el país existen 2 millones 332 mil 218 empresas*. Recuperado de <https://www.inei.gob.pe/prensa/noticias/al-primer-trimestre-de-2018-en-el-pais-existen-2-millones-332-mil-218-empresas-10763/>
- INEI (2018) *Perú: perfil sociodemográfico. Informe Nacional. Censos Nacionales 2017, XII de población, VII de Vivienda y III de Comunidades Indígenas*. Lima: INEI
- La República (2013) *INEI dice que el 99,6% de las empresas en el país son Mypes*. Recuperado de <https://larepublica.pe/economia/736084-inei-dice-que-el-996-de-las-empresas-del-pais-son-mypes/>

- La República (2019) *Infocorp: mujeres peruanas tienen menos deudas vencidas que los hombres, según estudio*. Recuperado de <https://larepublica.pe/economia/1415791-infocorp-mujeres-peruanas-deudas-vencidas-hombres-estudio/>
- Lamanna, M., & Riedmann, A. (2012) *Marriages, families and relationships: making choices in a diverse society*. Belmont: Wadsworth Cengage Learning
- Leiva, C. (2001) *La quiebra del cónyuge*. Mendoza, Ediciones Jurídicas Cuyo
- Nogales Lozano, F. (2007) *La empresa familiar y los nuevos retos de gestión*. Madrid: Fundación EOI
- Pereda Gámez, F. (2007) *Las cargas familiares. El régimen económico de las familias en crisis*. Madrid: La Ley
- Sánchez-Moraleda, A. (2018) *Determinación del régimen jurídico de la economía conyugal en los ámbitos europeo e intraestatal español*. Madrid: Reus Editorial
- Santi Huaranca, I. y Asencios González, Z. (2019) *La violencia contra las mujeres en las empresas peruanas*. Lima: USMP

DERECHO CIVIL PATRIMONIAL



PROBLEMAS QUE PLANTEA LA CONTRATACIÓN LABORAL A PLAZO DETERMINADA Y LA CAUSA OBJETIVA DE LA CONTRATACIÓN

Carlos Jiménez Silva (*)

RESUMEN

A través del presente trabajo de investigación, se hacen notar los problemas que se plantean a partir de la causa objetiva de los contratos a plazo fijo y la conversión de los mismos en contratos a plazo indeterminado por no haber determinado en forma correcta dicha causa; asimismo la forma de reparación a partir de un despido incausado. Finalmente se plantean algunas precisiones normativas en algunos contratos a plazo determinados de trabajo.

Palabras clave: Contratos sujetos a modalidad, desnaturalización o conversión de los mismos en contratos a plazo indeterminado.

INTRODUCCIÓN

La tendencia a desregular y flexibilizar las relaciones de trabajo, tiene su inicio en los años 80 y 90 en América Latina, en forma impuesta y no negociada a través de la desregulación en distintas intensidades y velocidades en los diversos países comprendidos.

(*) Abogado. Magister en Derecho del Trabajo UNMSM. Profesor de las Maestrías en Derecho del Trabajo UNMSM y USMP, profesor de la facultad de derecho ULIMA. Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. (<https://orcid.org/0000-0002-8338-8068>)

Sucedee que el centro del debate que justifico estas medidas dadas en forma heterónoma, es el de centrar el problema en como generar inversión productiva, y a partir de ello disminuir el nivel de desempleo; la justificación de ello normalmente la hemos recibido a partir de los postulados de la teoría neoclásica que intenta explicar el funcionamiento del mercado de trabajo.

La teoría neoclásica señala que una de las formas por las cuales se produce el desempleo, es por el desencuentro entre la oferta y la demanda; para lo cual se deben utilizar mecanismos legales como la desregulación o flexibilidad de las normas; a mayor regulación se produce mayor desempleo. Ello se produciría por ejemplo si existe la obligación de pagar a los trabajadores una remuneración mínima vital, o la obligación de negociar colectivamente, entre otros aspectos; que generen desencuentros entre la oferta y demanda en el mercado de trabajo.

Tal como señala Ermida, los resultados esperados como estas medidas desreguladoras y flexibilizadoras, propugnadas por la teoría neoclásica, no dieron los resultados esperados, en tanto los niveles de desempleo no sólo no disminuyeron sino que se incrementaron los mismos, a tal punto que América Latina no es el continente más pobre, pero si el de mayor concentración de la riqueza o de peor distribución del ingreso⁽¹⁾

En el caso del Perú, el sustento de la hipótesis de que los costos laborales tenían un impacto muy alto y negativo en relación a la competitividad de las empresas, y que flexibilizando los costos laborales nuestro país tendría más posibilidades de viabilidad en el contexto de la globalización y de las confluencias regionales que se esta dando en el mundo y en América, no surtió efectos positivos.

La legislación laboral a partir de los años 1990/1991, con las disposiciones que sustituyeron las normas que regulaban las relaciones de trabajo individuales y colectivas de trabajo, con las normas denominadas ley de fomento al empleo y relaciones colectivas de trabajo, no aumento el empleo, por el contrario se generó un aumento del nivel de desempleo, reconcentrándose el ingreso a favor del empleador⁽²⁾.

(1) ERMIDA, Uriarte. Caracteres y Tendencias del Derecho del Trabajo en América Latina y Europa. En Revista de Derecho Social. Buenos Aires. 2006. N° 1. Pags 15.

(2) Véase ERMIDA, Uriarte. Protección Jurisdiccional de los Derechos Laborales, relevancia de su Constitucionalización, Flexibilidad Laboral y Formación Profesional a comienzos del siglo XXI. Lima 2003. SPDTSS y Justicia Viva.

Este tipo de medidas como no consiguieron los resultados esperados, generaron por parte de los Estados medidas que busquen frenar estas medidas flexibilizadoras o atenuadoras del campo de protección del derecho laboral, cuyo máximo nivel es la desregulación total; es en tal sentido que el Tribunal Constitucional como máximo interprete de la Constitución, estableció límites a la celebración desmedidas de contratos de trabajo a plazo fijo o sujetos a modalidad, interpretando el artículo 27 de la Constitución, estableciendo que no se garantiza adecuadamente la protección contra el despido si no se otorga una reposición frente a un despido incausado y que ello se produce si la causa objetiva de contratación no está determinada en forma adecuada.

Sucede que más de las dos terceras partes de las personas que están en planillas están contratadas a plazo determinado (contratos sujetos a modalidad), esto es que la excepción se ha convertido en la regla de la contratación laboral⁽³⁾.

I. REPOSICIÓN COMO MEDIDA REPARADORA ANTE UN DESPIDO INCAUSADO COMO CONSECUENCIA DE LA DESNATURALIZACIÓN O CONVERSIÓN DE LOS CONTRATOS DE TRABAJO SUJETOS A MODALIDAD COMO CONTRATOS A PLAZO DETERMINADO

El Tribunal Constitucional (TC) a partir de una interpretación del artículo 27 de la Constitución; indicó que la adecuada protección frente al despido arbitrario, específicamente incausado, se produce cuando la causa objetiva determinante de la contratación mediante contrato de trabajo a plazo determinado no establece en forma objetiva la causa de contratación que justifica su naturaleza temporal y excepcional.

Con este criterio se desconoce lo señalado por la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL), que regula que el despido arbitrario por no haber expresado causa o no poderse demostrar en juicio da lugar a indemnización tarifada como única reparación, equivalente a un sueldo y medio por cada año de servicios, con un tope de doce remuneraciones, abonándose las

(3) De acuerdo con el artículo 4 del Decreto Supremo N° 003-97-TR, en toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados se presume la existencia de un contrato de trabajo indeterminado, siendo el contrato sujeto a modalidad celebrado por escrito con los requisitos señalados por la ley que regula las relaciones individuales de trabajo antes indicada.

fracciones por dozavos y treintavos, una vez superado el período de prueba del trabajador⁽⁴⁾.

Esta interpretación del TC, que establece la posibilidad de la reposición frente a un despido incausado, se da inicialmente a partir de la sentencia recaída en el expediente N° 0206-2005-PA/TC, en el proceso seguido por César Baylón Flores contra E.P.S EMAPA HUACHO S.A., publicado en el Diario Oficial El Peruano el 22 de diciembre de 2005, este precedente es de vinculación inmediata desde el mes de diciembre del 2005⁽⁵⁾.

A su vez a partir del Primer Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Laboral, se determinó la competencia de los Jueces para conocer las demandas de reposición por despido incausado o un despido fraudulento, posteriormente establecerá que procede demandar no sólo la reposición, sino también la indemnización por daños y perjuicios⁽⁶⁾.

Cabe indicar que se ha establecido tanto por el TC como por la Corte Suprema de Justicia, que si el trabajador cobro su indemnización por despido o si desde el inicio de la relación laboral ocupó el cargo de dirección o de confianza no procede demandar su reposición por despido incausado.

II. LOS CONTRATOS DE TRABAJO SUJETOS A MODALIDAD Y PROBLEMAS QUE SE PLANTEAN A PARTIR DE LA CAUSA OBJETIVA DETERMINANTE DE LA CONTRATACIÓN DEL TRABAJADOR

Teniendo en consideración nuestra normativa, los contratos de trabajo sujetos a modalidad implican el acuerdo de voluntades entre el empleador y el trabajador, que se materializa necesariamente por escrito; debiendo señalarse en forma expresa la causa objetiva de contratación, y el plazo necesario de acuerdo a la modalidad contractual a emplear.

(4) Véase artículo 34 y 38 del Decreto Supremo N° 003-97-TR.

(5) Cabe indicar que el TC ha señalado también que procede la reposición frente a un despido fraudulento, el cual se produce cuando se le imputan al trabajador hechos inexistentes, falsos o imaginarios, se le atribuye una falta no prevista legalmente al trabajador, cuando se produce la extinción de la relación laboral con vicio de la voluntad del trabajador, sea pro mutuo disenso o renuncia o cuando se fabrican pruebas, tal como lo señala la sentencia recaída en el expediente 976-2001-AA/TC.

(6) Dentro de la indemnización por daños y perjuicios a establecido la posibilidad de demandar daño emergente, lucro cesante, daño moral y daños punitivos, debiendo para ello acreditarse el daño por el demandante, el nexo de causalidad, el factor de atribución y la conducta antijurídica.

En algunos contratos sujetos a modalidad como el contrato por obra o servicio específico, no existe un plazo máximo de duración, pudiendo realizarse las renovaciones que resulten necesarias hasta la conclusión o terminación de la obra o servicio objeto de contratación.

Si el trabajador continúa prestando servicios luego de concluido el plazo legal o la obra o servicio materia de contratación, se presume un contrato de trabajo a plazo indeterminado, salvo que se haya dado una renovación del contrato sobre la base de la misma causa objetiva de contratación.

Respecto a la renovación de los contratos sujetos a modalidad; se ha regulado en el Perú la obligación de renovar los contratos sujetos a modalidad, si la causa objetiva determinante de la contratación se mantiene, para tal efecto se regulan los siguientes supuestos:

| | |
|--|--|
| Trabajadoras embarazadas | Base legal: artículo 6 de la Ley 30709 |
| Trabajadoras en período de lactancia. | Base legal: artículo 6 de la Ley 30709 |
| Trabajadora que presentó una queja de hostigamiento sexual en el trabajo, presentación de una demanda, denuncia reclamación por dichos motivos | Base legal: Primera Disposición Complementaria y modificatoria del Decreto Legislativo N° 1410 |
| Participación como testigo en procedimientos en favor de la víctima de acoso sexual | Base legal: Primera Disposición Complementaria y modificatoria del Decreto Legislativo N° 1410 |

Fuera de estos supuestos de excepción, no se establece obligación de renovar los contratos celebrados a plazo determinado, no pudiéndose hacer interpretaciones extensivas⁽⁷⁾

A continuación se desarrollan contratos sujetos a modalidad de uso frecuente; cabe indicar que la LPCL y su reglamento, no establecen una relación cerrada de contratos sujetos a modalidad o a plazo determinado, así pueden

(7) De acuerdo con lo establecido por el artículo 2 inciso 24 literal a) de la Constitución, nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que la ley no prohíbe, siendo aplicable ello a las relaciones de carácter privado, de acuerdo con lo señalado por el Tribunal Constitucional en la sentencia 135-96/AP del 10 de junio de 1998, esta norma se aplica a las relaciones de carácter privado.

darse otros tipos de contratos dependiendo su duración del servicio o de la obra que se va ejecutar, no regulados en la LPCL:

2.1 El contrato por incremento de actividades y el contrato por necesidades del mercado

El artículo 57 de la LPCL establece cuatro sub modalidades del contrato por inicio o incremento de actividades, que justifican la contratación del trabajador para realizar labores propias del giro del negocio hasta por tres años, siempre y cuando se precie la causa objetiva de la contratación.

Estas modalidades son las siguientes:

- **El inicio propiamente de actividades productivas de la empresa:** Ello se puede acreditar con documentos como la constancia de inscripción de la empresa en los registros públicos o la escritura pública de constitución, y la licencia de funcionamiento o autorización de la autoridad pertinente para poder operar.
- **El inicio de nuevas actividades:** esta situación se producirá cuando se modifica el objeto social de la empresa y/o se inicia nuevas actividades productivas, un ejemplo de ello, es que no sólo se venderá vehículos, sino también se hará mantenimiento de los vehículos que se venden para lo cual se constituirá un taller, ello se puede acreditar con la licencia de funcionamiento otorgada por la municipalidad del distrito respectivo u otros documentos como contrato de alquiler del local donde operará el taller.
- **La instalación o apertura de nuevos establecimientos o mercados:** Ello se producirá cuando se quiera diversificar la empresa, instalando otros locales en otras provincias o ciudades, en este caso se necesitarán para acreditar ello el contrato de alquiler del nuevo local y/o la licencia de funcionamiento entre otros documentos que se pueden presentar.
- **El incremento de actividades propiamente dicho:** Ello se producirá cuando hay una mayor demanda de los bienes o servicios que comercializa la empresa, acreditándose ello con documentos como el registro de compras y ventas, guías de remisión, facturas y/o comprobantes de pago, entre otros documentos.

Por el contrario, el contrato por necesidades del mercado se regula en el artículo 58 de la LPCL, estableciéndose un plazo de duración del mismo de cinco años como máximo, el problema que se plantea es que este contrato señala que lo que justifica esta forma de contratación es un incremento sustancial de la demanda de bienes y servicios que se produce en la empresa como consecuencia de un incremento coyuntural.

Es así que más allá del plazo de duración del contrato se plantea determinar cuál es la diferencia entre el contrato por incremento de actividades y del necesidades del mercado.

Al respecto, considero que la diferencia no precisada en la norma que regula este tipo de contratación por necesidades del mercado, esta en función que en el caso del contrato por necesidades del mercado el incremento es **coyuntural**, esto se debe a un caso de fuerza mayor o caso fortuito ajeno al ritmo normal que se pudiera dar en determinadas épocas del año, en tanto el trabajador cuenta con mayor liquidez por ejemplo por el pago de sus gratificaciones ordinarias en julio y diciembre.

Este incremento coyuntural se daría por ejemplo como consecuencia de un incremento de la demanda de mascarillas, originadas por las normas de emergencia nacional o sanitarias dadas por el gobierno a fin de evitar la propagación del coronavirus Sars- Cov-2.

2.2 El contrato de suplencia

Este contrato de trabajo regulado por el artículo 61 de la LRCT y el artículo 77 del Decreto Supremo N° 003-97-TR, plantea dos problemas.

El primero es la contradicción que podría presentarse entre la LPCL y el decreto supremo mencionado. Así en la LPCL se establece que el contrato de suplencia durará el tiempo que resulte necesario según las circunstancias, pero en la otra norma mencionada se establece que se debe establecer una fecha de conclusión del contrato de suplencia.

En tal sentido, si el contrato de suplencia está determinado por una suspensión de la relación laboral, sea con goce o sin goce de remuneración, como puede ser los estudios de maestría en el extranjero y el trabajador de-

cide regresar antes; se puede formular la siguiente pregunta: ¿Puede resolver el contrato de suplencia antes de su vencimiento, de acuerdo con el decreto supremo antes mencionado?

Al respecto, una interpretación es que hay que respetar el plazo contractual pactado, de acuerdo con el artículo 62 de la Constitución; es en tal orden de ideas que para que no hayan contingencias debería acordarse por escrito la resolución anticipada del contrato celebrado, en aplicación de lo indicado por la norma de la LPCL que regula el cumplimiento de la condición resolutoria como forma de extinguir el contrato de trabajo antes de su vencimiento⁽⁸⁾.

Asimismo, podemos entender que al regular el segundo párrafo del artículo 61 de LRCT que al reincorporarse el trabajador reemplazo en la empresa, se extingue el contrato de suplencia, operando la condición resolutoria en forma automática; no es necesario pactar una condición resolutoria.

El segundo problema en esta forma de contratación es determinar si es posible contratar a un trabajador para reemplazar a otro trabajador contratado a plazo fijo, que se encuentra con la relación laboral suspendida con goce o sin goce de haber.

Sobre el particular, el artículo 61 de la LRCT establece en el primer párrafo que el objeto de este contrato es de sustituir a un trabajador estable que se encuentra con la relación laboral suspendida, es en tal orden de ideas que es necesario determinar si la referencia a trabajador estable supone que no procede este tipo de contrato de suplencia para reemplazar a los trabajadores contratados bajo contratos sujetos a modalidad que por alguna circunstancia se encuentran con la relación laboral suspendida.

A su vez el último párrafo del precitado artículo señala que en este tipo de contratación se encuentran comprendidas las coberturas de trabajo estable, cuyo titular por razones de orden administrativo deba desarrollar temporalmente otras labores dentro del centro de trabajo. Nótese que en este supuesto de contratación se hace referencia a trabajo estable y no trabajador estable.

(8) Artículo 16 inciso c) del Decreto Supremo N° 003-97-TR, LPCL. De acuerdo a lo señalado por la Corte Suprema en la Casación Laboral N! 4936-2014- CALLAO, de fecha 15 de mayo del 2015, es posible pactar la condición resolutoria como forma de extinguir los contratos de trabajo no sólo en relación a los contratos de trabajo sujetos a modalidad, sino también a los contratos de trabajo a plazo indeterminado.

En suma estamos ante dos supuestos en que se puede aplicar el contrato de suplencia, en el segundo caso se trata de un trabajador que ha sido rotado administrativamente a otro puesto de trabajo de la empresa en forma temporal; en el primer supuesto no; si interpretamos textualmente la norma tendríamos que concluir que en el primer supuesto no podría ser reemplazado a través de esta modalidad contractual el trabajador contratado a plazo fijo; por el contrario en el supuesto que el trabajador que será reemplazado sea trasladado a otro lugar o puesto de la empresa, si puede ser contratado incluso si es contratado a plazo determinado.

1.3 El contrato por obra o servicio específico

Los problemas se plantean a partir de determinar si es posible contratar a un trabajador por obra o servicio determinado, para realizar labores propias del giro del negocio, en tanto partimos que es un servicio de naturaleza permanente regulado como objeto social en los estatutos de la empresa.

Si bien es cierto que no existe ninguna disposición específica que ello constituya un fraude y en consecuencia que se desnaturaliza el contrato celebrado por obra o servicio determinado y se convierta en una relación de trabajo indeterminada; si existe una posición al respecto de la Segunda Sala Transitoria de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de la República.

Dicha Corte ha señalado que no se puede celebrar contratos para realizar labores propias del giro del negocio de la empresa contratante, porque ello desnaturaliza el contrato por obra o servicio específico, considerándose el mismo a plazo indeterminado⁽⁹⁾.

Sin embargo, este pronunciamiento no establece que sucede si la causa objetiva que justifica la contratación de un trabajador por obra o servicio específico es un contrato comercial.

Al respecto el Tribunal Constitucional, en este último supuesto llega a la conclusión; que no se ha desnaturalizado el contrato por servicio específi-

(9) Casación Laboral 1529-2015-LIMA. Esta sentencia tiene carácter relativamente vinculante, desde el día siguiente de su publicación en el diario oficial "El Peruano", pudiendo excepcionalmente los jueces apartarse de este criterio motivando adecuadamente su resolución, según el artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

co; en tanto se especifique que dicho contrato se ha celebrado sobre la base de una licitación ganada por Serpost, la misma que es de carácter temporal y fue causa para que dicha empresa estatal, sujeta al régimen de FONAFE, requiera contratar bajo dicha modalidad contractual. Se entiende que si hay una causa objetiva para la contratación del trabajador como lo es un contrato comercial con un tercero, inclusive si se trata de labores propias del giro del negocio de la empresa que contrata al trabajador por servicio específico u obra determinada, no se desnaturaliza este contrato convirtiéndose en indeterminado⁽¹⁰⁾.

Asimismo, en el plano administrativo, el protocolo de fiscalización laboral de los contratos de trabajo sujetos a modalidad, que es un documento normativo que establece reglas y criterios específicos para el adecuado ejercicio de la función inspectiva, en la etapa de actuaciones inspectivas, señala en forma expresa que el inspector comisionado puede solicitar para determinar la validez del contrato por obra o servicio específico, el contrato civil de obra y/o de locación de servicios que contenga la descripción de la ejecución de la obra o servicio que se va a contratar, entre otros documentos que acrediten la existencia de la obra o servicio contratado, tales como el Acuerdo de Directorio, de Gerencia, entre otros documentos⁽¹¹⁾.

De esta manera el problema que se plantea a partir de estas interpretaciones en la ejecución de esta modalidad de contratación y su desnaturalización; si podemos hacer un distingo a efectos de determinar la desnaturalización de esta forma de contratación, en función si el trabajador es contratado para una obra determinada o servicio específico que tenga como fin el desarrollo de un proyecto determinado o que puede ejecutar otros proyectos adicionales que pueda encargar eventualmente la empresa que celebra el contrato comercial con su empleador.

De acuerdo con lo señalado en el punto anterior se puede establecer dos posiciones en cuanto a la desnaturalización o no del contrato por obra determinada o servicio específica.

La primera parte de la premisa que no se desnaturaliza el contrato por obra determinada o servicio específico, si la causa objetiva de la contratación

(10) Sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el expediente N° 06553-2013-PA/TC del 21 marzo del 2015.

(11) Protocolo N° 003-2016-SUNAFIL/INNI, aprobado por Resolución de Superintendencia N° 071-2016-SUNAFIL, numeral 9.3.1.2 incisos a) y b).

se hace depender de la ejecución de un proyecto determinado, desarrollado por el empleador del trabajador contratado bajo esta modalidad.

El sustento sería el contrato civil y/o comercial que justifica esta forma de contratación.

La segunda posición que podemos adoptar, parte de la premisa que se desnaturaliza esta forma de contratación por obra o servicio específico, si la empresa que contrata al trabajador, bajo esta modalidad de contrato de trabajo, se dedica al desarrollo de proyectos o a la ejecución de obras contratadas por terceros, este es el criterio reciente dado por la Cuarta Sala del Tribunal Supremo Español⁽¹²⁾.

Si partimos de esta segunda posición, la forma de contratación sería el incremento de actividades, debiendo acreditar en este caso específico, por ejemplo, el aumento de la facturación con el registro de ventas que demuestre que al momento de la contratación del trabajador había un incremento de los ingresos de la empresa contratante como consecuencia de la ejecución de obras o proyectos⁽¹³⁾, esto será hasta un plazo máximo de tres años.

1.4 El contrato de trabajo innominado

En principio de acuerdo con el artículo 82 de LPCL se pueden celebrar contratos de trabajo a plazo determinados, no señalados en la LRCT que sean de naturaleza temporal.

Al respecto podemos señalar que dentro de esta categoría están los docentes contratos a plazo determinado de las universidades, los cuales de acuerdo a la

(12) Ver SANGUINETI, Wilfredo. La Subcontratación de actividades productivas y estabilidad en el empleo: el replanteamiento del modelo. En Revista Trabajo y Derecho. 75/2021. Marzo. Editorial Wolters Kluwer.

(13) Dentro de los supuestos de contratación por inicio de actividades o incremento de las mismas, regulado por el 57 del Decreto Supremo N° 003-97-TR, podemos encontrar en forma adicional a la actividad mencionada las siguientes: inicio de actividades productivas, lo que se puede acreditar con la constancia de inscripción de la constitución de la empresa y/o escritura, entre otros documentos; la instalación o apertura de nuevos establecimientos, lo que se puede acreditar por ejemplo con la autorización del nuevo inmueble para operar, y en caso de nuevas actividades, lo que se acredita con documentos como licencia de funcionamiento municipal, registro de ventas y compras entre otros.

Ley Universitaria son contratados a plazo determinado, no existiendo un plazo máximo de duración en esta forma de contratación a plazo determinado⁽¹⁴⁾.

De este criterio la Segunda Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema, al señalar que los docentes pueden estar contratados a plazo determinado, no pudiendo en consecuencia demandar la desnaturalización de estos contratos y con ello una reposición por despido incausado⁽¹⁵⁾

III. CONCLUSIONES

1. En los contratos de suplencia se presentan dos problemas que deben ser prontamente resueltos: el primero si es posible resolver el contrato de suplencia antes de vencer el mismo, sin un pacto expreso; el segundo determinar expresamente si es posible pactar un contrato de suplencia para reemplazar a un trabajador que se encuentre contratado a plazo fijo en tanto se encuentre con la relación laboral suspendida.
2. La causa objetiva de contratación en los contratos por obra determinada o servicio específico puede tener como causa objetiva, la celebración de contratos civiles y/o comerciales con una tercera empresa, donde ejecutará sus labores el trabajador contratado. Ello de acuerdo con lo señalado por el Tribunal Constitucional en algunas sentencias y el protocolo de fiscalización de los contratos sujetos a modalidad.
3. Es importante establecer normativamente que en los casos que la empresa contratante del trabajador por obra determinada o servicio específico se dedique a realizar servicios específicos como contratista o empresa intermediaria, no pueda celebrar este tipo de contratos, en tanto es parte de sus actividades habituales, propias del giro de su actividad.
4. En todo caso se puede establecer contratos a plazo fijo por incremento de actividades, si se contrata al trabajador producto del incremento de los servicios de la empresa contratante, lo que se acreditará con documentos como el registro de ventas.

(14) El artículo 80 numeral 80.3 de la Ley 30220, Ley Universitaria señala que los docentes contratados, no nombrados presten servicios a plazo determinado.

(15) Véase la Casación recaída en el expediente 8723-2015-La Libertad

5. Es posible contratar a los docentes universitarios a plazo determinado, mediante la modalidad de contratos innominados, no existiendo un plazo máximo de duración, en concordancia con la Ley Universitaria.

IV. RECOMENDACIONES

1. Se plantea modificar el artículo 77 del Decreto Supremo N° 003-97-TR, TUO del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, estableciendo como causal de desnaturalización del contrato de trabajo por obra determinada o servicio específico, la contratación del trabajador para realizar labores propias de su giro del negocio de la empresa contratante del trabajador, en forma directa o indirecta; en este último caso a través de la celebración de contratos civiles y/o mercantiles con terceras empresas.
2. Precisar que sin acuerdo de partes se puede resolver el contrato de trabajo de suplencia de incorporarse el trabajador reemplazo a la empresa, antes del vencimiento del plazo del contrato de suplencia pactado.
3. Precisar que el contrato de suplencia aplica tanto para los contratados a plazo determinado como indeterminados, sobre la base del principio constitucional de igualdad de Oportunidades sin Discriminación⁽¹⁶⁾, no existe razón objetiva que determine esa diferencia.

V. BIBLIOGRAFIA

ANACORETA CORREIRA, José y Otros

Los Actuales Cambios Sociales y Laborales: Nuevos Retos para el Mundo del Trabajo. Volumen I. Suiza. Peter Lang. 2017.

ALEMAN PAEZ, Francisco y Otros.

El futuro del Trabajo. Análisis Jurídico y Socioeconómico. España. Editorial Aldebaran.

DEAKIN, Simón.

Derecho Laboral y Desarrollo: nuevos conceptos y evidencias y su aplicación en América Latina. Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo.

(16) Artículo 2 inciso 2 de la Constitución y el Principio Laboral de Igualdad de Oportunidades sin discriminación, artículo 26 inciso 1 de la Constitución.

Libro de Ponencias del VII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Lima Págs. 62-63.2016

ERMIDA URIARTE, Oscar.

Caracteres y tendencias del Derecho del trabajo en América latina y Europa. En Revista Derecho Social Latinoamericana. Número I. 2006. Lima Págs. 7-28.2016

ERMIDA URIARTE, Oscar.

Protección Jurisdiccional de los Derechos Laborales, Relevancia de su Constitucionalización, Flexibilidad Laboral y Formalización Profesional a Comienzos del Siglo XX. SPDTSS y Instituto de Defensa Legal Justicia Viva. Junio del 2003.

FERNANDEZ BRINGONI, HUGO

Las Mutaciones de la Empresa en el Siglo XXI. En F- ACKERMAN, Mario (Director) y LA TOSCA, Diego (compilador). Las Transformaciones de la Empresa en el Derecho del Trabajo. Buenos Aires. Páginas 289-313.2007.

IRENE, Cortes

“Señoría un Robot me ha quitado el trabajo”. Diario el País. (7 de agosto 2020)

JIMENEZ SILVA, Carlos

La Escisión Parcial o Impropia de Sociedades y el Reparto de Utilidades de los Trabajadores. En revista Caplae Laboral. Febrero 2021.

JIMENEZ SILVA, Carlos

Metamorfosis: La Descentralización del Trabajo a través de las Tecnologías de la Información y Telecomunicaciones frente a la Descentralización Productiva. En Revista Laborem. Número 24. Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y Seguridad Social..Pags. 243-264. 1 de abril del 2021

PALOMEQUE LOPEZ, Manuel

La Función Social y Transformaciones del Derecho del Trabajo. En la revista Jurídica del Trabajo. Número 1. Enero-abril. Montevideo. Uruguay.2020

PALOMEQUE LOPEZ, Manuel y Otros.

Trabajo y Seguridad desde el Estado Social de Derecho. Temas Actuales. Libro en homenaje a Carlos Blancas Bustamante. Lima 2018.

SANGUINETI, Wilfredo.

La Subcontratación de Actividades Productivas y Estabilidad en el Empleo: el Replanteamiento del Modelo. En Revista Trabajo y Derecho. Número 75. Marzo. Editorial Wolters Kluwer. Año 2021

TODOLÍ, Adrián

Las Plataformas Digitales y la Ampliación del Concepto de Trabajador: Jurisprudencia Española y la Nueva Ley de California (AB5). En Revista Jurídica del Trabajo N° 1. Montevideo. Uruguay. Marzo 2020

VILLALBA SANCHEZ, Alicia

La condición Resolutoria Consignada en el Contrato de Trabajo. Granada. España. Editorial Comares. 2018.

LA IMPUGNACIÓN DE ACUERDOS DE LA JUNTA GENERAL COMO DERECHO CORPORATIVO DEL ACCIONISTA

César Ramos Padilla (*)

RESUMEN

En el presente artículo se trata del llamado derecho a impugnar los acuerdos sociales como el reconocimiento al accionista de una forma particular de legitimación procesal para la existencia de una relación jurídica procesal válida en busca de que el juez declare la invalidez de un acuerdo social. El asunto litigioso es el acuerdo de la junta o asamblea de accionistas que pretende desconocer o transgredir el derecho de los accionistas o de la sociedad. Esperemos que sea la continuación de investigaciones sobre el derecho, no solo de los accionistas, sino de todos los interesados, como los acreedores, que busquen rechazar la validez de todo acuerdo por votación de la mayoría que, directa o indirectamente, busque beneficiarse o beneficiar a su grupo económico a costa de perjudicar los intereses de la minoría e inclusive del interés social.

SUMARIO

Introducción. 1. Fundamentos de su regulación. 2. Definición. 3. Naturaleza Jurídica. 4. Acuerdos impugnables: 4.1 Consideraciones Generales; 4.2 Nulidad del Acuerdo contrario a la ley: 4.2.1 Nulidad en la formación de la voluntad colectiva: a) Nulidad por falta de requisitos formales en la Constitución de la Junta, b) Nulidad por falta de requisitos formales en el Acuerdo de la Junta; 4.2.2 Nulidad por el Contenido del Acuerdo; 4.3 Nulidad del Acuerdo contrario al Estatuto; 4.4 Nulidad del Acuerdo contrario al Interés Social.

(*) Abogado y Magister en Derecho Civil y Comercial por la UNMSM, Profesor Ordinario de la UNMSM, Profesor Ordinario de la Universidad Ricardo Palma.

5. Vía Procedimental para los procesos de Impugnación. 6. Legitimación Activa y Pasiva, Intervención de terceros: 6.1 Legitimación activa: a) Asistentes a la Junta; b) El Accionista Ausente; c) Accionistas Privados ilegítimamente de emitir su voto; d) Accionistas sin derecho de voto, y e) Mantenimiento de la Condición del impugnante; 6.2 Legitimación Pasiva. 7. Acumulación de Pretensiones. 8. Medidas cautelares: a) Anotación de la demanda en el Registro; b) Suspensión del Acuerdo Impugnado. 9. Revocación o Sustitución de Acuerdo Impugnado. 10. Efectos de la Sentencia: 10.1 En los Accionistas, 10.2 Terceros de Buena Fe, 10.3 Sanción al accionista de mala fe. 11. Caducidad de la Impugnación. 12. Conclusiones.

INTRODUCCIÓN

Es importante empezar por entender que los acuerdos de la junta general de accionistas de una sociedad anónima se toman por mayoría de acciones ya que se considera que los titulares de las acciones mayoritarias son los que defenderán el interés social, pero estos acuerdos deben tener como límites que estén de conformidad a la ley, al estatuto y al interés social, en ese sentido se requiere analizar los fundamentos de la regulación de los mecanismos de protección de los acuerdos contrarios a la ley, al estatuto o al interés social como derecho de los accionistas minoritarios, afectados por estos acuerdos. Asimismo, se debe precisar que acuerdos son impugnables por tener vicios de nulidad, que se presenta como nulidad en la formación de la voluntad colectiva, nulidad por falta de requisitos formales en el acuerdo de la Junta, nulidad por el contenido del acuerdo, la vía Procedimental para los procesos de Impugnación, quienes tienen la legitimación Activa y Pasiva, las medidas cautelares, la revocación o Sustitución de Acuerdo Impugnado, los efectos de la Sentencia, buscando dar algunas alternativas que nos permitan contar con mecanismos efectivos de defensa de los accionistas vulnerados con acuerdos con vicios de nulidad, los que se abordan a continuación..

1. FUNDAMENTOS DE SU REGULACIÓN

El proceso de formación de la voluntad de las personas y la manifestación de la misma, son de vital importancia para el derecho, debido a que las personas se interrelacionan jurídicamente a través de la formación y manifestación de sus voluntades. Las sociedades forman su voluntad a través de dis-

tintos órganos, mediante procedimientos establecidos por la ley y el estatuto. En la sociedad anónima, es la junta general de accionistas el órgano supremo para la formación de la voluntad social, y lo hace en los aspectos más relevantes de la vida social⁽¹⁾.

Las decisiones de la junta se toman por mayoría de votos, o sea, la junta funciona bajo el principio democrático de la mayoría combinado con el principio capitalista, en el sentido de que la mayoría no se forma por personas, sino por participaciones de capital. Existe la presunción que la mayoría es la que mejor resguarda el interés general de la sociedad, atribuyéndosele en consecuencia, el carácter de voluntad social. Pero sólo pueden valer como manifestaciones de voluntad colectiva, aquellas decisiones de la mayoría que están tomadas en una asamblea convocada, reunida y celebrada con arreglo a un régimen de garantías inexcusables para el buen funcionamiento del régimen corporativo de formación de la voluntad colectiva y para que se pueda atribuir a la mayoría, como soporte de esa voluntad, el poder de imponer sus decisiones a todos los miembros de la colectividad.

Todos los socios, sin excepción alguna, quedan sometidos a los acuerdos de la junta. La ley refuerza el postulado de la sumisión declarando explícitamente que incluso alcanza a los disidentes y a los que no hayan participado en la reunión⁽²⁾. Pero se sobreentiende que la sumisión sólo tiene plena vigencia frente a los acuerdos válidos e inatacables. No es una sumisión incondicional. El accionista entra en la sociedad para someterse a la voluntad social, pero la mayoría, a su vez, debe respetar la ley y los estatutos e inspirar sus decisiones en el interés social. Ningún socio, ni siquiera el que hayan votado a favor, debería quedar sometidos a un acuerdo contrario a la ley.

Garrigues y Uría dicen, que el principio mayoritario es el único que permite el funcionamiento práctico de las sociedades anónimas. Pero ello no significa, dejar a los accionistas minoritarios, o a los accionistas que no secunden con su voto los acuerdos sociales, totalmente a merced de la mayoría, cuando ésta, con olvido de sus deberes, lesiona los intereses de la sociedad comunes a

(1) ELIAS LAROZA, Enrique. *Ley General de Sociedades comentada*. Editora Normas Legales. Trujillo, Perú 1998. Págs. 88, 293 y 294

(2) Por socios disidentes hay que entender aquellos que hayan votado en contra del acuerdo; y por socios ausente a los no participantes en la reunión, los que, aparte de no asistir personalmente a la junta, no se hayan hecho representar en ella por medio de otra persona.

todos los accionistas o infringe los mandatos de la ley y de sus propios estatutos. La soberanía de la junta se ha movido siempre dentro de un sistema de límites y la sumisión al voto de la mayoría, que nunca fue incondicional y sólo podía tener vigencia los acuerdos válidos e inatacables⁽³⁾.

Por otro lado, el abuso de poder de la mayoría se manifiesta a través de resoluciones en asamblea, porque es precisamente la asamblea quien tiene la función de sustituir las voluntades particulares, formándolas, transformándolas, y reduciéndolas a una síntesis, la cual es la voluntad del ente. En tal sentido, impugnando esas resoluciones, se abre la vía para revisar la coherencia de la actuación en la junta o asamblea de accionistas en lo que incumbe a los fines sociales y no al del accionista individualmente considerado, así sea mayoría⁽⁴⁾. En el ejercicio de las acciones de impugnación, encontrarán las minorías su mejor instrumento de defensa contra el abuso de poder de las mayorías⁽⁵⁾.

En realidad, la función del derecho de impugnación, asumida por la legislación societaria, consiste en impedir que la mayoría excedan los límites de sus facultades, obligándolas a que desenvuelvan su acción dentro del marco de la ley, del Estatuto Social o que no lesione los intereses de la sociedad⁽⁶⁾.

Pero, la minoría o el accionista aislado, también debe ser constreñido, por la legislación societaria, a no salir de sus propios límites, porque si perjudicial fuese dejar a la sociedad anónima sometida al poder omnímoto de quienes representen en la junta la mayoría del capital, peligroso sería igualmente, el ejercicio caprichoso, abusivo y temerario de las acciones de impugnación por una minoría irresponsable.

La función de la minoría, en el orden interno de la sociedad anónima, es sencillamente de control. No puede pretender la imposición de cortapisas al poder legítimo de los grandes accionistas, sino procurar que hagan uso le-

(3) GARRIGUES, Joaquín y URÍA, Rodrigo. "Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas". Tomo II. Segunda Edición. Madrid. Páginas 499, 500, 621 y 622

(4) DE AGUINIS, Ana María y BURDERSKY, Arnoldo. "El abuso de poder de la mayoría". Temas de Derecho Comercial, Conflictos Societarios; Instituto Argentino de Derecho Comercial. Editorial Abaco de Rodolfo de Palma. Buenos Aires. 1983. Págs 166 y 167.

(5) GARRIGUES, Joaquín y URÍA, Rodrigo. Comentarios a la Ley dePág 500

(6) HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo. "Impugnación de Acuerdos de Juntas Generales de Accionistas" (I). "El Peruano" del 06/11/95. Págs B-6 y B-7.

gal de sus derechos⁽⁷⁾. Ello significa que no puede admitirse el hecho que por querer proteger al accionista minoritario se llegue al extremo, de convertir a la minoría en una fuerza decisoria que dirija la marcha de la sociedad contra los acuerdos de la mayoría⁽⁸⁾.

Cuando el Código de Comercio no contenía norma respecto al derecho de impugnación de acuerdos de la junta general, cabría la posibilidad de impugnar las decisiones de la junta general por los trámites del juicio ordinario (proceso de conocimiento), resultando, en la mayoría de casos, ilusorio, pues la decisión judicial llegaba a ser ineficaz⁽⁹⁾; es por ello que se encuentra justificada su actual regulación, que no solo debe hacerla mucho más expeditiva su tramitación judicial, incluyendo las medidas cautelares, sino que también debe establecer requisitos y límites del ejercicio de éste derecho, para evitar el abuso del mismo.

2. DEFINICIÓN

El derecho de impugnación, es uno de los principales mecanismos de control que la Ley General de Sociedades (LGS) reconoce en favor de todos los socios, con el fin de que cualquiera de ellos pueda cuestionar la validez de los acuerdos adoptados en la junta general de una sociedad, haya asistido o no a aquella⁽¹⁰⁾, y se ejerce ante los órganos jurisdiccionales del Estado a fin de que el Juez declare la nulidad del acuerdo que contraviene la ley, los estatutos o el interés social.

3. NATURALEZA JURÍDICA

Sobre la naturaleza del derecho de impugnación, existen diversas teorías que pretenden explicarla y que a continuación se analizan:

En primer lugar, se afirma que al impugnar los acuerdos de la junta general el socio actúa como órgano de defensa social para remediar la deficiente

(7) GARRIGUES, Joaquín y URÍA, Rodrigo. Comentarios a la Ley de ... Págs 622 y 623

(8) HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo. "Impugnación de Acuerdos de Págs B-6 y B-7.

(9) MONTOYA MANFREDI, Ulises. Comentarios a la Ley de Sociedades Mercantiles. Imprenta de la UN-MSM. Lima 1967. Página 260

(10) MURO ROJO, Manuel. Impugnación y Nulidad de Acuerdos Societarios. Gestión del 07-05-98. Pag. 10.

actuación de la junta general⁽¹¹⁾; es así como el derecho de impugnación se concibe como un derecho complementario al derecho de voto y también con el derecho a la previa información, que sirve para cautelar la correcta formación de la voluntad social, la cual, es distinta e independiente de la voluntad de los accionistas que forman la Junta General y que se pueden ejercitar en defensa de la ley, del estatuto y del interés social⁽¹²⁾

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que también se utiliza para la defensa de sus derechos individuales incorporados en la acción y que es protegido por la ley. El derecho a impugnar los acuerdos será apto para tutelar, no solo los derechos de voto e información, sino también a los otros derechos del socio si éstos vienen desconocidos, o reciben configuración distinta a la que la ley permite, por decisión de la junta.

La jurisprudencia y la ley, en diversos países, habían proclamado la condición del derecho de impugnación, como uno de los derechos individuales del socio, hallándose los motivos de impugnación sustraídos a la libre disposición de las partes⁽¹³⁾; sin embargo este derecho no es privativo del accionista (artículo 150 de la LGS) y en determinadas circunstancias aparece como un derecho de los accionistas minoritarios, que puede ser accionado por un grupo de accionistas, como por ejemplo, para la suspensión de acuerdos, el artículo 145 de la Ley requiere una cantidad de acciones que representen un determinado porcentaje del capital social.

En segundo lugar, se manifiesta que el derecho de impugnación es un derecho personal porque es inherente a la condición de accionista; condición que no solamente debe sostenerse al momento de tomarse el acuerdo materia de la impugnación, sino que debe mantenerse durante todo el proceso⁽¹⁴⁾. Pero

(11) Ver: GARRIGUES, Joaquín y URÍA, Rodrigo. Comentarios a la Ley de ... Pág 627 y URÍA GONZALES, Rodrigo; MENENDEZ MENENDEZ, Aurelio; MUÑOZ PLANOS, José María. La Junta General de Accionista. Comentarios al Régimen Legal de las Sociedades Mercantiles dirige por Uria, Menendez y Olivencia. Editorial Civitas. Madrid 1992. Pág. 315

(12) HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo. El Derecho de impugnación de acuerdos de Juntas Generales de Accionistas y su ejercicio a través de acciones judiciales. IUS ET VERITAS Nº 11- Noviembre de 1995 - Lima Perú. Pág. 66

(13) URÍA GONZALES, Rodrigo; MENENDEZ MENENDEZ, Aurelio; MUÑOZ PLANOS, José María. La Junta General de...Pág. 315

(14) Ver: HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo. El Derecho de impugnación... Pág. 66 y HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo. "Impugnación de Acuerdos de..... Pags B6 y B7

es preciso señalar que por derecho personal debe entenderse al vínculo jurídico predominante entre dos personas (a diferencia del real, en que prevalece la relación entre una persona y una cosa), debiendo haber dualidad de sujetos: un acreedor y un deudor⁽¹⁵⁾ y en este caso se ejercita el derecho de acción procesal contra el estado para obtener la tutela jurisdiccional.

En tercer lugar, se dice que el derecho de impugnar los acuerdos de la Junta General es un derecho potestativo ya que el socio tiene la facultad o no de ejercitarlo⁽¹⁶⁾; pero el carácter potestativo se deduce al calificarlo de derecho subjetivo. Uría considera que el socio impugnante ejercita un derecho subjetivo, porque en el fondo de toda impugnación se encuentra siempre un interés del socio, que es el constante propulsor de su acción, independientemente de que satisfaga al propio tiempo el interés de los demás socios o el de la sociedad⁽¹⁷⁾; Hundskopf entiende que esta facultad, para formular su pretensión sobre la base de su apreciación personal, debe compatibilizarse con el interés social⁽¹⁸⁾, sin embargo, no precisan, si es un derecho subjetivo material o derecho subjetivo público dirigido contra el estado para obtener la tutela jurisdiccional.

Sánchez Andrés expresa que el mal llamado derecho del socio a impugnar los acuerdos sociales, tal como aparece regulado en la ley española, ni es un verdadero derecho subjetivo material, ni es privativo del socio, ni se refiere exclusivamente, a acuerdos sociales en sentido estricto, considera este jurista que, bajo esa rotulación incorrecta lo que verdaderamente la ley regula es un mecanismo procesal, que abre cauce al ejercicio de pretensiones de contenido muy diverso. El llamado derecho a impugnar los acuerdos sociales, más que expresar ese carácter, debe considerarse únicamente como el reconocimiento de una legitimación procesal que, por lo demás, no resulta ciertamente exclusiva del socio. El reconocimiento legal de la genérica legitimación del socio para impugnar, no significa que ese poder de impugnación de acuerdos, que

(15) ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA. Tomo VIII. Editorial Bibliográfica Argentina. Buenos Aires 1958
Página 363

(16) Ver: HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo. El Derecho de impugnación Pág. 66 y HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo. "Impugnación de Acuerdos de..... Pags B6 y B7

(17) Ver: GARRIGUES, Joaquín y URÍA, Rodrigo. Comentarios a la Ley dePág 628 y URÍA GONZALES, Rodrigo; MENENDEZ MENENDEZ, Aurelio; MUÑOZ PLANOS, José María. La Junta General de....Pág. 315

(18) HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo. El Derecho de impugnación... Pág. 66

disfruta por ley, constituya un derecho subjetivo material integrante de su esfera jurídica desde la fundación de la sociedad; porque aquella legitimación no nace hasta la adopción del acuerdo hipotéticamente viciado⁽¹⁹⁾.

La legitimación procesal es una condición de la acción, que junto con los presupuestos procesales, son requisitos para la existencia de una relación jurídica procesal válida, iniciada mediante el ejercicio del derecho de Acción Procesal, que es el derecho público subjetivo que corresponde a cualquier persona, y que tiene objeto obtener del Estado la prestación de su actividad jurisdiccional mediante una sentencia⁽²⁰⁾. Este derecho presenta las siguientes características: Es un **derecho público**, porque constituye una atribución ejercitable ante el Estado (de ahí lo de público) personificado en la persona del Juez, en virtud de la cual se puede reclamar la puesta en marcha del mecanismo jurisdiccional a fin de que con ello se preserven los derechos materiales lesionados (o amenazados) de los justiciables; Es un **derecho subjetivo**, ya que cualquier persona puede demandar a otra por cualquier concepto y cualquiera fuera la cuota de razón que le asista; es un **derecho en abstracto**, pues es un derecho “de continente” y no “de contenido”, que es el derecho a promover un proceso y a que en el mismo recaiga sentencia; y finalmente es un **derecho autónomo**, entendiéndose como un derecho independiente y distinto del derecho subjetivo material que se desea mantener incólume mediante el ejercicio de la acción⁽²¹⁾.

4. ACUERDOS IMPUGNABLES

4.1 Consideraciones generales

Los acuerdos y asambleas válidas, son aquellas tomadas de conformidad a las normas de ley y de estatuto⁽²²⁾. El derecho de la mayoría en la Junta General de Accionistas tiene como limitación, todas aquellas decisiones de la mayoría

(19) SANCHEZ ANDRÉS, Anibal. La Acción y los Derechos de los Accionistas. Comentario al Régimen Legal de las Sociedades Mercantiles. Dirigido por: Uría, Menéndez y Olivencia. Tomo IV. Volumen 1º, Editorial Civitas S.A.. Madrid, 1992. Págs. 103, 141, 142 y 145

(20) ALZAMORA VÁLDEZ, Mario. Derecho Procesal Civil. Teoría General del Proceso. Sexta Edición. Lima-Perú 1975. Edit. SESATOR. Pág 62

(21) PEYRANO, Jorge - CHIAPPINI, Julio. El Proceso Atípico. Parte segunda. Editorial Universidad SRL. Buenos Aires. 1984. Págs. 131 y 132

(22) DE GREGORIO, Alfredo. De las Sociedades y de las Asociaciones Comerciales. En “Derecho Comercial” de Bolaffio- Rocco - Vivante. Tomo 6. Ediar Editores, Buenos Aires 1950. Pág. 696

que vulneran la ley, los estatutos, los derechos individuales de los socios y el interés social, incluyendo dentro de esta última, el abuso del derecho por parte de la mayoría⁽²³⁾.

En nuestro marco legal, dice Hundskopf, el hecho de que no exista una diferenciación expresa, no impide considerar como acuerdo nulo el que es contrario a la ley y como acuerdo anulable o que atenta contra el Estatuto o el interés social⁽²⁴⁾. Es así como lo establece la legislación española. Pero, en el Perú, la última reforma legislativa unifica las causales de nulidad, no diferenciando los acuerdos nulos y anulables.

La primera distinción que hace el derecho civil entre actos nulos y anulables es que los primeros carecen de efecto, mientras los segundos producen normalmente sus efectos, pero están amenazados de destrucción a pedido de parte interesada⁽²⁵⁾; en el derecho societario, si bien la nulidad de los actos nulos o anulables tienen efectos *ex tunc* (se retrotrae al momento en que se produjo el acto) para la sociedad y los accionistas, no afectará los derechos adquiridos por terceros de buena fe⁽²⁶⁾. En el derecho civil el acto nulo no puede ser convalidado mediante confirmación, mientras el acto anulable si puede ser confirmado expresa o tácitamente; en el derecho societario el acuerdo nulo o anulable puede ser revocado, o sustituido por otro adoptado conforme a ley, al pacto social o al estatuto. En el derecho civil la acción de nulidad prescribe a los diez (10) años y la de anulabilidad a los dos años; en el derecho societario el derecho de impugnar el acuerdo nulo o anulable caduca a los dos meses de la fecha de adopción del acuerdo si el accionista concurrió a la junta, a los tres meses si no concurrió, y tratándose de acuerdos inscribibles, dentro del mes siguiente a la inscripción. Asimismo, terceros pueden interponer la acción de nulidad prevista en la ley de sociedades o en el código civil, caducando al año de la adopción del acuerdo respectivo.

La LGS unifica todas las acciones de nulidad de los acuerdos sociales que los accionistas se encuentran legitimados a interponer, regulando además

(23) ELIAS LAROZA, Enrique. "La protección del inversionista en la ley de sociedades mercantiles". Bolsa de Valores de Lima. "La ley de sociedades mercantiles y la protección del inversionista". Diciembre de 1982.. Pág 94

(24) HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo. El Derecho de impugnación... Págs. 66 y 67

(25) TORRES VASQUEZ, Anibal. Acto Jurídico. Editora San Marcos. Lima, Perú, 1998 Pág 586

(26) ELIAS LAROZA, Enrique. "Ley General de Sociedades... Pág 308

la impugnación de terceros basados en las causales de nulidad de la ley societaria o las del código civil.

El Artículo 139 de la LGS dice que pueden ser impugnados los acuerdos de Junta General que sean contrarios a la ley, se opongan al estatuto o que lesionen, en beneficio de una o varios accionistas los intereses de la sociedad, como a continuación detallamos.

4.2 Nulidad del Acuerdo contrario a la ley

4.2.1 Nulidad en la formación de la voluntad colectiva

a) Nulidad por falta de requisitos formales en la Constitución de la Junta

La validez del acuerdo presupone el cumplimiento de los requisitos formales que la ley exige para la regular la constitución y funcionamiento de las juntas generales. Por ejemplo, la publicidad de las reuniones de los órganos sociales, en este caso de la junta general, resulta indispensable para dar oportunidad a todos sus integrantes de asistir a deliberar u votar en los asuntos tratados⁽²⁷⁾. Los requisitos exigidos para que la asamblea pueda considerarse constituida son esenciales y que su falta conduce a la nulidad de las deliberaciones, puesto que no se puede hablar de defectos o vicios de los acuerdos si la asamblea o junta general no se ha constituido jurídicamente. Esto significa que, si es inexistente la junta general o asamblea de accionistas, tampoco puede existir acuerdo de junta general⁽²⁸⁾. En consecuencia, serán nulos los acuerdos tomados en una reunión de accionistas que no puede reputarse verdadera y válida junta general⁽²⁹⁾. Así, por ejemplo:

- i) Por falta de convocatoria (artículo 113 de la LGS);
- ii) Por no haber sido convocada por el directorio o los administradores (artículo 113 de la LGS);
- iii) Por no haber sido convocada en la forma prevista por la ley. Se está refiriendo a la forma y contenido del anuncio (artículo 116 de la LGS);

(27) ELIAS LAROZA, Enrique. *“Ley General de Sociedades... Pág 89.*

(28) DE GREGORIO, Alfredo. *De las sociedades Pag. 698.*

(29) URIA GONZALES, Rodrigo; MENENDEZ MENENDEZ, Aurelio; MUÑOZ PLANAS, José María. *La Junta General de...Pág. 329, 330, 331.*

- iv) Por no haber sido constituida con la necesaria concurrencia mínima de accionistas o sin observar las prescripciones dictadas para las juntas especiales (artículos 124, 124, 126 y 132 de la LGS);
- v) Por haberse celebrado con carácter de junta universal sin estar presente los titulares de todas las acciones suscritas con derecho de voto o no haber existido unanimidad de los accionistas en la celebración y en los puntos de la agenda a tratarse (artículo 120 de la LGS);
- vi) Por haberse reunido fuera de la localidad en que la sociedad tenga su domicilio (artículo 112 de la LGS);
- vii) Por no haber sido formulada la lista de asistentes (artículo 123 de la LGS);
- viii) Por haber sido ilegítimamente privado de asistir a la junta algún accionista (artículo 95 inciso 2 de la LGS);
- ix) Por suprimir radicalmente todo debate o deliberación privado a los accionistas asistentes del derecho de voz (artículo 95 inciso 2 de la LGS).

b) Nulidad por falta de requisitos formales en el Acuerdo de la Junta

No obstante, la válida constitución y regular funcionamiento de la junta, la nulidad de los acuerdos podrá provenir por no haberse podido formar la voluntad colectiva⁽³⁰⁾. Como referencia mencionamos los siguientes casos:

- i) Cuando no haya sido tomado el acuerdo con la mayoría absoluta de votos de las acciones concurrentes a la Junta según lista de asistentes (Art. 127 de la LGS).
- ii) Cuando el acuerdo no haya conseguido la mayoría absoluta de votos de las acciones con derecho de voto y que la ley exige en determinados casos (Art. 127 de la LGS).
- iii) Cuando hayan sido decisivos para formar la mayoría, votos que adolezcan de algún vicio que los invalide (Artículos 127 y 133 de la LGS).

(30) URÍA GONZALES, Rodrigo; MENENDEZ MENENDEZ, Aurelio; MUÑOZ PLANAS, José María. La Junta General de...Pág. 331

4.2.2 *Nulidad por el Contenido del Acuerdo*

Serán nulos los acuerdos cuyo contenido vulnere un mandato legal⁽³¹⁾, así podemos anotar los siguientes casos:

- a) Los acuerdos contrarios a la moral, al orden público o a las buenas costumbres (artículo 38 de la LGS);
- b) Los que violen en derechos que la ley concede a los accionistas (artículos 95 y 96 de la LGS);
- c) El de emisión de acción desembolsadas en menos de una cuarta parte de su valor (artículo 52 de la LGS);
- d) La de emisión de acción que no respondan a una afectiva aportación patrimonial a la sociedad (artículos 51 y 74 de la LGS);
- e) El de aumento de capital con nuevas aportaciones dinerarias sin estar totalmente desembolsadas los accionistas emitidos (artículo 204 de la LGS);
- f) El de creación de acciones con voto plural o que alteren la proporción entre el valor nominal de la acción y el derecho de voto o el de suscripción preferente; o con derecho a percibir un interés fijo (arts. 82, 83 y 207 de la LGS);
- g) El de exclusión del derecho de suscripción preferente sin cumplimiento los requisitos legales (artículos 95,96, 103, 207 y 259 de la LGS);
- h) El de reparto de dividendos siendo el valor del patrimonio neto contable inferior al capital social (artículo 230 de la LGS);
- i) El de distribución de beneficios sin detraer el mínimo correspondiente a la reserva legal (artículo 229 de la LGS);
- j) El de emisión de títulos representativos de obligaciones desiguales (artículo 304 de la LGS);
- k) El de conversión de obligaciones en acciones, sin haberse previsto la conversión al emitirse las obligaciones o sin contar con el acuerdo previo de las obligacionistas (artículos 315 y 322 de la LGS);

(31) Ver: URÍA GONZALES, Rodrigo; MENENDEZ MENENDEZ, Aurelio; MUÑOZ PLANAS, José María. La Junta General de...Pág. 331, y HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo. El Derecho de impugnación... Pág. 67

- l) El acuerdo que admitiese en prenda acciones de la propia sociedad (artículo 106 de la LGS)

Messineo dice que, si se trata de la deliberación que se aparte de las normas de ley derogables, la misma no puede considerarse ilegal; y la impugnación no es admisible⁽³²⁾. Sin embargo, en el sistema de una ley como la peruana, que tiene el carácter marcadamente imperativo, la cuestión se plantea excepcionalmente.

4.3 Nulidad del Acuerdo contrario al Estatuto

Los acuerdos en conflicto con los estatutos serán nulos, así sean adoptados con las mayorías requeridas por ley, o incluso por unanimidad. El funcionamiento de la sociedad anónima debe adecuarse a las disposiciones de su estatuto. Con ello se otorga seguridad a los accionistas y a terceros que se relacionan con la sociedad. La sociedad puede modificar sus estatutos, con los procedimientos y formalidades previstas para ello, pero no podrá adoptar un acuerdo contrario a una disposición estatutaria si antes no la ha modificado. La modificación puede efectuarse con anterioridad o en la misma junta en la que se adopta el acuerdo⁽³³⁾.

Si se trata de un acuerdo que se aparte de las normas estatutarias derogables (declaradas por el propio estatuto como supletorias a la decisión de la junta), ésta no puede considerarse ilegal y la impugnación no es admisible⁽³⁴⁾.

Cuando la norma preceptor estatutario que se infringe no haga más que reproducir un mandato legal imperativo, la violación del estatuto implicará también violación de la Ley⁽³⁵⁾.

4.4 Nulidad del Acuerdo contrario al Interés Social

La ley establece que un acuerdo es impugnable cuando lesione, en beneficio de uno o varios accionistas o de terceros, los intereses de la socie-

(32) MESSINEO, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial. Tomo V. RELACIONES OBLIGATORIAS SINGULARES. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires. Pág. 455

(33) ELIAS LAROZA, Enrique. "Ley General de Sociedades..." Pág 89

(34) MESSINEO, Francesco. Obra Citada. Pág 455

(35) URIA GONZALES, Rodrigo; MENENDEZ MENENDEZ, Aurelio; MUÑOZ PLANAS, José María. La Junta General de...Pág.334

dad, porque esos acuerdos, aunque están revestidos de ordinario con ropaje legal, en el fondo entrañan un grave peligro para los demás accionistas. Uría dice, que precisamente a través de acuerdos de esa índole, es donde tienen manifestación más clara el abuso y la extralimitación del poder de las mayorías. Cuando la mayoría, que debe ser el intérprete del interés social como un interés superior común a todos los accionistas, toma un acuerdo que sin violar la ley o los estatutos pospone los intereses de la sociedad al interés egoísta de uno o varios socios, se debe permitir a los demás la impugnación del acuerdo como único medio de defender los intereses de la sociedad y los intereses propios que van inexcusablemente unidos al interés social común⁽³⁶⁾.

El interés social, debe entenderse como la maximización de las ganancias comunes. Es indiscutible que requieren ser defendidos, tanto el interés común de los accionistas, que se halla en la base del negocio por el cual adquieren la condición de socio, como el principio de no discriminación de los accionistas de la misma clase (ejemplo: no ser excluido del reparto de las utilidades), porque ambos aspectos constituyen el fundamento y el límite de la vinculación del accionista al criterio de la mayoría⁽³⁷⁾.

Debe estimarse que no cabe exigir que el perjuicio se produzca en el momento mismo de adoptarse el acuerdo impugnado, ni que haya de esperarse que la lesión se produzca para proclamar la nulidad, pues ha de considerarse suficiente la fundada previsibilidad de lesión⁽³⁸⁾.

Por último, si es que ha existido daño a los intereses de un accionista o de un grupo de accionistas minoritarios por la decisión tomada por la Junta General en mayoría, no es suficiente para determinar que ha existido abuso del derecho, debe existir la falta de interés legítimo; porque habiendo interés legítimo de la mayoría, concordando ese interés legítimo con el interés social, aun cuando puedan dañarse determinadas aspiraciones o determinados dere-

(36) URÍA GONZALES, Rodrigo; MENENDEZ MENENDEZ, Aurelio; MUÑOZ PLANAS, José María. La Junta General de...Pág. 335 y 336

(37) CABALLOLI ANGELATS, Lluís. Impugnación de Acuerdos sociales. Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas. Coordinadores: Arroyo Martínez, Ignacio y Embid Irujo, José Miguel. Volumen II. Editorial Tecnos. Madrid, 2001. Pág. 1114

(38) URÍA GONZALES, Rodrigo; MENENDEZ MENENDEZ, Aurelio; MUÑOZ PLANAS, José María. La Junta General de...Pág. 338

chos del accionista minoritario, esa decisión sería plenamente válida y no sería impugnable por la causal de abuso de derecho⁽³⁹⁾.

A continuación, y a manera de ejemplo mencionamos algunos casos en que la mayoría utilizando sus poderes, toma un acuerdo, que sin violar la ley o el estatuto pospone el interés social, entendiendo éste como la maximización de las ganancias comunes. Aquí algunos ejemplos que atenta contra el interés social:

- a) Cuando el acuerdo de modificación de derechos de clases de acciones consiste en mejorar los de un grupo de accionistas y empeorar los de otros sin ninguna justificación⁽⁴⁰⁾;
- b) La no distribución sistemática de dividendos y la constitución de reservas irrazonables que no corresponden a una política de inversión en base al autofinanciamiento que lo justifique o explique, o con el propósito de desinteresar a la minoría⁽⁴¹⁾;
- c) Cuando se establezca un camino dañino para ciertos accionistas, habiendo otros caminos factibles, menos dañinos o sin daño alguno, para lograr el mismo objetivo;
- d) Si la decisión de la Junta General de Accionistas adoptada por mayoría es irracional o no razonable, desleal para los demás accionistas o que merezca ser tachada como de mala fe o de abuso de confianza⁽⁴²⁾;
- e) Tomar una decisión que puede ser muy conveniente a la mayoría (que pueda pertenecer a un grupo económico que se beneficia con el acuerdo), pero no conveniente al interés social. El interés social por sí sólo se erige en determinante de la nulidad de una decisión, cuando la mayoría, sin actuar en propio beneficio, ha hecho jugar valoraciones extrasocietarias que dañan la sociedad. En este caso no se presenta un conflicto de intereses entre mayoría y minoría, sino un conflicto de intereses entre la mayoría y la sociedad⁽⁴³⁾.

(39) ELIAS LAROZA, Enrique. "La protección del inversionista en....." Pág 93.

(40) ELIAS LAROZA, Enrique. "La protección del inversionista en... Pág 113

(41) DE AGUINIS, Ana María M. y BURDESKY, Arnoldo J... "El abuso de poder de la ... Pág 173

(42) ELIAS LAROZA, Enrique. "La protección del inversionista en....." Pág 93.

(43) DE AGUINIS, Ana María M. y BURDESKY, Arnoldo J.. "El abuso de poder de la Págs 169, 170 y 171

5. VÍA PROCEDIMENTAL PARA LOS PROCESOS DE IMPUGNACIÓN

La LGS establece tres vías procedimentales de impugnación, los cuales se detallan a a continuación:

- a) La Nulidad del Acuerdo contrarios a la ley por falta de requisitos formales en la Constitución de la Junta (defectos de convocatoria o falta de quórum) se tramitan por el proceso sumarísimo (artículo 143 de la LGS) ya que no requiere para su esclarecimiento de un proceso amplio.
- b) La Nulidad del Acuerdo contrarios a la ley por falta de requisitos formales en el Acuerdo de la Junta se tramita por el proceso abreviado (Artículo 143 de la LGS)
- c) La Nulidad del Acuerdo contrarios a la ley por el Contenido del Acuerdo se tramita por el proceso abreviado (Artículo 143 de la LGS)
- d) La Nulidad del Acuerdo contrarios al Estatuto se tramita por el proceso abreviado (Artículo 143 de la LGS)
- e) La Nulidad del Acuerdo contrarios al Interés Social se tramita por el proceso abreviado (Artículo 143 de la LGS)
- f) La Ejecutoria Suprema del 08/02/95 (Exp. 128-95) expresó que las impugnaciones fundados en las causales de nulidad que establece el código civil, quedan sometidas a dicho código y se substanciarán en juicio ordinario (hoy proceso de conocimiento)⁽⁴⁴⁾. El artículo 150 de la Ley expresa, que la Acción de Nulidad para invalidar los acuerdos de la junta contrarios a normas imperativas o que incurran en causales de nulidad previstas en esta ley o en el Código Civil que puede interponer cualquier persona con legítimo interés, se sustanciará en el proceso de conocimiento.

6. LEGITIMACIÓN ACTIVA Y PASIVA, INTERVENCIÓN DE TERCEROS

6.1 Legitimación activa

La LGS establece las condiciones que debe reunir el demandante para encontrarse legitimado o poseer legitimación para obrar, vinculado a su intermediación

(44) LEDESMA NARVAEZ, Marianella, Ejecutores Supremos en Derecho Mercantil 1990 - 1995 Cultural Cuzco S.A Lima 1996. Pag. 142, 143 y 144

con el acto generatriz del acuerdo que se pretenda impugnar, o sea dependiendo de su asistencia a la junta general de accionistas y a la posibilidad de formar la voluntad social de la Sociedad Anónima, tal y como se pasa a desarrollar:

a) *Asistentes a la Junta*

El Artículo 140 de la LGS prescribe que la impugnación de los acuerdos contrarios a la ley societaria, a los estatutos o al interés social puede ser interpuesta por los accionistas que en la junta general hubiesen hecho constar en acta su oposición al acuerdo.

Cuando la ley emplea la expresión “accionistas ... en la junta” se está refiriendo en principio, a los accionistas con derecho de voto, pues, sólo quienes tengan este derecho y lo ejerciten en la junta, pueden cumplir el requisito legal de hacer constar su oposición al acuerdo⁽⁴⁵⁾. Para estar legitimado no basta que el asistente a la junta se haya opuesto con sus votos al acuerdo, se requiere que vote en contra y haga constar en acta su oposición, descartando la posibilidad de que quien, habiendo asistido a la junta y no se haya opuesto al acuerdo de la mayoría, pueda impugnarle después judicialmente.

En el caso que el accionista hubiera votado en contra sin dejar constancia en el acta del sentido de su voto, únicamente serviría para el cómputo de la mayoría que forma la voluntad social, pero no legitimaría al accionista para ejercer la acción de impugnación, ya que es necesario que el accionista declare en forma expresa su oposición, a efectos de no contribuir de manera alguna a la formación de un acuerdo viciado de nulidad.

De igual modo, carece de legitimación para esta acción especial, el socio que votó afirmativamente para la adopción del acuerdo y que posteriormente haya hecho constar su oposición al acuerdo ya sea por carta simple o por conducto notarial⁽⁴⁶⁾.

b) *El Accionista Ausente*

El artículo 140 de la LGS expresa que la impugnación de los acuerdos contrarios a la ley societaria, a los estatutos o al interés social puede ser inter-

(45) URÍA GONZALES, Rodrigo; MENENDEZ MENENDEZ, Aurelio; MUÑOZ PLANAS, José María. La Junta General de...Pág. 345

(46) HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo. El Derecho de impugnación... Págs. 68 y 69

puesta por los accionistas ausentes. Están legitimados activamente los socios ausentes, sea justificada o no su inasistencia. Por accionistas ausentes se debe entender no solo quien no acudió a la Junta, sino también quien habiendo asistido se retiró de la misma temporalmente, dejando la constancia que señala el artículo 124 de la LGS (al momento de formularse la lista de asistentes), de tal manera que no se encontraba presente en el momento de la adopción del acuerdo que se pretende impugnar⁽⁴⁷⁾.

c) Accionistas Privados ilegítimamente de emitir su voto

Se encuentran legitimados para impugnar los acuerdos contrarios a la ley societaria, a los estatutos o al interés social, los accionistas que fueron ilegítimamente privados de emitir su voto (Artículo 140). Esta norma se aplicaría en el caso que quien preside la Junta, impida al socio ejecutar su derecho de voto, amparado en algún pretexto o invocando incorrectamente en la Junta las causales del artículo 133 de la Ley⁽⁴⁸⁾, o sea, que se considere arbitrariamente que dicho accionista no puede ejercer el derecho de voto por tener, por cuenta propia o de tercero, interés en conflicto con el de la sociedad.

d) Accionistas sin derecho de voto

El citado artículo 140 de la LGS dispone que en los casos de acciones sin derecho a voto, la impugnación sólo puede ser interpuesta respecto de acuerdos que afecten los derechos especiales de los titulares de dichas acciones. El accionista titular de acciones sin derecho a voto aunque no tenga derecho de intervención y voto en la asamblea ordinaria, tiene igualmente interés en que la deliberación adoptada sea válida⁽⁴⁹⁾. Por ello no tiene justificación cuando se le legitima sólo para impugnar los acuerdos sociales que afecten sus privilegios⁽⁵⁰⁾.

e) Mantenimiento de la Condición del impugnante

El Artículo 144 de la LGS establece que el accionista que impugne judicialmente cualquier acuerdo de la junta general deberá mantener su condición

(47) HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo. El Derecho de impugnación... Pág. 69

(48) HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo. El Derecho de impugnación... Pág. 69

(49) MESSINEO, Francesco. Obra Citado. Pág 455

(50) HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo. El Derecho de impugnación... Pág. 68

de tal durante el proceso, a cuyo efecto se hará la anotación respectiva en la matrícula de acciones.

La legitimación activa para la impugnación de los acuerdos sociales se decide, en principio, en función de la tenencia de la condición de socio en el momento de la celebración de la Junta, condición que se prueba mediante el título que incorpora la cualidad de socio o en el Certificado emitido por la Institución de Compensación y Liquidación de Valores (ICLV) en el caso que las acciones se encuentren representados mediante anotaciones en cuenta. Por otro lado, la sociedad no podrá negar al demandante su condición de accionista de la que tiene pleno conocimiento y si esa cualidad no se cuestiona al celebrarse la Junta, que debe constar en las correspondientes actas. De igual modo, no puede negarse la personalidad a un litigante quien se la tiene reconocida dentro o fuera del proceso y en el caso de producirse una transmisión de acciones, la sociedad tendrá la prueba fehaciente, por que las acciones son nominativas y ella posee la Matrícula de las Acciones donde se inscriben la creación, emisión, transferencia y otros actos que afectan a las acciones, es en ese sentido que si existe transferencia de acciones del socio impugnante, a la sociedad correspondería acreditarla⁽⁵¹⁾.

En la legislación derogada, el accionista impugnante debía depositar los títulos de sus acciones en una entidad de crédito, la cual quedaba obligada a mantener el depósito hasta la conclusión del juicio. El accionista recibía una constancia que debía acompañar la demanda y que además le servía para ejercer sus derechos de accionista; pero en el caso que por falta de emisión del certificado, extravío o deterioro, o sustracción, el accionista no contará con los títulos representativos de sus acciones, teóricamente estaría imposibilitado de iniciar la acción impugnatoria⁽⁵²⁾. En la legislación derogada, igual que la vigente, solo era posible emitir acciones nominativas (existía la prohibición de emitir acciones al portador) y la titularidad de las acciones nominativas se desprendía del Libro de Registro y Transferencias de Acciones (hoy Matrícula de Acciones), por lo que se consideró, al elaborarse la legislación vigente, que era innecesario el depósito de las acciones, como requisito para impugnar los

(51) URÍA GONZALES, Rodrigo; MENENDEZ MENENDEZ, Aurelio; MUÑOZ PLANAS, José María. La Junta General de...Pág. 355

(52) HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo. "Impugnación de Acuerdos de Junta General de Accionistas" (II) "El Peruano" 07/11/95. Págs B-6 y B-7

acuerdos sociales, si la inscripción como accionista en la matrícula de acciones es determinante.

Por otro lado, el Artículo 144 de la Ley societaria prescribe que la transferencia voluntaria, parcial o total, de las acciones de propiedad del accionista demandante extinguirá, respecto de él, el proceso de impugnación. Sobre el particular se mencionará algunas reflexiones:

Elias Laroza citando a Verón dice, que el derecho de impugnación de las decisiones de la asamblea no es un derecho incorporado al título valor, sino, es un derecho que surge en el accionista de la lesión de uno o más de sus derechos y compete al socio, sin que tenga influencia el número de acciones poseídas, por lo que su transferencia extinguirá el proceso de impugnación⁽⁵³⁾. La interrogante podría presentarse, si es eficaz una norma (en un país donde el mercado primario de acciones es inexistente, como consecuencia de un mercado secundario en el que los títulos que se negocian son reducidos) donde se le ponga al accionista en la disyuntiva entre accionar contra un acuerdo contrario a la ley, estatuto y el interés social y el poder transferir sus acciones cuando lo crea conveniente.

Se afirmó anteriormente que el derecho de impugnación es tan solo el reconocimiento legal de la genérica legitimación del socio para impugnar, no constituyendo un derecho subjetivo material personal o personalísimo, es más, el asunto litigioso no es el supuesto derecho de impugnación, sino algún otro derecho subjetivo material incorporado a la acción y que el acuerdo de la junta pretende desconocerlo y que si es transferible con el título representativo de la acción, por lo tanto, es posible aplicar el instituto de la sucesión procesal (artículo 108 del Código Procesal); sin embargo, se debe reconocer que este tema debe ser materia de un estudio interdisciplinario.

Respecto a la transferencia parcial, se dice por un lado, que la ley al sancionarlo con la extinción del proceso de impugnación busca disuadir impugnaciones maliciosas, o sea, el ejercicio abusivo de este derecho; pero ello es paradójico, ya que si la tenencia de una sola acción legitima al titular para iniciar procesos de impugnación, la transferencia parcial de acciones no justificaría como causal de pérdida de legitimidad para obrar. Hundskopf considera que es un exceso, ya que obliga al demandante a mantener incólume

(53) ELIAS LAROZA, Enrique. "Ley General de Sociedades... Pág 304

su paquete accionario, cuando lo importante es que siga siendo accionista durante todo el proceso, aun cuando dicho paquete se hubiere reducido⁽⁵⁴⁾.

Finalmente, se habla que la extinción del proceso de impugnación procede en las “las transferencias voluntarias”, lo que dignifica que en este término no está incluido la expropiación y el remate judicial de acciones.

6.2 LEGITIMACIÓN PASIVA

La sociedad, a quien es imputable el acuerdo, está legitimada para soportar como demandada el peso de la impugnación. Las acciones de impugnación deberán dirigirse contra ella, quien conforme a las reglas generales, actuará en el proceso valiéndose de sus órganos representativos.

Si bien es cierto, la representación recae en los administradores, éstos en muchos casos son accionistas que pueden estar legitimados para el ejercicio de las acciones de impugnación, podría ocurrir, que el actor tuviese la representación exclusiva de la sociedad, es para este supuesto, que debe ser la Junta General quien designe el nuevo representante de la sociedad y sólo cuando aquélla no haya hecho la designación, el juez debería designar entre los accionistas que hubiesen votado a favor del acuerdo impugnado⁽⁵⁵⁾.

Aunque la demanda se dirija de modo exclusivo contra la sociedad, la ley permite que vengan en su ayuda los socios que hayan votado a favor del acuerdo impugnado, autorizándolos expresamente, para que interviniendo a su costa en el proceso, mantengan la validez del acuerdo. La posición procesal de estos socios no es otra que la de coadyuvante de la sociedad, que acuden en su auxilio y siguen su suerte. Debe precisarse, no obstante, que su actividad procesal es independiente de la sociedad coadyuvada y, por tanto, podrán recurrir contra la sentencia aunque la sociedad no la haga⁽⁵⁶⁾. El artículo 141 de la LGS expresa, que los accionistas que hubiesen votado a favor del acuerdo impugnado pueden intervenir a su costa en el proceso a fin de coadyuvar a la defensa de su validez.

(54) HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo. Derecho Comercial. Tomo III. Fondo Editorial U. de Lima. Lima, 2000. Página 72.

(55) Deberá ser materia de otro estudio la aplicación de la Curalela Procesal según los Arts. 61 y III del Título Preliminar del Código Procesal

(56) URÍA GONZALES, Rodrigo; MENENDEZ MENENDEZ, Aurelio; MUÑOZ PLANAS, José María. La Junta General de. ... Págs.359 y 360

7. ACUMULACIÓN DE PRETENSIONES

El artículo 146 de la LGS prescribe, que todas las acciones que tengan por objeto la impugnación de un mismo acuerdo, se sustanciarán y decidirán en un mismo proceso. La ley no admite que se mantenga más de un proceso “impugnatorio” sobre la base del mismo acuerdo social, ya que puede ocurrir que las diferentes sentencias sean contradictorias, por ello, la ley ordena la acumulación de estos procesos. Pero la acumulación no es aplicable a las impugnaciones que se deduzcan contra otros acuerdos adoptados en la misma junta, ya que cada acuerdo es independiente y a la vez diferente, en este caso, no habría peligro de sentencias contradictorias.

El mismo dispositivo legal establece, que no puede acumularse a la pretensión de impugnación de acuerdos contrarios a la ley, el estatuto o al interés social, la de indemnización por daños y perjuicios o cualquier otra que deba tramitarse en el proceso de conocimiento, ni se admitirá la reconvencción que por este concepto formule la sociedad, quedando sin embargo a salvo el derecho de las partes a iniciar procesos separados. Es decir que está prohibido la acumulación de la acción principal, de otras acciones ya sea de resarcimiento de daños y perjuicios o cualquier otra que deba tramitarse como proceso de conocimiento; asimismo, se prohíbe la reconvencción que por tal concepto formule la sociedad, dejando en claro que no se opone que tales pretensiones se traten en procesos separados⁽⁵⁷⁾.

8. MEDIDAS CAUTELARES

Las medidas cautelares buscan garantizar la oportuna ejecución de la pretensión materia del proceso; tienen como finalidad asegurar el cumplimiento de la decisión definitiva, pues el transcurso del tiempo en un proceso antes de que el órgano jurisdiccional se pronuncie con una resolución firme, puede determinar que tal sentencia no sea efectiva⁽⁵⁸⁾. Las medidas cautelares dispuestos por la ley son la suspensión del acuerdo impugnado y la anotación de la demanda en el registro:

a) Anotación de la demanda en el Registro

El artículo 147 de la LGS preceptúa que, a solicitud de parte, el Juez puede dictar medida cautelar, disponiendo la anotación de la deman-

(57) HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo. “Impugnación de Acuerdos de..... Pags B6 y B7

(58) ELIAS LAROZA, Enrique. “Ley General de Sociedades... Pág 306

da en el Registro. Esta medida tiene como finalidad eliminar la “buena fe registral” de cualquiera que celebre algún acto con la sociedad amparado en el acuerdo impugnado. La inscripción definitiva de la nulidad del acuerdo impugnado se inscribirá cuando quede firme la resolución que así lo disponga. Asimismo, a solicitud de la sociedad, las anotaciones antes referidas se cancelarán cuando la demanda en que se funden sea desestimada por sentencia firme, o cuando el demandante se haya desistido, conciliado, transado o cuando se haya producido el abandono del proceso.

b) Suspensión del Acuerdo Impugnado

Lo que el demandante busca es dejar sin efecto el acuerdo impugnado y la mencionada pretensión puede ser concedida temporalmente como medida cautelar. El Artículo 145 de la LGS dispone que el juez, a pedido de accionistas que representen más del veinte por ciento del capital suscrito, pueda dictar medida cautelar de suspensión del acuerdo impugnado. En este caso, el dispositivo legal comentado, impone otro requisito de legitimidad, sustentado en la gravedad de la medida, que sea solicitada por accionistas que representen por lo menos la quinta parte del capital social.

Fundamentada en la gravedad de tal medida, el mencionado artículo 145 establece que el juez debe disponer que los solicitantes presten contracautela para resarcir los daños y perjuicios que pueda causar la suspensión.

9. REVOCACIÓN O SUSTITUCIÓN DE ACUERDO IMPUGNADO

La impugnación de los acuerdos sociales puede evitarse mediante su regularización. Los administradores, conscientes de que un acuerdo de la junta general presenta irregularidades de forma, por defectos de convocatoria, o incluso de fondo y ante su previsible impugnación o sin ella, deciden convocar una nueva junta respetando las formalidades que habían omitido en la anterior o ratificándose en la nueva Junta, en la decisión de fondo que se había tomado anteriormente. La ratificación puede producirse aún después de interponerse la demanda impugnatoria.

La sociedad también puede sustituir dicho acuerdo por otro que lo reemplaza, implicando que los efectos del segundo acuerdo se producen *ex tunc*,

o sea, retroactivamente, pues viene a ocupar el lugar del primero, esto es, asumiendo los efectos que éste venía operando. Para que la sustitución pueda estimarse producida es necesario, que los acuerdos tengan el mismo contenido y que el segundo sea válido⁽⁵⁹⁾.

El artículo 139 de la LGS establece que no procede la impugnación cuando el acuerdo haya sido revocado, o sustituido por otro adoptado conforme a ley, al pacto social o al estatuto; asimismo, el Juez mandará tener por concluido el proceso y dispondrá el archivo de los autos, cualquiera que sea su estado, si la sociedad acredita que el acuerdo ha sido revocado o sustituido conforme a ley, al pacto social o al estatuto, y en estos casos, no debe perjudicarse el derecho adquirido por el tercero de buena fe. Sobre este último punto, se comentará posteriormente.

10. EFECTOS DE LA SENTENCIA

10.1 En los Accionistas

El artículo 148 de la LGS preceptúa que la sentencia que declare fundada la impugnación producirá efectos frente a la sociedad y todos los accionistas; en efecto, los accionistas no están en relación con los acuerdos anulados en la situación de los terceros, aunque se trate de accionistas de buena fe y que no hayan intervenido en el acuerdo anulado, por eso la ley no les protege como aquellos. En principio, la sentencia que estime la acción de impugnación, producirá efectos frente a todos los accionistas hayan intervenido o no con su voto. Los accionistas están protegidos por diversos mecanismos señalados en la ley, que no gozan los terceros⁽⁶⁰⁾.

10.2 Terceros de Buena Fe

El artículo 148 de la LGS establece, que la sentencia que declare fundada la impugnación no afectará los derechos adquiridos por terceros de buena fe a consecuencia del acuerdo impugnado.

(59) URÍA GONZALES, Rodrigo; MENENDEZ MENENDEZ, Aurelio; MUÑOZ PLANAS, José María. La Junta General de...Págs. 327 y 328

(60) URÍA GONZALES, Rodrigo; MENENDEZ MENENDEZ, Aurelio; MUÑOZ PLANAS, José María. La Junta General de...Pág. 348

La doctrina que mejor sustenta los intereses de la seguridad del tráfico será aquella que estime que esa nulidad no pueda afectar a los derechos ya adquiridos por el tercer contratante, aduciendo tres clases de razones explicativas de la protección al tercero de buena fe: La primera, es que la sentencia que declare la nulidad del acuerdo no puede tener efecto frente a tercero que no fue parte en el pleito; la segunda, es que en el supuesto de la inscripción del acuerdo en el Registro Mercantil, el tercero podrá invocar a su favor la apariencia jurídica del hecho de la inscripción, que implica cierta presunción de la legalidad formal y material del acuerdo mismo; y la tercera razón está en las normas legales sobre representación de la sociedad, que no obligan al tercero a examinar en cada caso las facultades de los administradores ni la legalidad formal y material del acuerdo de la junta que aquellos ejecuten.

La seguridad jurídica impone, que ni la sentencia declarativa que reconozca la nulidad de un acuerdo contraria a la ley, ni la constitutiva que anule o invalide un acuerdo contrario a los estatutos o que vulnera los intereses sociales, podrá afectar a los derechos que el tercero de buena fe haya podido adquirir por consecuencia del acuerdo impugnado. La apariencia jurídica y la buena fe llevan a mantener la validez de los vínculos jurídicos creados entre la sociedad y el tercero en ejecución del acuerdo intrínsecamente nulo.

Cabe anotar, que el conocimiento de la impugnación no bastaría por sí sola para constituir en mala fe al tercero, pues ha de partirse de la validez de los acuerdos, ya que de lo contrario se podría paralizar injustificadamente la vida normal de la compañía.

La tutela de los intereses del tercero se refiere sólo a los derechos adquiridos antes de la notificación e inscripción de la declaración de nulidad del acuerdo de la Junta. Una vez declarada e inscrita la nulidad, el tercero no podrá pretender derivar ningún derecho de lo acordado en la Junta⁽⁶¹⁾. Es por ello que el propio artículo 148 dispone que “la sentencia firme que declare la nulidad de un acuerdo inscrito debe inscribirse en el Registro”.

10.3 Sanción al accionista de mala fe

Tal como establece el artículo 149 de la Ley, el accionista que hubiera procedido con mala fe o accionado con notoria falta de fundamento, será sanciona-

(61) URÍA GONZALES, Rodrigo; MENENDEZ MENENDEZ, Aurelio; MUÑOZ PLANAS, José María. La Junta General de...Pág. 344, 345 y 347

do, en el mismo proceso, pecuniariamente a beneficio de la sociedad, de acuerdo a la gravedad del asunto y sin perjuicio del pago de costos y de la indemnización que pudiere corresponder y que lógicamente sólo podrá hacerlo en un proceso posterior y distinto⁽⁶²⁾. La penalidad se impone sin necesidad de acreditar la existencia de daños y perjuicios, lo que se sanciona es la interposición de demandas temerarias o de mala fe, con el exclusivo propósito de dañar a la sociedad⁽⁶³⁾.

11. CADUCIDAD DE LA IMPUGNACIÓN

El derecho de impugnación que tienen los accionistas para invalidar los acuerdos contrarios a ley, a los estatutos o al interés social, caduca, de acuerdo con el artículo 142 de la ley, a los dos meses de la fecha de adopción del acuerdo si el accionista concurrió a la junta; a los tres meses si no concurrió; y tratándose de acuerdos inscribibles, dentro del mes siguiente a la inscripción.

Conforme a lo dispuesto por el artículo 150 de la LGS, la acción de nulidad para invalidar los acuerdos de la junta contrarios a normas imperativas o que incurran en causales de nulidad previstas en ley de sociedades o en el Código Civil y que cualquier persona que tenga legítimo interés puede interponerla, caduca al año de la adopción del acuerdo respectivo.

12. CONCLUSIONES

- a) El llamado derecho a impugnar los acuerdos sociales debe considerarse únicamente como el reconocimiento al accionista de su legitimación procesal.
- b) La legitimación procesal es una condición de la acción procesal que junto con las demás condiciones y presupuestos procesales son requisitos para la existencia de una relación jurídica procesal válida, iniciada mediante el ejercicio del derecho de Acción Procesal, que es el derecho público subjetivo que corresponde a cualquier persona, y que tiene objeto obtener del Estado la prestación de su actividad jurisdiccional mediante una sentencia.
- c) El asunto litigioso no es el supuesto derecho de impugnación, sino algún otro derecho subjetivo material incorporado a la Acción y que el

(62) ELIAS LAROZA, Enrique. "Ley General de Sociedades... Pág 312

(63) HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo. "Impugnación de Acuerdos de..... Pags B6 y B7

acuerdo de la junta pretende desconocerlo o transgredirlo; este derecho discutido es transferible con el título representativo de la acción, para estos casos el derecho procesal a desarrollado el instituto de la sucesión procesal.

- d) Respecto a la transferencia parcial, considerando que la tenencia de una sola acción legítima al titular para iniciar procesos de impugnación, la transferencia parcial de acciones no se justifica como causal de pérdida de la legitimidad para obrar.
- e) El accionista titular de acciones sin derecho a voto, aunque no tenga derecho de intervención y voto en la asamblea ordinaria, tiene igualmente interés en que la deliberación adoptada sea válida, pero injustificadamente se le legitima sólo para impugnar los acuerdos sociales que afecten sus privilegios.

BIBLIOGRAFÍA

- ALZAMORA VÁLDEZ, Mario. Derecho Procesal Civil. Teoría General del Proceso. Sexta Edición. Lima-Perú 1975. Edit. SESATOR.
- CABALLOLI ANGELATS, Lluís. Impugnación de Acuerdos sociales. Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas. Coordinadores: Arroyo Martínez, Ignacio y Embid Irujo, José Miguel. Volumen II. Editorial Tecnos. Madrid, 2001.
- DE AGUINIS, Ana Maria y BURDERSKY, Arnoldo. “El abuso de poder de la mayoría”. Temas de Derecho Comercial, Conflictos Societarios; Instituto Argentino de Derecho Comercial. Editorial Abaco de Rodolfo de Palma. Buenos Aires. 1983
- DE GREGORIO, Alfredo. De las Sociedades y de las Asociaciones Comerciales. En “Derecho Comercial” de Bolaffio- Rocco - Vivante. Tomo 6. Ediar Editores, Buenos Aires 1950.
- ELIAS LAROZA, Enrique. “La protección del inversionista en la ley de sociedades mercantiles”. Bolsa de Valores de Lima. “La ley de sociedades mercantiles y la protección del inversionista”. Diciembre de 1982.
- ELIAS LAROZA, Enrique. Ley General de Sociedades comentada. Editora Normas Legales. Trujillo, Perú 1998.

- GARRIGUES, Joaquín y URÍA, Rodrigo. “Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas”. Tomo II. Segunda Edición. Madrid.
- HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo. “Impugnación de Acuerdos de Juntas Generales de Accionistas” (I). “El Peruano” del 06/11/95.
- HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo. Derecho Comercial. Tomo III. Fondo Editorial U. de Lima. Lima, 2000.
- HUNDSKOPF EXEBIO, Oswaldo. El Derecho de impugnación de acuerdos de Juntas Generales de Accionistas y su ejercicio a través de acciones judiciales. IUS ET VERITAS N° 11- noviembre Bibliografía de 1995 - Lima Perú.
- LEDESMA NARVAEZ, Marianella, Ejecutores Supremos en Derecho Mercantil 1990 - 1995 Cultural Cuzco S.A Lima 1996.
- MESSINEO, Francesco. Manual de Derecho Civil y Comercial. Tomo V. RELACIONES OBLIGATORIAS SINGULARES. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires.
- MONTOYA MANFREDI, Ulises. Comentarios a la Ley de Sociedades Mercantiles. Imprenta de la UNMSM. Lima 1967.
- MURO ROJO, Manuel. Impugnación y Nulidad de Acuerdos Societarios. Gestión del 07-05-98.
- PEYRANO, Jorge - CHIAPPINI, Julio. El Proceso Atípico. Parte segunda. Editorial Universidad SRL. Buenos Aires. 1984.
- SANCHEZ ANDRÉS, Aníbal. La Acción y los Derechos de los Accionistas. Comentario al Régimen Legal de las Sociedades Mercantiles. Dirigido por: Uría, Menéndez y Olivencia. Tomo IV. Volumen 1º, Editorial Civitas S.A. Madrid, 1992.
- TORRES VASQUEZ, Aníbal. Acto Jurídico. Editora San Marcos. Lima, Perú, 1998
- URÍA GONZALES, Rodrigo; MENENDEZ MENENDEZ, Aurelio; MUÑOZ PLANOS, José María. La Junta General de Accionista. Comentarios al Régimen Legal de las Sociedades Mercantiles dirige por Uría, Menéndez y Olivencia. Editorial Civitas. Madrid 1992. Pág. 315

LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA FACTURA NEGOCIABLE

Héctor Huaranga Navarro (*)

RESUMEN

Se realizó un estudio, cuyo propósito fue determinar la naturaleza jurídica de la Factura Negociable, teniendo como referencia la naturaleza jurídica de los títulos valores y de los valores representados por anotación en cuenta, llegándose a establecer que existen dos tipos de Factura Negociable, cada una con su propia naturaleza jurídica, también se llega a determinar que la Factura Negociable como título valor, ha perdido vigencia porque se ha dejado de lado la emisión de la factura comercial en forma impresa y por ende la Factura Negociable como título valor que era una copia de la factura comercial.

Palabras clave: Naturaleza jurídica, Factura Negociable, título valor, valor representado por anotación en cuenta.

ABSTRACT

A study was carried out, the purpose of which was to determine the legal nature of the Negotiable Invoice, taking as a reference the legal nature of the securities and of the values represented by annotation into account, establishing that there are two types of Negotiable Invoice, each one With its own legal nature, it is also determined that the Negotiable Invoice as a security has lost validity because the issuance of the commercial invoice in printed form has been left aside and therefore the Negotiable Invoice as a security that was a copy of the commercial invoice.

Keywords: Legal nature, Negotiable Invoice, security, value represented by book entry.

(*) Abogado, Sociólogo, Magister en Derecho Civil y Comercial y Doctor en Derecho y Ciencia Política por la UNMSM, Profesor Principal de la Universidad Nacional Hermilio Valdizán de Huánuco.

INTRODUCCIÓN

Con el otorgamiento de la Ley 29623, “*Ley que Promueve el Financiamiento a través de la Factura Comercial*”, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 7 de diciembre de 2010, se crea la Factura Negociable como título valor a la orden transmisible por endoso, que debía emitirse en los casos de compraventa o en la prestación de servicios a crédito, con la finalidad que sea utilizada como un instrumento negociable capaz de generar liquidez antes de su vencimiento, para lo cual debía añadirse una copia más a las facturas comerciales y recibo por honorarios emitidas en formato impreso con la denominación de “*Factura Negociable*”, de este modo debía incorporarse la tercera copia a los comprobantes de pago. Mas adelante, el año 2015, se otorgó el Decreto Legislativo N° 1178 de fecha 15 de julio de 2015 para dar un impulso al uso de la Factura Negociable, la que debería ser negociada vía factoring, lo que fue reglamentado por medio del Decreto Supremo 2018-2015-EF de fecha 25 de julio de 2015, es así que además de la Factura Negociable como Título Valor, se creó la Factura Negociable como valor representado por anotación en cuenta, producto de la emisión de facturas o recibos de honorarios en la vía electrónica. Recientemente, se ha otorgado el Decreto de Urgencia N° 013-2020 de fecha 22 de enero de 2020, y su reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 239-2021-EF de fecha 16 de setiembre de 2021, que en teoría sigue manteniendo las dos formas de emisión de los comprobantes de pago que conducen a la emisión de dos tipos de Factura Negociable: la que es producto de la emisión física, como tercera copia de las facturas impresas, las que son de emisión obligatoria y la ley los reconoce como “*títulos valores a la orden transmisibles por endoso*” si es que cumplen las formalidades de ley; y la que es producto de la emisión electrónica, la que también debe cumplir con las formalidades de ley para que sean registradas en una Institución de Compensación y Liquidación de Valores (ICLV), y la ley les reconoce como “*valores representados por anotación en cuenta*”, transmisibles por cesión de derechos o cualquier otra forma contractual, lo que debe ser registrado. Sin embargo, el Decreto de Urgencia N° 013-2020 también trae la novedad que las facturas comerciales y recibo de honorarios que llevan fecha de vencimiento y el monto neto pendiente de pago, para que puedan ser ejecutados o ser puestos en circulación, podrán ser inscritos en una ICLV siendo de aplicación las disposiciones de la ley 29623, y en el caso de las Facturas Negociables emitidas electrónicamente, si tienen también esos requisitos, tendrán mérito

ejecutivo y podrán ser destinados a la circulación sin necesidad de ser inscritos en una ICLV.

Ante estos hechos, nace la inquietud de saber cual es la naturaleza jurídica de la Factura Negociable, para poder diferenciarlo de los antecedentes que ha tenido este instrumento en américa latina, como es el caso de *la duplicata* en el Brasil, que ha tenido éxito en el tráfico comercial, cuya experiencia le ha llevado a otros países a desarrollar modelos propios que en nuestro país es la Factura Negociable, por lo que invito a su lectura, esperando recibir las apreciaciones críticas necesarias que estoy seguro va a contribuir al mejoramiento de este trabajo.

LA FACTURA NEGOCIABLE

El artículo 2° de la Ley 29623 “*Ley que promueve el financiamiento a través de la Factura Comercial*”, modificada por el artículo 2° del Decreto Legislativo 1178 “*Disposiciones para impulsar el desarrollo del Factoring*”, y recientemente con el Decreto de Urgencia N° 013-2020 del 22 de enero de 2020, nos da la siguiente definición: “*La Factura Negociable es un título valor a la orden transferible por endoso o un valor representado y transferible mediante anotación en cuenta en una Institución de Compensación y Liquidación de Valores (ICLV), de acuerdo a la ley de la materia. Dicha transferencia mediante anotación en cuenta producirá los mismos efectos que el endoso a que se refiere el Título Cuarto de la Sección Segunda de la Ley N° 27287, Ley de Títulos Valores*”. Dichas normas también mencionan que la Factura Negociable incorpora el derecho de crédito respecto al saldo no pagado y se origina en la compra venta u otras modalidades contractuales de transferencia de bienes o prestación de servicios, y que es nulo todo acuerdo que restrinja, limite o prohíba su circulación.

Como se puede ver, la definición que se da en la norma que regula la Factura Negociable, tiene dos partes, en una primera parte se refiere a la Factura Negociable como título valor y en una segunda parte se refiere a ella como un valor representado por anotación en cuenta, es decir estamos ante un instrumento que puede ser materializado o también puede ser desmaterializado, lo cual en este caso, dependerá de su forma de emisión, ya que si su emisión es física, entonces la tercera copia será un título valor que representa derechos patrimoniales en dinero, toda vez que contiene un derecho de cré-

dito que se encuentra incorporado en el título que viene a ser el documento denominado “*Factura Negociable*”, el cual está destinado a la circulación. En cambio si su emisión ha sido efectuado en forma electrónica a través de un “*Sistema de Emisión Electrónica gestionado por un Operador de Servicios Electrónicos (SEE-OSE), o a través del Sistema de Emisión Electrónica de la SUNAT Operaciones en Línea (SEE-SOL)*” (Resolución de Superintendencia N° 211-2015/SUNAT), esta deberá inscribirse en una ICLV para que pueda formalizarse su condición de ser un valor representado por anotación en cuenta con la misma naturaleza y efectos que los títulos valores, y podrá circular mediante anotación en cuenta.

En este contexto, Echaiz Moreno (2011, pp. 37-48) considera que “*la Factura Negociable es un título valor*”, siendo esta su naturaleza jurídica, criterio con la que me encuentro de acuerdo por la fecha en que dicho análisis fue efectuado, ya que para el año 2011 todavía no existía en nuestro país la emisión electrónica de comprobantes de pago, por lo que no se podía concebir a la Factura Negociable como un valor representado por anotación en cuenta. En este marco, debo anotar que cuando se otorgó la ley 29623 el año 2010, se reconocía solo una clase de factura negociable, la materializada, que era la tercera copia que debía anexarse a la factura comercial con la denominación de “*Factura Negociable*”, lo que también se regulaba para el recibo por honorarios, pero nunca llegó a aplicarse en este último caso, ocasión en la que la Factura Negociable era definida por mandato legal de la siguiente manera: “*La Factura Negociable es un título valor a la orden transmisible por endoso que se origina en la compra venta u otras modalidades contractuales de transferencia de propiedad de bienes o en la prestación de servicios e incorpora el derecho de crédito respecto del saldo del precio o contraprestación pactada por las partes*”. Esta definición, no considera en ninguno de sus extremos a la Factura Negociable como un valor representado por anotación en cuenta, muy por el contrario concuerda con el artículo 1° de la “*Ley de Títulos Valores*” N° 27287, en la que se define lo que es un título valor, de lo que se puede concluir que entre los años 2011 a fines de 2015, la Factura Negociable tenía la naturaleza jurídica de ser un título valor.

Con el otorgamiento del Decreto Legislativo 1178 y el Decreto Supremo N° 208-2015-EF para regular los mecanismos y procedimientos para registrar la Factura Negociable originada en una factura comercial o recibo por honorarios, se estableció las dos maneras de representación de Factura Nego-

cial, como título valor y como valor representado por anotación en cuenta; en este caso, se conserva la condición de título valor de la Factura Negociable, debido a que aún se permite la emisión de facturas comerciales en forma física, anexando en forma obligatoria la tercera copia denominada Factura Negociable, hecho que también se ratifica con el otorgamiento del Decreto de Urgencia N° 013-2020 de fecha el 22 de enero de 2020; pero también un hecho resaltante es que a partir del año 2015 se reguló la emisión electrónica de los recibos por honorarios a través del Sistema de Emisión Electrónica de la SUNAT Operaciones en Línea (SEE-SOL), lo que empezó a volverse obligatoria en forma paulatina, empezando por las empresas que tienen mayores ingresos en sus facturaciones y son consideradas como PRICO por la SUNAT, también para las empresas que realizan contrataciones con el estado y los que voluntariamente deseaban emitir sus facturas comerciales en forma electrónica, de este modo los comprobantes de pago comenzaron a ser emitidos en forma electrónica, y por ende para ellos desapareció la tercera copia denominada “*Factura Negociable*”, la cual dejó de ser obligatoria en la emisión electrónica, asimismo para evitar la congestión de operaciones en la plataforma de la SUNAT, se permitió la emisión de comprobantes de pago en forma electrónica a través de un Operador de Servicios Electrónicos (SEE-OSE), de tal manera que la única forma de emitir la Factura Negociable, era electrónica, y se reguló que esta debería ser inscrita en una ICLV de acuerdo a la ley de la materia, de este modo la Factura Negociable dejó de ser exclusivamente un título valor para compartir su naturaleza jurídica con la de ser un valor representado por anotación en cuenta que tiene los mismos efectos de los títulos valores, situación que fue regulada en la Resolución de Superintendencia N° 211-2015/SUNAT de fecha 13 de agosto de 2015, en mérito a las facultades que le fueron otorgadas a la SUNAT por la Ley 29623, Decreto Legislativo 1178 y el Decreto Supremo N° 208-2015-EF, sumado a la creación de la plataforma virtual de la SUNAT para emitir facturas y recibos de honorarios electrónicos, corroborada recientemente por el Decreto de Urgencia N° 013-2020 de fecha el 22 de enero de 2020.

El Decreto de Urgencia N° 013-2020 merece una especial atención, ya que como se tiene señalado precedentemente, la emisión de facturas comerciales en formatos impresos, solo se mantendrá hasta fines del año 2020, luego de la cual todos deberán emitir obligatoriamente sus comprobantes de pago a través de una plataforma electrónica, siendo la de SUNAT la que se

guirá permitiendo la emisión de facturas y recibos por honorarios en forma gratuita, con lo que en los hechos la Factura Negociable como título valor estaba condenado a su extinción, ya que la Factura Negociable emitida en forma electrónica para su ejecución o circulación, necesariamente tenía que estar anotado en cuenta, situación que también se ratifica en el D.U. N° 013-2020; sin embargo, en compensación a ello, en este dispositivo se establece que las facturas electrónicas y recibo por honorarios que tengan el plazo de pago acordado y el monto neto pendiente de pago, así no tengan la conformidad o presunción de conformidad del usuario que exige la ley para la emisión de la Factura Negociable, pueden anotar dicho comprante de pago en una ICLV y hacerla circular como un valor representado por anotación en cuenta o ejecutar su cobro en caso de vencimiento, es decir, se crea un camino para registrar un comprobante de pago, sin necesidad que se emita la Factura Negociable, lo que en mi concepto no significaría el fin de la Factura Negociable, sino tal vez la evolución de este instrumento financiero a una forma más simplificada teniendo en cuenta su emisión electrónica, lo que vuelve en innecesario las demás disposiciones que se tengan sobre la Factura Negociable.

Debo resaltar que la emisión de la Factura Negociable, fue obligatoria mientras se emitían los comprobantes de pago impresos, y se volvió opcional con la emisión electrónica de comprobantes de pago, ya que la constitución de la Factura Negociable emitida por esta vía así como su inscripción en una ICLV debía emitirse electrónicamente y la plataforma de la SUNAT para la emisión de comprobantes de pago no se encuentra preparada para la emisión electrónica de la Factura Negociable ni lo está hasta la fecha, sin embargo, en cumplimiento del Decreto de Urgencia N° 013-2020 de fecha el 22 de enero de 2020 y su reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 239-2021-EF, la SUNAT ha incorporado a su plataforma electrónica, el señalamiento de la fecha de vencimiento y el monto pendiente de pago así sea en cuotas, tanto para el caso de las facturas electrónicas como los recibos por honorarios, de tal manera que dichos comprobantes de pago, puedan ser registrados en una ICLV para que puedan circular generando liquidez a su emisor y ser ejecutado en caso de no ser pagados a su vencimiento.

Hoy en día, todavía existen Facturas Negociables emitidas físicamente en formatos impresos, pero están en proceso de extinción a medida que se va generalizando la emisión electrónica de comprobantes de pago, lo que obliga a la emisión electrónica de la Factura Negociable la cual solamente puede ser

un valor representado por anotación en cuenta, pero con el D.U. 013-2020, al permitirse la inscripción directa de comprobantes de pago con el cumplimiento de solo dos requisitos, también se estaría perjudicando a la Factura Negociable emitida en forma electrónica, ya que su emisión requiere de mayores requisitos, y donde la acreencia puede caer en morosidad con las facultades que se le otorga al adquirente de bienes o usuario de servicios, de dar su conformidad, no obstante, reitero que en este caso, estaríamos ante una nueva forma de Factura Negociable, la cuál se encontraría implícita dentro de la factura comercial o recibo de honorarios emitida electrónicamente si es que cumple además de los requisitos que exige la ley de comprobantes de pago, con tener la fecha o fechas de vencimiento del pago si esta debe hacerse en cuotas y el monto adeudado en total y por cada cuota, ya que está permitida su inscripción en una ICLV para que pueda circular o ejecutarse en caso de incumplimiento del pago. En este caso no se puede hablar de desmaterialización de un comprobante de pago, porque no es un documento material sino electrónico, tampoco es un título valor, es una factura o recibo por honorarios donde el hecho de tener la posibilidad de ser inscrita en una ICLV, lo vuelve en una Factura Negociable.

ELEMENTOS DE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA FACTURA NEGOCIABLE

Al establecer el artículo 2° del Decreto Legislativo N° 1178 que “*la Factura Negociable es un título valor y también un valor representado por anotación en cuenta*”, debe evaluarse su naturaleza jurídica, teniéndose como referencia la naturaleza jurídica de los títulos valores y la naturaleza jurídica de los valores representados por anotación en cuenta:

- a) La Factura Negociable como documento; Con el otorgamiento de la Ley N° 29623 de fecha 29 de noviembre de 2010, se crea la Factura Negociable como un documento físico, ya que se debía agregar la tercera copia a los comprobantes de pago impresos existentes en ese momento, toda vez que no existía la emisión de comprobantes de pago en forma electrónica; en este marco, la Factura Negociable era un documento que tenía consignado un derecho que representaba cosas muebles de carácter mercantil y para poder ejecutar ese derecho era necesario la existencia del documento, esto es, de la Factura Ne-

gociable impresa. Posteriormente, con el otorgamiento del Decreto Legislativo 1178 y el Decreto Supremo N° 208-2015-EF, se crea la emisión electrónica de comprobantes de pago y con ello la emisión electrónica de la Factura Negociable, hecho que es ratificado por el Decreto de Urgencia N° 013-2020, pero también se mantiene la emisión física de la Factura Negociable, es por eso que no cambia la definición que se tenía de ella que era la de considerarlo como título valor, de tal manera que la Factura Negociable emitida físicamente, lo que está permitido hasta la fecha aunque en forma excepcional, cumple con los requisitos necesarios para tener la naturaleza jurídica de los títulos valores. Sin embargo, para el año 2015, empezó a generalizarse la emisión del recibo por honorarios en forma electrónica a través de la plataforma virtual de la SUNAT, lo mismo ocurrió a partir del 1 de enero de 2016 para las facturas comerciales, fecha en que empezó a implementarse la emisión obligatoria de facturas electrónicas para las empresas o personas que emiten comprobantes de pago, según su nivel de ingresos conforme se tiene señalado en líneas precedentes, de tal manera que la emisión de la Factura Negociable se volvió electrónica y adquirió la naturaleza jurídica de ser un valor representado por anotación en cuenta que debía inscribirse en una ICLV, perdiendo con ello la naturaleza jurídica de ser exclusivamente un título valor, puesto que dejó de existir como documento, es por esa razón que a partir de dicha fecha, la Factura Negociable emitida electrónicamente deja de ser un título valor para asumir la naturaleza jurídica de un valor representado por anotación en cuenta con los mismos efectos de los títulos valores. Si bien es cierto que en algunos foros se ha vertido el comentario que la Factura Negociable como valor por anotación en cuenta sigue manteniendo su esencia de título valor por cuanto el registro electrónico no le quita el carácter documental, habida cuenta que el concepto documento no significa necesariamente un papel escrito, sino también a los documentos electrónicos, fílmicos, fotográficos y otros, a lo que no pueden escapar los títulos valores, creo que ello constituye un error, ya que el concepto documento se refiere al documento de existencia física cuando se trata de títulos valores en virtud al principio de incorporación, lo que no tiene la Factura Negociable que representa valores por anotación en cuenta.

Sin embargo, con el otorgamiento del Decreto de Urgencia 013-2020, el comprobante de pago emitida electrónicamente, “*si tiene el plazo de pago acordado y el monto neto pendiente de pago*”, al tener intrínsecamente en ella la Factura Negociable, esta podrá ser inscrita en una ICLV, para que pueda circular o ejecutarse en caso de incumplimiento de pago

- b) La Factura Negociable como negocio jurídico: sobre este elemento, si corresponde afirmar que la Factura Negociable emitida en forma física y en forma electrónica es un negocio jurídico, por cuanto su origen deriva de un contrato de promesa unilateral suscrito entre el emitente y el tomador que produce efectos típicos en relación al tercero. Sobre el particular, el artículo 2° de la Ley 29623, modificado por el artículo 2° del Decreto Legislativo N° 1178 y corroborada con el Decreto de Urgencia N° 013-2020 establece que “*La Factura Negociable se origina en la compra venta u otras modalidades contractuales de transferencia de propiedad de bienes o en la prestación de servicios e incorpora el derecho de crédito respecto del saldo del precio o contraprestación pactada por las partes.*”, como se puede ver, el origen de la Factura Negociable emitida físicamente y electrónicamente, se da en la promesa de pago que realiza el adquirente de bienes o usuario del servicio, sobre el saldo del precio o la totalidad del mismo, manifestándose así la promesa unilateral de pago del crédito, el cual tiene su origen en un contrato de compra venta o de prestación de servicios y además dicho crédito es pactado por las partes, relación en la cual el emitente de la factura comercial o del recibo por honorarios es también el emitente de la Factura Negociable, tal como se establece en otro extremo del citado artículo cuando se señala “*Los contribuyentes que emitan los comprobantes de pago denominados factura comercial y recibo por honorarios ... podrán emitir la Factura Negociable y realizar las operaciones necesarias para la transferencia a terceros, cobro, protesto y ejecución en caso de incumplimiento.*”.

Estando a lo precedentemente expuesto, debo aclarar que cuando se emite la factura comercial en forma física, la Factura Negociable es la tercera copia que en forma obligatoria debe agregarse a dicho comprobante de pago, de tal manera que al llenarse la factura comercial, automáticamente se llenaba la Factura Negociable por ser una

copia más del comprobante de pago, situación que no ocurrió con el recibo por honorarios, puesto que nunca se obligó a quienes emiten este comprobante de pago, la tercera copia con la denominación de “Factura Negociable”. Con el otorgamiento del Decreto Legislativo N° 1178, a partir del año 2015 se implementó la emisión electrónica del recibo por honorarios, y a partir del año 2016 empezó a implementarse en forma paulatina, la emisión electrónica de las facturas comerciales, lo que significó también la emisión electrónica de la Factura Negociable, la cual requiere de la conformidad que debe dar el adquirente de bienes o usuario del servicio, dentro del plazo de ocho (8) días hábiles, vencido dicho plazo sin que el adquirente o usuario haya manifestado su disconformidad, se aplica la presunción de conformidad conforme lo establece el artículo 7° de la Ley 29623, modificado por el artículo 2° del Decreto Legislativo N° 1178, de esta manera se consolida el contrato de promesa unilateral suscrito entre el emitente y el tomador, siendo el siguiente paso su anotación en cuenta en una ICLV. Una vez que la Factura Negociable es puesta en circulación, el tercero poseedor de buena fe, podrá exigir el cumplimiento de la obligación de pago que contiene el documento cuando se trata de Factura Negociable emitida físicamente, o la persona que figura como titular del valor en el registro de la ICLV.

- c) La Factura Negociable como cosa mercantil, en este caso, la Factura Negociable si cumple con este elemento en su naturaleza jurídica, porque tiene una función económica y jurídica inseparables. La función económica en el tráfico comercial moderno, tiene como sustento el crédito que permite la disponibilidad de dinero o mercancía a cambio de un pago a futuro, y la Factura Negociable sirve para documentar ese crédito con la ventaja de ser transmisible y de otorgar seguridad, toda vez que pueden ser transmitidos mediante endoso, en el caso de las emitidas en formato impreso, y por anotación en cuenta para las emitidas electrónicamente y que fueron inscritas en una ICLV pasando a ser un valor por anotación en cuenta. En cuanto a la función Jurídica, la Factura Negociable es una cosa mercantil, porque está destinado al tráfico comercial, para volver más ágil las transacciones mercantiles y el flujo comercial por medio de la circulación, aunque su uso aún no se ha generalizado en nuestro país,

como se puede ver este instrumento tiene naturaleza de ser una cosa mercantil, esto es, la de estar destinada a la circulación, con la finalidad de que su emisor obtenga liquidez para el financiamiento de sus operaciones económicas a partir de su circulación.

CARACTERÍSTICAS DE LA FACTURA NEGOCIABLE.

La Factura Negociable impresa, y la Factura Negociable como valor representado por anotación en cuenta, comparten algunas características y en otras se diferencian, tal como puede observarse a continuación:

- a) Respecto a la incorporación y desincorporación del derecho patrimonial: La Factura Negociable no representa derechos extrapatrimoniales, solamente incorpora o representa derechos patrimoniales de contenido económico. Efectivamente, como señala la norma, *“la Factura Negociable se origina en la compra venta u otras modalidades contractuales de transferencia de propiedad de bienes o en la prestación de servicios”* que se realizan a crédito ya sea por la totalidad de la compra venta o prestación de servicios, o solamente por el saldo pendiente de pago, de tal manera que la Factura Negociable como título valor *“incorpora el derecho de crédito respecto del saldo del precio o contraprestación pactada por las partes”* (D.Leg.1178, art.2) La incorporación de derechos, es el hecho mediante el cual una cosa material o inmaterial, pasa a formar parte del cuerpo de otra, y tratándose de títulos valores, es el derecho que pasa a formar parte del documento, formando una unidad en la que el derecho se subordina al documento o instrumento, y va a correr la suerte que corre el documento, es por eso que para ejercer el derecho, se necesita el documento. Y, en el caso de la Factura Negociable emitida en forma impresa como tercera copia de la factura comercial, el derecho es una obligación de pago que asume el adquirente de bienes o usuario del servicio, respecto al saldo pendiente de pago de la factura comercial, y el documento viene a ser la Factura Negociable que representa dicha obligación de pago, cuya exigencia puede ser requerida por quién la posea, de los que se tiene que incorpora un derecho patrimonial.

En cambio, tratándose de la Factura Negociable emitida en forma electrónica e inscrita en una ICLV, que es un valor representado me-

dian­te anotación en cuenta, si bien representa derechos patrimoniales de contenido económico, sin embargo, no incorpora dicho derecho a ningún documento, sino que esta se registra electrónicamente, es por eso que se dice que los valores por anotación en cuenta desincorporan el derecho con respecto al documento. Para la Factura Negociable como valor representado por anotación en cuenta, el aspecto registral es el más relevante, puesto que la constitución del valor y la determinación de la titularidad sobre ella, se alcanza por la vía del principio registral, en tanto que el aspecto contable se encarga de la parte operativa del valor, de este modo se diferencia la construcción dogmática de los valores con relación a los títulos valores. Con­siguientemente, la Factura Negociable emitida en documento impreso como tercera copia de la factura comercial o recibo de honorarios, incorpora derechos patrimoniales de contenido económico, situación que no ocurre con la Factura Negociable emitida electrónicamente e inscrita en una ICLV, ya que ésta no incorpora derechos patrimoniales, porque prescinde de la existencia del documento al estar registrado electrónicamente en los registros contables de una ICLV, del cual solo se emiten constancias, es por eso que viene a ser un valor representado por anotación en cuenta.

- b) La circulación de la Factura Negociable: según la doctrina, los títulos valores tienen vocación circulatoria, siendo esta su esencia, siendo el mercado el lugar donde deben circular por su fácil transmisibilidad. La ley 29623 establecía que la Factura Negociable era transmisible por endoso a terceros, una vez que esta era aceptada por el adquirente de los bienes o usuario de los servicios a crédito, y el tenedor tenía la facultad de exigir el derecho de que se pague la deuda que estaba representando el instrumento, para lo cual debía comunicar tres (3) días antes del vencimiento del plazo al obligado, y si éste efectuaba el pago, quedaba liberado de la obligación contenida en el instrumento. Con el otorgamiento del Decreto Legislativo 1178, el Decreto Supremo N° 208-2015-EF y la Resolución de Superintendencia N° 211-2015/SUNAT, hasta el 31 de diciembre de 2015, además de las Facturas Negociables emitidas físicamente en formato impreso, que podían circular mediante endoso, se agrega las Facturas Negociables emitidas electrónicamente, en virtud de que a partir del 1 de enero de 2016 la emisión electrónica de

facturas comerciales se volvió obligatoria para algunas empresas y personas que emiten estos documentos, es así que la Factura Negociable pasa a ser considerados un valor representado mediante anotación en cuenta, que deben circular por cesión de derechos o cualquier otra modalidad contractual luego de ser registrada en una ICLV, la cual produce los mismos efectos que el endoso referido en el Título Cuarto de la Sección Segunda de la Ley de Títulos Valores N° 27287. El artículo 2° de la Ley 29623 modificado por el artículo 2° del Decreto Legislativo N° 1178 en su última parte establece “*Todo acuerdo, convenio o estipulación que restrinja, limite o prohíba la transferencia de la Factura Negociable es nulo de pleno derecho*”, llevan a concluir que la Factura Negociable en cualquiera de sus formas, es un instrumento destinado a la circulación, siendo esta la esencia de su creación legislativa, con la finalidad de promover el financiamiento a través de ella.

- c) La Factura Negociable como documento formal: La Factura Negociable es un documento formal, toda vez que tiene requisitos de forma establecidos en la norma, cuyo incumplimiento es sancionado con su invalidez como título valor, subsistiendo únicamente el acto jurídico. El artículo 3° de la Ley 29623 modificado por el artículo 3° del Decreto Legislativo N° 1178 y nuevamente se vuelve a modificar por el Decreto de Urgencia N° 013-2020 conforme puede apreciarse en su Primera Disposición Complementaria Modificatoria, en los que se señala que “*además de la información requerida por la SUNAT para la factura comercial o el recibo de honorarios*”, los requisitos de formalidad de la Factura Negociable, emitidos en formato impreso como tercera copia de dichos comprobantes de pago, son los siguientes: “*a) La denominación de Factura Negociable. b) Firma y domicilio del proveedor de bienes o servicios, a cuya orden se entiende emitida. c) Domicilio del adquiriente del bien o usuario del servicio, a cuyo cargo se emite. d) Fecha de vencimiento y a falta de su indicación, se entiende que vence a los treinta (30) días calendarios siguientes a la fecha de su emisión. e) El monto neto pendiente de pago de cargo del adquiriente del bien o usuario del servicio. f) La fecha de pago del monto señalado en el literal precedente, que puede ser en forma total o en cuotas. En este último caso, debe indicarse las fechas respectivas de pago de cada cuota. g) La fecha y constancia de entrega de la Factura Negociable. h)*

Leyenda ‘Copia transferible – no válida para efectos tributarios’”, y en la última parte de dicho dispositivo legal, se precisa la obligatoriedad de estos requisitos, tan es así que si faltare alguno de ellos, la Factura Negociable perderá su calidad de título valor, conservando únicamente la calidad de comprobante de pago, ya sea como factura comercial o recibo por honorarios.

Tratándose de la Factura Negociable que se origina en un comprobante de pago electrónico, el Decreto Legislativo N° 1178 incorpora a la Ley 29623 el artículo 3-A, la que también se modifica por la Primera Disposición Complementaria Modificatoria del Decreto de Urgencia N° 013-2020, estableciéndose que la Factura Negociable para poder ser inscrita en una ICLV, debía tener los siguientes requisitos que son diferentes a los de la Factura Negociable emitidas en forma impresa: “a) *Firma y domicilio del proveedor de bienes o servicios, a cuya orden se entiende emitida.* b) *Domicilio del adquirente del bien o usuario del servicio, a cuyo cargo se emite.* c) *Fecha de vencimiento y a falta de su indicación, se entiende que vence a los treinta (30) días calendarios siguientes a la fecha de su emisión.* d) *La fecha de pago del monto señalado en el literal precedente, que puede ser en forma total o en cuotas. En este último caso, debe indicarse las fechas respectivas de pago de cada cuota.*” (D. Leg. 1178, art. 3-A). También se establece que la firma del proveedor que en este caso es quién emite la Factura Negociable, “*puede ser la que obre en la factura comercial o en el recibo por honorarios, o la CLAVE SOL que en su función de firma electrónica, ya que vincula al proveedor con la factura comercial o recibo por honorarios emitidos electrónicamente, y la firma electrónica u otra forma de manifestación de la voluntad que autentique y vincule al proveedor con la Factura Negociable*” (D. Leg. 1178, art. 3-A), firma que deberá ser verificada por la ICLV antes de su registro. Es más, el D.U. 013-2020 establece que la Factura Negociable que cumple con todos los requisitos señalados en la ley, tiene mérito ejecutivo. Como se puede ver, la Factura Negociable emitida electrónicamente, debe cumplir con ciertos requisitos para su respectiva inscripción y asumir la condición de un valor representado mediante anotación en cuenta, de tal manera que las Facturas Negociables emitidas electrónicamente, también tienen una formalidad para que puedan ser consideradas como valor y puedan ser inscritas en una ICLV, incluso las facturas y recibos de honorarios que pueden ser inscritos en una ICLV, deben tener como formalidad mínima la fecha de vencimiento de pago y el monto adeudado.

Principios de la Factura Negociable emitida en forma impresa: Siendo la Factura Negociable emitida en forma impresa un título valor, le resultan aplicables los siguientes principios:

- a) Principio de incorporación en la Factura Negociable – título valor, La factura negociable emitida como tercera copia de la factura comercial que se encuentra en formato impreso, contiene el derecho que es el valor que va adherido al título, tan es así que si no se tiene el título no se tiene el derecho, y la Factura Negociable incorpora derechos patrimoniales de contenido económico, el cual consiste como dijéramos anteriormente, en el crédito que origina una obligación de pago que surge como consecuencia de una compra venta o prestación de servicios al crédito, este principio se encuentra contenido en el artículo 2° de la Ley 29623 modificado por el artículo 2° del Decreto Legislativo N° 1178, y posteriormente por la Primera Disposición Complementaria Modificatoria del Decreto de Urgencia N° 013-2020, cuando se establece: “... *incorpora el derecho de crédito del saldo del precio o contraprestación pactada por las partes.*”. Esta incorporación del derecho a la Factura Negociable, tiene como propósito hacer más fácil y segura la circulación de dicho derecho, porque la incorporación permite que el derecho de crédito circule bajo las reglas de la transmisión de bienes muebles, eludiendo las reglas de la cesión de derechos.
- b) Principio de literalidad en la Factura Negociable – título valor, La forma escrita en la Factura Negociable emitida como tercera copia de la factura comercial, precisa su contenido, el cual se encuentra establecido en el artículo 3° de la Ley 29623 modificado por el artículo 3° del Decreto Legislativo N° 1178, y por la Primera Disposición Complementaria Modificatoria del Decreto de Urgencia N° 013-2020, que ha sido detallado en líneas precedentes, sin cuyo cumplimiento no podrá tener la calidad de título valor, de los cuales debemos resaltar el monto del crédito que genera la obligación de pago, el vencimiento, la fecha o fechas de pago si es en cuotas; de igual manera, se establece su naturaleza al señalar que el documento debe contener literalmente la denominación de Factura Negociable que es definida en la ley como un título valor a la orden transferible por endoso, también se establece la modalidad del derecho, el cual

constituye en una obligación de pago que se origina en una compra venta de bienes o prestación de servicios a crédito, estableciéndose la fecha o fechas de pago, como se puede ver, los límites y modalidades de este derecho dependen de los términos en que ésta redactado la Factura Negociable.

- c) Principio de autonomía en la Factura Negociable – título valor, La autonomía en la Factura Negociable emitida como tercera copia de la factura comercial en formato impreso, determina que el derecho incorporado a ella tiene como destino circular y encontrar a su titular en el último propietario, y cada vez que circule vía endoso y se produzca una nueva adquisición, esta será independiente de las relaciones extracartulares, es por esa razón que no puede oponerse las excepciones personales al adquirente de buena fe cuando ejercita su derecho.
- d) Principio de legitimación activa en la Factura Negociable – título valor, viene a ser el derecho que tiene el último tenedor de buena fe de la Factura Negociable que tiene la forma física, para exigir el cumplimiento de la obligación o para transferirlo, siendo la prueba de su legitimidad el endoso a diferencia de otros títulos valores como es el caso de los títulos emitidos al portador en cuyo caso la posesión de buena fe hace presumir la propiedad y por ende la titularidad del derecho incorporado, lo que no ocurre en el caso de la Factura Negociable que se encuentra en forma física, en la cual la prueba de la titularidad de buena fe tiene que ser necesariamente el endoso, sin cuyo requisito no podrá exigir su pago el tenedor, incluso ni siquiera podrá ejecutarlo.
- e) Principio de legitimación pasiva en la Factura Negociable – título valor, consiste en que el adquirente de los bienes o usuarios de los servicios a crédito, se libera de su obligación al pagar el monto que figura en la Factura Negociable que tiene una existencia física, al tenedor del documento que este legitimado, por ser el proveedor de los bienes o servicios o el tercero legitimado por endoso, al respecto el artículo 8° del Decreto Legislativo N° 1178 modificado por la Primera Disposición Complementaria Modificatoria del Decreto de Urgencia N° 013-2020, señala que “*el adquirente de los bienes o*

usuario de los servicios, debe pagar el importe consignado en la Factura Negociable a su legítimo tenedor de buena fe”.

- f) Principio de la buena fe del tenedor en la Factura Negociable – título valor, es un principio que debe estar presente en todas las relaciones jurídicas, y en el caso de la Factura Negociable que tiene existencia física, también se encuentra presente, lo que se acredita con el endoso, tal como se establece en el artículo 2° de la Ley 29623 modificado por el artículo 2° del Decreto Legislativo N° 1178 y posteriormente por la Primera Disposición Complementaria Modificatoria del Decreto de Urgencia N° 013-2020, de tal manera que para exigir el cumplimiento de la prestación, el poseedor de la Factura Negociable física, debe tener su posesión de buena fe.

Principios de la Factura Negociable como valor representado por anotación en cuenta

La doctrina sostiene que esta nueva forma de tráfico comercial a través de los valores representados por anotación en cuenta, utiliza los esquemas jurídicos del derecho registral inmobiliario, y como tal presenta las siguientes características:

- a) Principio de legitimación; La “*Factura Negociable como valor representado por anotación en cuenta*” (D. Leg. 1178, art.2), le otorga titularidad a quién se encuentra inscrito en el registro contable de una ICLV, de tal manera que este tiene la legitimación para disponer de los derechos contenidos en el valor inscrito; además, existe la presunción legal de que los derechos inscritos le corresponde a quién se encuentra inscrito como titular en el registro contable, incluso se presume que lo inscrito es exacto y válido.

La Factura Negociable emitida electrónicamente no puede ser registrada en una ICLV como título al portador o a la orden, pues al ser un instrumento registrado, el titular del derecho no puede ser cualquier persona, sino únicamente aquel que aparece registrado en forma nominativa en el registro contable de la Institución antes mencionada, además no tendrá la calidad de valor por anotación si es que no se ha cumplido con el requisito de registrarlo.

- b) Principio de la buena fe registral; La buena fe es un principio que esta presente en todas las relaciones jurídicas, y en el caso de la “*Factura Negociable como valor representado por anotación en cuenta*” (D. Leg. 1178, art.2), existe buena fe en el adquirente de dicho valor, cuando lo hace de quién aparezca inscrito como titular en el registro contable de la ICLV, es por eso que el emisor solo puede oponer las excepciones que se desprendan de la inscripción en relación a la Factura Negociable.

Consiguientemente, quién adquiere de buena fe la “*Factura Negociable representado por anotación en cuenta*” (D. Leg. 1178, art.2), tiene legitimidad para exigir el pago del monto consignado en dicho instrumento o para transferirlo haciéndolo circular.

- c) Principio de tracto sucesivo; en el registro contable de la ICLV, se inscriben todos los actos relacionados a la Factura Negociable emitida electrónicamente desde su inscripción registral, las transferencias que se realizan, quedando registrado los sucesivos titulares y los actos dispositivos, formando una continuidad, siendo el último registro la cancelación de la cuenta por quién aparece registrado como el último titular del derecho contenido en la Factura Negociable. Cabe resaltar que ninguna inscripción, con excepción de la primera, se realiza sin que esté inscrito el derecho de donde proviene, ya que todos los actos relacionados a la “*Factura Negociable como valor representado por anotación en cuenta*” (D. Leg. 1178, art.2), para que tenga validez, necesariamente tienen que estar registrados.
- d) Principio de rogación; es la facultad que tiene la ICLV para calificar la legalidad de la Factura Negociable emitida electrónicamente al momento de su inscripción y de los documentos en virtud de los cuales se solicita la inscripción de la transferencia del mencionado instrumento, sobre el particular, para el caso de Facturas Negociables emitidas físicamente y que quieran desmaterializarse mediante anotación en cuenta, el artículo 7° numeral 7.2. del Decreto Supremo N° 208-2015-EF que aprueba el Reglamento de la Ley 29623 y sus modificatorias, norma que crea la Factura Negociable, ha regulado: “*La SUNAT establece los mecanismos y procedimientos que permitan que la Institución de Compensación y Liquidación de Valores, don-*

de se desee registrar la Factura Negociable, pueda verificar por medios electrónicos que la numeración de la Factura Negociable originada en un comprobante de pago impreso y/o importado se encuentre dentro del rango autorizado.”. Como se puede ver, la ICLV donde deba inscribirse la Factura Negociable, sea por desmaterialización del emitido físicamente o por haberse emitido electrónicamente como valor, deben pasar por la verificación o cruce de información en los casos que la ley exige, habida cuenta que debe darse seguridad a los actos que se inscriben con relación a la Factura Negociable. En este marco, tenemos también lo normado en el artículo 3°-A de la Ley 29623 y sus modificatorias, norma que crea la Factura Negociable, incorporado por el Decreto Legislativo N° 1178 y modificado por la Primera Disposición Complementaria Modificatoria del Decreto de Urgencia N° 013-2020, la cual establece: “En el caso de la Factura Negociable representada mediante anotación en cuenta ... el cumplimiento del requisito de la firma del proveedor al que se refiere el literal b) del artículo 3°, debe ser verificado por la ICLV antes de su respectivo registro y se entenderá cumplido desde el momento de su anotación en cuenta”.

- e) Principio de prioridad; La regla general establece que los derechos que se inscriben primero tienen preferencia sobre los que se inscriben después, siendo así, en el registro contable de la ICLV, una vez inscrita la Factura Negociable, en caso de existir varias solicitudes de disposición de dicho instrumento, debe atenderse las solicitudes de acuerdo a la fecha y hora de presentación, y una vez inscrito el derecho que contiene la primera solicitud, ya no se aceptará la inscripción de las otras solicitudes cuando resulten opuestas o incompatibles con la que se registró primero.

Clasificación de la Factura Negociable.

La Factura Negociable como **título valor**, tiene una **clasificación diferente a la “Factura Negociable como valor representado por anotación en cuenta”** (D. Leg. 1178, art. 2):

- a) La Factura Negociable como **título valor** a la orden; Solamente se da en el caso de la Factura Negociable que tiene una existencia física.

Sobre el particular, el artículo 2° de la Ley 29623, modificado por el artículo 2° del Decreto Legislativo N° 1178 y posteriormente por la Primera Disposición Complementaria Modificatoria del Decreto de Urgencia N° 013-2020, establece que “*la Factura Negociable impresa es un título valor a la orden, transferible por endoso*”, lo que significa que este instrumento lleva consignado el nombre de la persona a cuyo favor es emitido, quién va a ser su legítimo tenedor, sin embargo la Ley que crea la Factura Negociable N° 29623, no es clara en este extremo, ya que en su artículo 3° cuando se refiere a este requisito, solamente establece que la Factura Negociable debe contener la “*Firma y domicilio del proveedor de bienes y servicios, a cuya orden se entiende emitida*”, por lo que debe entenderse que la firma comprende también el nombre del proveedor, más aún si se tiene en cuenta que en muchos casos la firma solo es rúbrica y no lleva el nombre de quién lo hace. Queda claro entonces que la Factura Negociable impresa, a pesar de ser un título valor, no puede emitirse al portador ni como nominativo.

Las Facturas Negociables que tienen existencia física, al ser “*títulos valores a la orden, se transfieren por medio de endoso*” (D. Leg. 1178, art.2) y entrega del documento, lo cual no se registra, y el titular que podrá exigir el cumplimiento de la prestación, será el poseedor del título valor, el cual normalmente debería ser desconocido porque durante la circulación no se sabrá quién será el último tenedor que exija el cumplimiento de la obligación, sin embargo la transferencia deberá comunicarse al obligado, tal como se señala en el artículo 8° de la Ley 29623, modificado por el artículo 2° del Decreto Legislativo N° 1178 y la Primera Disposición Complementaria Modificatoria del Decreto de Urgencia N° 013-2020 que señala: “*Una vez efectuada la transferencia de la Factura Negociable ... por endoso... el proveedor o el legítimo tenedor de la Factura Negociable o un tercero debidamente autorizado por alguno de ellos deberá comunicar oportunamente al adquirente de los bienes o usuario de los servicios, bajo cualquier forma que permita dejar constancia fehaciente de la fecha de su entrega, acerca de la transferencia de la Factura Negociable, señalando la identidad del nuevo legítimo tenedor...*”.

De otro lado, al ser la Factura Negociable que tiene existencia física, un título valor a la orden, “*el endosante asume la obligación personal*

y solidaria de pagar el importe del título valor frente al tenedor” (Ley 27287, art. 11), sobre el particular no se ha regulado nada en la ley específica por lo que en este caso resulta de aplicación la ley de títulos valores.

- b) Factura Negociable de carácter nominativo; Solamente se presenta en el caso de la Factura Negociable que tiene existencia electrónica que es considerado como un valor representado por anotación en cuenta, el cual siempre será de carácter nominativo debido a que la titularidad del propietario se registra, de tal manera que quién figure inscrito en el registro será reputado titular del derecho, y este será quién podrá ejercitar los derechos que son inherentes al valor anotado, y circularán transmitiéndose mediante cesión de derechos, que viene a ser un acto jurídico de naturaleza civil, siendo esta la formalidad de su transmisión. Según nuestra legislación, para que surta sus efectos legales la transmisión de la Factura Negociable, frente al emisor y a terceros, esta debe ser comunicada al emisor conforme a lo establecido en el artículo 8° de la Ley 29623, modificado por el artículo 2° del Decreto Legislativo N° 1178 y por la Primera Disposición Complementaria Modificatoria del Decreto de Urgencia N° 013-2020: *“Una vez efectuada la transferencia de la Factura Negociable ... mediante anotación en cuenta ante una Institución de Compensación y Liquidación de Valores... el proveedor ... deberá comunicar oportunamente al adquirente de los bienes o usuario de los servicios, bajo cualquier forma que permita dejar constancia fehaciente de la fecha de su entrega, acerca de la transferencia de la Factura Negociable, señalando la identidad del nuevo legítimo tenedor...”*, En este caso, existe un error en la norma, ya que en el caso de los *“valores representados por anotación en cuenta”* (D. Leg. 1178, art.2), no se utiliza la denominación de *“Tenedor”*, sino la de *“Titular”*, habida cuenta que la Factura Negociable ya no existe físicamente a diferencia de los títulos valores, sino electrónicamente por haber sido anotado en una cuenta, además para que la transferencia de la Factura Negociable surta sus efectos, deberá inscribirse en la ICLV donde se encuentra registrado dicho instrumento, ya que la validez legal de la tenencia del título depende de quien figure inscrito en el registro contable, tal como lo establece el artículo 215° del *“Texto Único Ordenado de la*

Ley de Mercado de Valores Decreto Legislativo N° 861” aprobado por Decreto Supremo N° 0093-2002, citado en líneas precedentes y dicha inscripción solo puede hacerse en forma nominativa.

De todo lo expuesto, puede concluirse que la Factura Negociable emitida como tercera copia de la factura comercial en formato impreso, tiene naturaleza jurídica de ser un título valor, en cambio la Factura Negociable emitida en forma electrónica, tiene su propia naturaleza jurídica, y es la de ser un valor representado por anotación en cuenta, que conserva algunos elementos de la naturaleza jurídica de los títulos valores.

BIBLIOGRAFÍA

- Andina Agencia Peruana de Noticias (2018). *Proyectan que cantidad de facturas negociables crecerá a 800,000 en 2019*. <https://andina.pe/agencia/noticia-proyectan-cantidad-facturas-negociables-crece-ara-a-800000-2019-735918.aspx>
- Asociación de Bancos [ASBANC] (2017). *El 68% de créditos a Mypes son bancarios*. <https://peru21.pe/economia/asbanc-68-creditos-mypes-son-bancarios-201122-noticia/>
- La Factura Negociable promoverá el crecimiento económico en Piura*. Recuperado de <https://www.asbanc.com.pe/Paginas/Noticias/DetalleNoticia.aspx?ItemID=389>
- Beaumont, R. y Castellares, R. (2000). “Comentarios a la nueva Ley de Títulos Valores”. Lima: Gaceta Jurídica.
- Bulgarelli, W. (1978). *As vicisitudes da duplicata no Brasil*. “Revista da Faculdade de Direito”, Universidade de São Paulo, N° 73, (pp. 163-180).
- Barraza, B. J. S. (2006). “Las Mypes en Perú. Su importancia y propuesta Tributaria”. Revista Quipukamayoc, N° 13(25) (pp. 127-131), Lima.
- Calle, B. T. (1973). *Las facturas cambiarias*. Revista Estudios de Derecho, N° 32(83) (pp. 93-99). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Chong-Rivera, R. (2016). *Financiamiento de las MIPYMES mediante el uso de la factura negociable y su registro centralizado en la central de depósitos de*

- valores – ICLV del Perú.* (Tesis de Maestría en Dirección de Empresas), Universidad de Piura, Piura.
- De Semo G. (1963). *Tratatto de diritto cambiario.* Citado por H. Rodríguez (s/f). *Notas relacionadas con el modelo legal costarricense.* En: apuntes básicos en materia de títulos valores. (p.101), sin ciudad, Editorial Padova – Cedam Tercera Edición.
- De Pina R. (1994). *Conceptos Generales,* En: Elementos de Derecho Mercantil Mexicano. México: Porrúa.
- Diario El Comercio (actualizado 7 de junio de 2016). *Operaciones con factura negociable sumas S/ 85.3 millones en abril.* Recuperado de <https://elcomercio.pe/economia/peru/operaciones-factura-negociable-suman-s-85-3-mlls-abril-218513-noticia/?ref=ecr>
- Diario Gestión (actualizado el 3 de setiembre de 2019). *Con Factoring y Leasing Produce impulsará acceso de mypes al sistema financiero.* Recuperado de silvia.perez@diariogestion.com.pe.
- Diario Gestión (actualizado el 21 de diciembre de 2017). *Produce: Operaciones con factura negociable alcanzarían los S/ 5,500 millones al cierre de 2017.* <https://gestion.pe/economia/produce-operaciones-factura-negociable-alcanzarian-s-5-500-millones-al-cierre-2017-223276-noticia/?ref=gesr>.
- Escobar F. I. (1999). *Introducción al Derecho Inmobiliario Registral Nicaragüense.* Managua: Hispamer.
- Echaíz Moreno, D. (2011). “*La Factura Negociable: a propósito de su reciente creación en el Perú.*” Revista VIA IURIA, número 11. Julio – diciembre, (pp.37- 48). Bogotá: Fundación Universitaria Los Libertadores.
- Ferri, G. (1965). “*Títulos de Crédito Buenos Aires*”: Ediciones Abeledo Perrot.
- Garrigues, J. (1987). “*Curso de derecho mercantil.*” Tomo III. Bogotá; Temis.
- Humala Taso, O. y Jara Velásquez (2014). *Exposición de motivos.* Proyecto de Ley N° 4107/2014, S/P.
- Jiménez Sánchez, G. (1992). “*Lecciones de Derecho Mercantil.*” Madrid: Editorial Tecnos S.A..
- Lara Velado, R. (2001). “*Introducción al estudio del derecho mercantil.*” Segunda Edición, El Salvador: Editorial Universitaria.

- Martínez-Echevarría y García de Dueñas, A. (2011). *“Valores mobiliarios anotados en cuenta: Concepto, naturaleza y régimen jurídico.”* Pamplona (Navarra): Aranzadi, 1997.
- (2003). *La naturaleza jurídica de los “valores anotados en cuenta”: el desarrollo de la doctrina de los Wertrechte en el Derecho español.* México: Ediciones Mariano Otero.
- Ministerio de la Producción (consultado el 12/2/2020). Estudios económicos, Estadística MIPYME. Recuperado de ogeiee.produce.gob.pe/estadística-oe/estadísticas-mype.
- Ministerio de la Producción (2017). *Estudio de la situación actual de las empresas peruanas. Los determinantes de su productividad y orientación exportadora. Análisis basado en los resultados de la Primera Encuesta Nacional de Empresas 2015.* Lima: Ediciones Ministerio de la Producción.
- Montoya Alberti U. y Motoya Alberti H. (2012). *“Comentarios a la ley de títulos valores.”* Lima: IDEMSA.
- Montoya Alberti, H. (2000). *“Nueva Ley de Títulos Valores.”* Lima: Gaceta Jurídica.
- Montoya Manfredy, U. (2001). *“Comentarios a la ley de títulos valores”.* Sexta Edición, Lima: Editora Grijley.
- Palacios Pajar, G. (2011). *Análisis del régimen legal de la factura conformada, su eficacia y propuesta para incentivar su utilización dentro del mercado peruano a fin de darle celeridad y seguridad jurídica a las operaciones crediticias de tráfico comercial.* (Tesis para optar Título de Abogado UNMSM), Lima.
- Paolantonio, M., y Bergel, S. (1997). *Apuntes sobre el régimen legal de la factura de crédito (ley 24.760).* España.
- Pérez Reyes, R. (6 de enero de 2019). *Factura Negociable: Operaciones superaron los S/ 10,800 millones hasta noviembre de 2018.* Diario Gestión, recuperado de gestión.pe/economía/factura-negociable-operaciones-superaron-s-10-800-millones-noviembre-2018-254868-noticia/
- Pérez Ardila, G. A. (2005). *Títulos valores y liquidación de intereses, Parte General, especial y procesal, intereses en pesos y en UVR. Doctrina, juris-*

- prudencia y legislación*. Primera edición, Medellín: Sello editorial Universidad de Medellín.
- Pérez Fontana, S. (1990). “*Títulos Valores. Parte Dogmática*.” Lima: Cultural Cuzco S.A..
- Produce (20 de junio de 2019). “*Uso de la factura negociable se duplicó en lo que va del 2019*.” Recuperado de <https://www.gob.pe/institucion/produce/noticias/29633>.
- Ramos P. César (2014). “*Teoría General de los Títulos Valores*.” UPSJB. Lima: Boletín virtual, recuperado de <https://es.scribd.com/document/250636077/01>.
- Rendón Vergel, W. A., y Vargas Villareal, J. D. “*Crisis de la factura cambiaria y su evolución legislativa en respuesta a los problemas existentes*.” (Tesis para optar el título de especialista en derecho comercial), Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá.
- Rodríguez Moreno, H. (2006). *Apuntes básicos en materia de Títulos Valores*. “Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas,” vol. 36, núm. 104, enero junio 2006, (pp. 67-109). Medellín: Universidad Pontificia Bolivariana.
- Rottier Salguero, M. (2009). “*Los títulos cambiarios no son títulos valores*.” Costa Rica: Universidad de Costa Rica.
- Rengifo, R., y Nieto, N. N. (2010). *Literalidad, necesidad, autonomía: atributos de los títulos valores. Análisis de la jurisprudencia de las cortes constitucional y suprema de justicia colombianas 1992-2008*. Revista de Derecho, (33), (121-157). Colombia.
- Silva Vallejo, J. A. (1989). “*Teoría General de los Títulos Valores. Libro Homenaje a Ulises Montoya Manfredi*.” Lima: Cultural Cuzco.
- Solórzano Reñazco, A. (1998). *Ley General de Títulos Valores*. Colombia: Hispamer.
- Solís M.I. y J.L. Castillo Arias (2011). *Análisis jurídico de los valores negociables y su anotación en cuenta en el mercado de capitales nicaragüense*. Repositorio de la Universidad Centro Americana, Nicaragua.
- Sociedad Nacional de Industrias (2016). “Revista institucional de la Sociedad Nacional de Industrias,” Edición N° 911, marzo de 2016. <https://www>.

sni.org.pe/wpcontent/uploads/2018/05/Industria_Peruana_911-1-ilovepdf-compressed.pdf.

Torres M. (25 de marzo de 2010). *problemas y ventajas de su desarrollo en el Perú*. Boletín empresarial. Recuperado de <https://www.noticierocontable.com/pyme-problemas-y-ventajas-de-su-desarrollo-en-el-peru/>.

Uria R. y Otros (2001). *Curso de Derecho Mercantil*. Revista Contratación Mercantil. Derecho de los Valores. Derecho Concursal. Derecho de Navegación. Madrid: Civitas.

Vivante, Cesar (1938). *Tratado de derecho comercial*. Volumen III, citado en Palacios Pajar G. (2011) en su tesis *“Análisis del Régimen Legal de la Factura Conformada, eficacia y propuestas para incentivar su utilización dentro del mercado peruano.”*, (Tesis para optar el grado de abogado en la UNMSM), Lima.

(1936). *Tratado de derecho mercantil*. Volúmen III, Madrid: Reus.

Valdivieso, L., Erika J. (2011). *El financiamiento a través de la factura Negociable o el nuevo intento del legislador de superar el fracaso de la factura conformada*. Revista de Investigación Jurídica. IUS. 01(1). Chiclayo: Red Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo.

Vásquez E. (1981). *“Régimen Jurídico de la Letra de Cambio.”* Guatemala: Serviprensa Centroamericana.

**DERECHO
PROCESAL CIVIL**



EL INTERÉS Y LEGITIMIDAD PARA OBRAR DE LOS SINDICATOS ANTE SITUACIONES LÍMITES

Augusto Medina Otazú (*)

Este artículo está dedicado para el Dr. Juan Morales Godo por su contribución académica del derecho procesal, espacio que rediseña el sistema de justicia, al incorporar una batería de normas internacionales y sus interpretaciones, así como la visión constitucional de aplicación normativa de la ley, lo que Zagrebelsky denomina el derecho dúctil.

I. INTRODUCCIÓN

Resulta interesante sumergirse en el derecho procesal en el ámbito laboral, por cuanto ahí se encuentra aspectos relevantes de la tutela efectiva y tutela reforzada, de tal manera que nos permite establecer los límites del empleador en su facultad de dirección y de la obligación del despliegue empresarial a respetar libertad sindical en el trabajo.

Analizaré en el presente artículo la legitimidad de obrar y el interés para obrar en el derecho laboral, a partir de dos hechos fácticos con consecuencias jurídicas, visibilizándose el empoderamiento de la actividad sindical ante situaciones límites donde el empleador verá restringido sus pretensiones de facultad de dirección, dando luces sobre los derechos sustanciales y procesales de los actores de la relación jurídica laboral.

(*) Augusto Medina Otazu. Magister, docente universitario, ex juez y ex asesor parlamentario. medi-naotazu@gmail.com

En épocas históricas los conflictos (la sindicalización y la huelga⁽¹⁾) eran considerados delitos, pero con el devenir del tiempo se ha encontrado que los conflictos no hacían sino dinamizar la relación entre los actores de la relación laboral. Este mecanismo ha permitido que las disparidades entre trabajador y empleador puedan enderezarse.

II. RESUMEN DE LOS DOS CASOS RELEVANTE DE ANÁLISIS

Se abordará en este artículo dos decisiones donde el suscrito autor ha tenido una participación directa, en un caso como abogado y en otra como Juez Laboral. Una referencia breve sobre ambos casos, reseñando los temas de conflicto:

- La primera vinculada a la Queja ante el Comité de Libertad Sindical de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), caso N° 2854 (Perú) del 19 de abril del 2011⁽²⁾, impulsado por la Federación Nacional de Puertos (FENTENAPU) donde participé como abogado del organismo sindical, por cuanto el proceso de privatización de la administración del Puerto Muelle Norte del Callao ejecutado por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones afectaba la participación sindical.

Esta acción terminó con una Recomendación al Gobierno Peruano, tutelando el derecho que tiene la organización sindical a la consulta en estos procesos de cambios estructurales o administrativos “en este proceso de privatización que implica reducción de personal y un grave deterioro de las condiciones de trabajo y de estabilidad laboral de los trabajadores, se ha realizado sin que la Empresa Nacional de Puertos (ENAPU) u otras autoridades hayan convocado a la federación sindical y al sindicato de base a pesar de su gran representatividad.” (f. 1014 de la Queja ante la OIT).

(1) De Buen, Néstor, El Derecho de Huelga. Puede visualizarse en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2150/10.pdf> revisado el 15/11/2021

(2) La queja planteada ante la OIT por FENTENAPU puede visualizarse a través del siguiente link: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:50002:0::NO:50002:P50002_COMPLAINT_TEXT_ID:3057192 revisado el 15/11/2021

El Gobierno respondió ante el emplazamiento sindical que la privatización del puerto del Muelle Norte es parte de las atribuciones y facultades del Presidente de la República al ser ENAPU una empresa estatal.

- La segunda corresponde a la Casación 10003-2017- Loreto emitida por la Segunda Sala de Derechos Constitucional y Social de la Corte Suprema⁽³⁾, resuelta ante un pedido de nulidad de despido del dirigente sindical Roger Inuma Moral, contra la Empresa Perenco Petroleum Limited Sucursal del Perú (PERENCO). Los prolegómenos del caso, son: la sentencia de la Corte Superior Loreto revocó la sentencia de Primera Instancia que declaraba fundada la demanda de reposición, ésta última me correspondió emitir en calidad de Juez Laboral, sobre el que finalmente la Corte Suprema tomo con referencia para su argumentación.

En la empresa Perenco, estuvo gestándose un sindicato promovido por el dirigente sindical Inuma Moral y en este propósito se realizó la asamblea donde se definió la creación de la organización sindical, situación que fue posteriormente comunicada a la Empresa. La empresa luego de hacer indagaciones pretendió cuestionar la fundación del sindicato argumentando que en la asamblea no había 20 trabajadores como se requiere para ese nivel sindical sino existían 16 trabajadores y que 4 no habían asistido físicamente a la reunión sino extendieron poder al señor Inuma Moral expresando su conformidad con la decisión fundacional.

Ante este hecho la empresa consideró que se había configurado una falta grave del dirigente sindical al comunicar la creación del sindicato sin el cumplimiento de la Ley, por lo que procedió a despedir al dirigente sindical. El tema relevante en este caso es sí la empresa puede incursionar en estas competencias de carácter sindical para cuestionar su fundación.

III. LEGITIMIDAD PARA OBRAR E INTERÉS PARA OBRAR EN EL DERECHO LABORAL

El trabajo es una institución que en el mundo moderno se ha convertido en un mecanismo de realización de la persona humana y de ahí que en la

(3) La Ejecutoria de la Corte Suprema puede ser visualizada en: <https://www.gacetajuridica.com.pe/boletin-nvnet/ar-web/CAS.LAB.10003-2017-LORETO.pdf> revisado el 15/11/2021

actualidad sea considerado como un derecho fundamental por la doctrina, los instrumentos constitucionales e internacionales.

En el derecho procesal laboral resulta importante establecer los límites con los que deba actuar la Empresa y el sindicato, a partir del reconocimiento de los derechos materiales sobre los cuales tienen potestades, competencias y facultades.

Es pacífico establecer que en el derecho procesal se evalúa los presupuestos procesales y las condiciones de la acción de las partes de la siguiente forma:

- En los presupuestos procesales se evalúa la capacidad procesal, la competencia y los requisitos de la demanda y
- En las condiciones de la acción se evalúa la legitimidad para obrar y el interés para obrar.

Al respecto el Tribunal Constitucional STC N° 8108-2005-PA/TC fundamentos 4 incorpora estos dos elementos:

4. (...) La legitimación ad processum o legitimación procesal (...) se concibe como la aptitud o idoneidad para actuar en un proceso, en el ejercicio de un derecho propio o en representación de otro (...); (mientras que) la legitimación ad causam o legitimación en la causa, es (aquella) condición jurídica en que se halla una persona con relación al derecho que invoca en juicio, ya sea en razón de su titularidad o de otras circunstancias que justifican su pretensión (...). En otros términos, consiste en la autorización que la ley otorga a una persona para ser parte en un proceso determinado por su vinculación específica con el litigio.

La Legitimidad para obrar y el interés para obrar de los sindicatos sobre espacios donde el empleador dispone de facultades para la dirección de la empresa, parece que no habría conflictos con los derechos colectivos de los trabajadores, sin embargo veremos que la empresa está vedada su ingreso a estos fueros de competencia sindical.

Además, por otro lado el derecho a la consulta puede ser una barrera limitante al empleador para decidir cambios en la orientación estructural de la empresa.

Nuestra reflexión jurídica estará centrada en evaluar la relación jurídica material y su correlato en la relación jurídica procesal de los actores empresa/sindicato.

IV. LA FACULTAD DE DIRECCIÓN Y SUBORDINACIÓN EN EL TRABAJO

En el derecho laboral la facultad de dirección está asignada a la empresa por cuanto en términos concretos, es el dueño de los medios de producción y bajo esta premisa la regulación normativa le habilita ciertas facultades jurídicas para su ejercicio; por otro lado el trabajador está sujeto a la subordinación respecto a las decisiones adoptadas por el empleador.

El artículo 9 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728 establece la relación material de la siguiente manera:

Por la subordinación, el trabajador presta sus servicios bajo dirección de su empleador, el cual tiene facultades para normar reglamentariamente las labores, dictar las órdenes necesarias para la ejecución de las mismas, y sancionar disciplinariamente, dentro de los límites de la razonabilidad, cualquier infracción o incumplimiento de las obligaciones a cargo del trabajador. El empleador está facultado para introducir cambios o modificar turnos, días u horas de trabajo, así como la forma y modalidad de la prestación de las labores, dentro de criterios de razonabilidad y teniendo en cuenta las necesidades del centro de trabajo.

Según la disposición sumillada, para el ejercicio de la facultad de dirección, será la razonabilidad, con que desplace sus facultades el empleador, lo que coloreará de legalidad su actuación habilitante para emitir las normas internas, el *ius variandi* y la facultad de sanción, llegando hasta el despido del trabajo cuando se ha cometido una falta grave conforme al principio de legalidad.

La facultad de dirección que tiene el empleador y su contraparte la subordinación del trabajador será medida por la intensidad en su desplazamiento, de tal manera que empleador no sus exceda en sus facultades de mando o a la vez la subordinación vacíe de contenido los derechos fundamentales del trabajador.

Es importante tomar en cuenta que el contrato de trabajo es un escenario donde el trabajador vende su fuerza de trabajo a cambio de recibir una remuneración. El empleador aprovecha la fuerza de trabajo para obtener un

beneficio con su uso. Martín Valderde expresa que la singularidad principal del trabajo humano como objeto de transacción o intercambio radica en que es un bien inseparable de la persona del trabajador⁽⁴⁾ por tales repercusiones se hace necesario establecer mecanismos de protección y tutela superreforzada en favor del trabajador.

Está claro que el contrato de trabajo significa una restricción a la libertad del trabajador durante el tiempo que está en el centro de trabajo, en contrapartida nace la función protectora del derecho del trabajo para custodiar que ese sometimiento del trabajador no afecte su propia existencia.

Para una configuración del derecho laboral se tiene dos campos de acción que deben de tener una tutela reforzada cada una de ellas:

- Derecho laboral de carácter individual, que abarca básicamente la estabilidad laboral, el horario de trabajo, la remuneración, la subordinación entre otros.
- Derecho laboral de carácter colectivo, la sindicación, la negociación colectiva y la huelga. Dentro de ellos, la sindicalización y la negociación colectiva se convierten en pilares importantes que facilitan que los trabajadores hagan realidad sus derechos fundamentales mediante el diálogo y concertación

V. LIMITAR LA FACULTAD DE DIRECCIÓN Y PERMITIR LA PARTICIPACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN EL ESCENARIO LABORAL

Es necesario anotar que la Organización Internacional del Trabajo (OIT) considera que las materias de la negociación colectiva pueden ser amplísimas aun cuando señalan que no es absoluta, excluyéndolo de la negociación el poder de dirección del empresario y la dirección y funcionamiento de los asuntos del gobierno, así como habilitar cláusulas discriminatorias o las cláusulas de seguridad sindical, o aún las cláusulas contrarias a los mínimos de protección previsto en la legislación. ⁽⁵⁾

(4) Canessa Montejo, Miguel. La singularidad de los derechos humanos laborales. http://www.trabajo.gob.pe/boletin/documentos/boletin_12/doc_boletin_12_01.pdf revisado el 15/11/2021

(5) OIT. La Negociación colectiva. Normas de la OIT y Principios de los Órganos de Control. Primera Edición Suiza 2000. P. 24. Puede verse en. http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/--normes/documents/publication/wcms_087940.pdf revisado el 15/11/2021

El trabajo proviene del diseño con que el empleador ha puesto en marcha la organización del trabajo de tal manera que los trabajadores deben de acatarlas, pero será necesaria una nueva visión del mundo del trabajo a fin de incorporar en la facultad de dirección del empleador recoger, a través de un proceso habilitante, el conjunto de percepciones y experiencias del trabajador. No se pretende trasladar el poder de dirección a los trabajadores sino buscar que las decisiones del empleador no sean arbitrarias y más bien para legitimar su poder

VI. EL CASO DE LA PRIVATIZACIÓN DEL MUELLE NORTE DEL CALLAO DE LA EMPRESA ENAPU

La OIT al referirse a la Consulta dentro del ámbito del derecho laboral en los procesos de privatización ha señalado importantes repercusiones positivas, habilitando al Sindicato el derecho a oír sobre los impactos que se pueda generar en su derecho material. El Comité de Libertad Sindical de la OIT ha concluido en el fundamento 1038:

(...) debe lamentarse que en los procesos de racionalización y reducción de personal no se consulte o se intente llegar a un acuerdo con las organizaciones sindicales [véase Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical, quinta edición, 2006, párrafo 1079]. Dado que el Gobierno ni la empresa han negado el alegato según el cual ni la empresa ENAPU ni las autoridades consultaron a la federación y al sindicato de base en el proceso de privatización, el Comité lamenta que no se hayan realizado discusiones y consultas entre las autoridades y empresas concernidas por una parte y las organizaciones sindicales por otra. El Comité espera firmemente que en el futuro se llevarán a cabo consultas con suficiente antelación con las organizaciones sindicales concernidas en relación con todo proceso de reestructuración o de privatización. El Comité hace un llamamiento al Gobierno para que inicie sin demora este tipo de consulta en lo que respecta a los efectos de la privatización. (resaltado y subrayado del autor)

Esta situación nos lleva a considerar en forma general que los procesos de privatización que impulse el Estado deban merecer previamente la consulta

a la organización sindical para escuchar las pretensiones de los trabajadores de tal manera que se mitigue los impactos en el ejercicio de la libertad sindical. Esta apreciación no sólo es aplicable en las empresas u organismos del Estado igualmente es de aplicación a las empresas privadas en tanto y cuanto se produzca un cambio estructural en el giro de la empresa, al margen que está situación suponga reducción de personal o no.

La inobservancia de este derecho material (la consulta en los cambios relevantes de la empresa) permitirá activar la pretensión sindical contra el empleador incluso judicializando este conflicto, sin que la empresa pueda sacar de contexto judicial basado en la falta de legitimidad para obrar o interés para obrar del organismo sindical.

La OIT ha logrado establecer un catálogo de materias que resultan trascendentes para la comunidad jurídica y podemos encontrarlo en la Declaración de la OIT relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su Seguimiento adoptada el 18 de junio de 1998. Como se aprecia el acuerdo es una decisión mundial que los Estados deben acatar, aun cuando el instrumento no haya sido ratificado por el país. Para Sacos Barrios los convenios que se encuentran involucrados en la Declaración son “convenios fundamentales” y están referidos a la libertad sindical y sindicación y negociación colectiva (Convenios 87 y 98), trabajo forzoso (Convenios 29 y 105), trabajo infantil (Convenios 138 y 182) no discriminación (Convenios 100 y 111) y estas normas vienen a sumarse al elenco de grandes pactos y declaraciones de derechos humanos que consolidarían o codificarían el contenido del *Ius cogens* y del Derecho universal de los derechos humanos. ⁽⁶⁾

El Perú ha ratificado el Convenio 87 de la OIT sobre Libertad Sindical y la protección del derecho de sindicación así como el Convenio 98 de la OIT sobre el derecho de sindicación y negociación colectiva, en consecuencia se encuentra en plena vigencia dentro del ordenamiento nacional, debiendo las autoridades y el ordenamiento jurídico interpretar sus decisiones según su contenido.

(6) Saco Barrios, Raúl. Constitución y Normas Internacionales del Trabajo. En II Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo. Arequipa 1, 2 y 3 de noviembre 2006. Impreso Gráficos S.A. Perú, noviembre 2006. p. 368, 369.

VII. EL CASO DE LA NULIDAD DEL DESPIDO DEL DIRIGENTE SINDICAL DE PERENCO POR AFECTAR DERECHOS DE CARÁCTER COLECTIVO DE LA ACCION SINDICAL

Con el interés manifiesto de los trabajadores de creación del organismo sindical, automáticamente se considera el desarrollo de un proceso de inmunidad contra la empresa para impedir la intervención del empleador y así posibilitar un amplio despliegue de la acción sindical. La Corte Suprema concluye al respecto:

(...) cualquier acto que se oriente a impedir o restringir de manera arbitraria e injustificada la posibilidad de acción o la capacidad de obrar de un sindicato resultará vulneratorio del derecho de libertad sindical (...). Ahora bien, el artículo 1º del Convenio N° 98 de la Organización Internacional de Trabajo se establece que los trabajadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo. Asimismo, la protección deberá ejercerse especialmente contra todo acto que tenga por objeto: a) sujetar el empleo de un trabajador a la condición de que no se afilie a un sindicato o a la de dejar de ser miembro de un sindicato y b) despedir a un trabajador o perjudicarlo en cualquier otra forma a causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo. A partir de lo anotado, podemos concluir que la vulneración a la libertad sindical se materializa por toda trasgresión entendida como toda práctica, conducta, actividad, injerencia o incluso omisión dirigida a impedir, restringir, sancionar o enervar su ejercicio. Este último campo incluye también las actitudes dirigidas a negar injustificadamente las facilidades o prerrogativas necesarias para el normal desarrollo de la acción colectiva; así, la causal analizada protege el derecho del trabajador de “afiliarse” a un sindicato así como el de participar en “actividades sindicales”. (f. 12)

Puede advertirse que, de acuerdo a la delimitación de la Corte Suprema, la empresa carece de derecho material y procesal para cuestionar la fundación sindical desde las etapas iniciales que conlleva esta acción, porque de lo con-

trario dada la subordinación del trabajador a las órdenes del empleador, haría impracticable el equilibrio de los contrarios.

(...) En tal sentido, el contenido esencial de este derecho no puede agotarse en los aspectos orgánico y funcional, sino que a este núcleo mínimo e indispensable deben añadirse todos aquellos derechos de actividad o medios de acción que resulten necesarios, dentro del respeto a la Constitución y la ley, para que la organización sindical cumpla los objetivos que a su propia naturaleza corresponde, esto es, el desarrollo, la protección y la defensa de los derechos e intereses de sus miembros, así como el mejoramiento social, económico y moral de los mismos. (f.11)

El caso que se comenta resulta importante por cuanto la acción sindical pone límites al empleador sobre acciones que son de su competencia. Así tenemos que su facultad de investigar las faltas laborales cometidas está sujeto al principio de legalidad y más aún sujeto al principio de constitucionalidad y al control convencional debido a que existe espacios que sólo puede ser de incumbencia de la esfera sindical donde tiene límites el empleador.

VIII. EL DESEQUILIBRIO EN EL DERECHO LABORAL

La doctrina reconoce que, la naturaleza de la relación jurídica laboral nos lleva a concebir el desequilibrio de los actores, al respecto Carlos Palomeque expresa que no es posible olvidar, la naturaleza del Derecho del Trabajo como mecanismo de mediación en el conflicto social y que, no es otro en realidad que la persecución de un equilibrio estructural entre los intereses de los antagonistas.⁽⁷⁾

Para equilibrar esa vinculación entre los antagonistas, se recurre a la sindicación, negociación colectiva y la huelga, siendo así el derecho colectivo un ordenador para que fluya adecuadamente los derechos del empleador y los derechos del trabajador y no se propenda a una arbitrariedad que pueden generar diferentes impactos negativos.

(7) Palomeque López, Manuel Carlos. Derecho del Trabajo. Décima Edición. Editorial Universitaria Ramón Areces. Decimotava edición julio. Madrid. 2010. p. 76.

En el artículo 23 de la Constitución se afirma que “ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador”, “Ésta es una declaración lo suficientemente amplia como para asegurar la aplicación de la totalidad de los derechos consagrados por la norma fundamental y además bastante precisa en cuanto a sus efectos, ya que proscrib[e], sin excepciones, toda limitación a ejercicio de los mismos establecida como contenido de una relación de trabajo o surgida en el seno de ésta.”⁽⁸⁾

Estas fracturas de la órbita procesal del derecho laboral, podemos ver plasmados en la Ley Procesal de Trabajo, Ley 29497, artículo III, del Título Preliminar, donde se visualiza el desequilibrio y su reordenamiento:

En todo proceso laboral los jueces deben evitar que la desigualdad entre las partes afecte el desarrollo o resultado del proceso, para cuyo efecto procuran alcanzar la igualdad real de las partes, privilegian el fondo sobre la forma, interpretan los requisitos y presupuestos procesales en sentido favorable a la continuidad del proceso, observan el debido proceso, la tutela jurisdiccional y el principio de razonabilidad. En particular, acentúan estos deberes frente a la madre gestante, el menor de edad y la persona con discapacidad.

El derecho procesal laboral mitiga aquellos conflictos del trabajo haciendo que el derecho material pueda lograr la protección debida, minimizando los desenlaces e impactos en la justicia.

Nos interesa establecer si el empleador tiene algún interés material o procesal en la actividad sindical y todo indicaría que este espacio le ésta vedado al empleador, toda vez su contaminación sería un grave lastre en el equilibrio que se ha visto como objetivo fundamental del derecho del trabajo.

(8) Sanguinetti Raymont, Wilfredo. La protección de los derechos laborales en la Constitución peruana de 1993. Segundo Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Arequipa 1, 2 y 3 de noviembre 2006. Impreso Grafica S.A. Lima, noviembre del 2006. p. 72.

FUNDAMENTOS DEL PROCESO DE EJECUCIÓN

Héctor Martínez Flores (*)

1. CONSTITUCIÓN Y DERECHO A LA EJECUCIÓN EFECTIVA

Muchos de los problemas que brega la tutela judicial efectiva, se encuentra en la ejecución forzada, en la que se han dilucidado, como pretensiones procesales, obligaciones. De allí que, desde una perspectiva del neoconstitucionalismo en el proceso, se manifieste un derecho fundamental a la ejecución adecuada o efectiva (De Diego Diez, 2016, pp. 105-106), o de un “derecho fundamental a los medios ejecutivos adecuados” (Marinoni, 2014, pp. 25-41), o expresado de otra manera, de una tutela judicial efectiva en la ejecución.

Ariano Deho (2014, p. 565) puntualiza que: “un proceso de ejecución no sólo debe procurar ser *efectivo*, sino además *eficiente*, en el sentido de que para lograr la meta (la efectiva satisfacción del interés del acreedor), se debe extraer el mayor provecho posible en los medios empleados”. La citada procesalista propone la implementación de la acumulación (inicial o sobrevenida que, en un *único* proceso, con cargo al mismo bien o bienes, se pueda satisfacer la *mayor* cantidad de créditos posibles, de tal forma que, al *mínimo costo*, el deudor quede liberado de la mayor cantidad de deudas (pp. 564-577).

Concerniente a este tema, nuestra jurisprudencia se ha pronunciado: *la ejecución de las sentencias en sus propios términos forma parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, ya que en caso contrario las decisiones judiciales y los derechos que en las mismas se reconocen o declaren no serían otra cosa que meras declaraciones de intenciones sin alcance práctico ni efectividad alguna; por tanto la ejecución de las sentencias implica, entre otras cosas, la sujeción de los ciudadanos y de la administración Pública al ordenamiento jurídico*

(*) Profesor de la Facultad de Derecho de la UNMSM (hmartinezf@unmsm.edu.pe)

y a las decisiones que adopta la jurisdicción (Casación N° 534-2004-Lima. *El Peruano*, 01/12/2005, p. 15096).

La ejecución en el CPC es una de las instituciones técnicamente menos logradas, que ha agudizado aún más la cabal y completa solución de los conflictos jurídicos. En ese sentido, el Proyecto de Reforma del CPC (2018, p. 23) remarca que lo expuesto “no es baladí, pues la satisfacción efectiva de los derechos sea mediante ejecución de sentencias, sea mediante ejecución de títulos extrajudiciales, depende exclusivamente de qué también se realice la actividad ejecutiva”.

En la precedente línea del pensamiento, y concerniente a esta parte del Continente, como señala Vargas Pavez (2013, p. 167), la ejecución forzada es una de las *temáticas más abandonadas del derecho procesal*. En efecto, una *revisión de la literatura especializada muestra que, en general, los autores se limitan a describir las etapas, requisitos y plazos de los procedimientos ejecutivos sin ofrecer una mirada comprensiva e integral de la ejecución como un elemento esencial para la eficacia de las resoluciones judiciales*. Ello implica que en la ejecución forzada prima una tutela judicial formal, pero que no es eficaz.

El procesalista brasileño Marinoni, propone reglas procesales abiertas como consecuencia del derecho fundamental a los medios ejecutivos adecuados (p. 36-38), que significa una evolución frente a su predecesor principio de la tipicidad de las formas ejecutivas, “que tenía el significado de impedir la utilización, por parte de las partes y del juez, de medios ejecutivos no expresamente previstos en la ley” (p. 36), dando lugar, por ejemplo, a la tutela anticipada, poniéndose énfasis en la tutela efectiva de los derechos materiales. Ello hace que se desarrolle la tutela inhibitoria, resarcitoria, del cumplimiento en forma específica, etc. Lo expuesto no sólo alcanza al actor, sino también al demandado. Las medidas que adopte el juez deben estar debidamente justificadas.

El derecho a la ejecución adecuada forma parte del principio de la tutela judicial efectiva, conforme al artículo 139 inciso 3) de la Constitución Política, tal como se ha delineado en la STC N° 4119-2005-AA/TC (fundamento 64). Asimismo, en la STC N° 02598-2010-PA/TC (fundamento 7), se enfatiza que la tutela judicial efectiva se conjuga con el principio de independencia judicial, ha precisado:

Pese a que nuestra jurisprudencia ha reiterado la relevancia del derecho a la ejecución de las sentencias y de la obligación que este derecho genera en los poderes públicos, conviene reiterar que

se trata de un derecho que se desprende no solo del derecho a la tutela judicial, sino que emana directamente de la cláusula del Estado democrático de derecho que recogen los artículos 3 y 43 de nuestra Constitución. De este modo, con el derecho a la ejecución de las sentencias se juega también la propia independencia judicial, en la medida que, si en el modelo del Estado constitucional de derecho, los jueces tienen, llegado el caso, la última palabra, toda vez que es a ellos a quienes corresponde definir el contenido y el límite de los derechos fundamentales, y si estos no tienen las posibilidades reales de ejercer sus competencias hasta concretar los derechos declarados o las pretensiones otorgadas a través de sus decisiones, entonces el modelo mismo del Estado constitucional basado en la dignidad humana y la tutela de los derechos fundamentales se pone en cuestión.

La argumentación se encuadraba en un caso en el que, al demandante –un servidor del Poder Judicial–, en la ejecución de un proceso de beneficios sociales, a pedido del Procurador Público del Poder Judicial, se le anuló un embargo en forma de retención. Esta nulidad realmente obstaculizaba el cumplimiento de una sentencia firme, que motivó el proceso de amparo, que afectaba la tutela judicial efectiva en la ejecución y la independencia judicial, por eso, en el fallo se invocó al Titular del Pliego Presupuestario del Poder Judicial a “actuar con lealtad y respeto a la Constitución y los derechos fundamentales, acatando las sentencias de los Jueces del propio Poder Judicial, enseñando con el ejemplo, el camino que deben seguir los demás poderes del Estado en defensa de la independencia del Poder Judicial”.

En ese mismo sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en la sentencia del caso *Hornsby* contra Grecia, de fecha 19 de marzo de 1997, en lo concerniente a la ejecución de las sentencias enfatizó que “será ilusorio si el ordenamiento jurídico interno de un Estado contratante permitiera que una sentencia judicial definitiva y obligatoria quedara inoperante en detrimento de una parte (...)”.

Asimismo, la doctrina expuesta por Alain Wandji Kamga orienta que la ejecución debe ser leal o correcta (cit. por Vargas Paves, p. 175). Esta apreciación es correcta, porque el ejecutado no puede, por ejemplo, tergiversar la información por señalamiento de afectación de bien libre señale uno o más

bienes libres de gravamen o bienes parcialmente gravados, a efectos que, con su realización, se cumpla el mandato de pago (artículo 692-A CPC, modificado por la Ley N° 30201; por su lado, el ejecutante no puede ocultar las cantidades abonadas parcialmente por el deudor.

En suma, como delinea Moreno Catena (2009, p. 29), *la actividad jurisdiccional no se agota en el juicio, sino que se extiende a otros momentos para lograr la efectividad de la tutela judicial, que conforman lo que se denomina proceso de ejecución; es decir, actuaciones que tienen como finalidad realizar por la fuerza lo ordenado en un título definitivo e irrevocable –sin perjuicio de los supuestos de ejecución provisional– (...).*

2. ESENCIA DE LA EJECUCIÓN FORZADA

El procesalista colombiano Hernando Morales M. (1973, p. 140) señala que *la ejecución forzosa sirve fundamentalmente a la realización de los derechos privados, y en esto reside su diferencia con relación a las restantes medidas de coacción usadas por el Estado, como son la ejecución de la pena en la persona del delincuente, el procedimiento coercitivo de policía y por ciertos aspectos la ejecución por jurisdicción coactiva cuando el Estado lo funda en un acto unilateral de imperio.*

La ejecución forzada se caracteriza por su actividad sustitutiva del ejecutor, específicamente “de la conducta del destinatario de la condena” (Moreno Catena, 2009, p. 31); la condena en lo civil se sustenta en las obligaciones. Si el deudor paga íntegramente con la intimación, obviamente no es necesaria la actividad sustitutiva. La ejecución forzosa es la adecuación de los medios para lograr en forma efectiva el cumplimiento de las obligaciones del deudor. La doctrina además de la expresión sustitutiva emplea el término expropiación.

Ledesma Narváez acerca de la actividad sustitutiva en la ejecución asevera: (...) *Si el condenado a pagar una cantidad de dinero no lo hace, el juez procederá enajenar bienes de aquel y con su producto pagar al acreedor ejecutante. Ello es posible porque se considera jurídicamente fungible la actividad de ejecutado sobre su patrimonio, esto es porque algunas conductas personales privadas pueden ser sustituidas de derecho por medio del ejercicio de la potestad pública atribuida al juez* (2008, p. 370).

La actividad sustitutiva en la ejecución no sólo se circunscribe a afectar bienes del ejecutado. Tomemos como ejemplo el apercibimiento en un pro-

ceso de otorgamiento de escritura pública; aquí la actividad sustitutiva de la formalización del acto jurídico lo realizará el juez⁽¹⁾. Contemporáneamente, en otras situaciones son de aplicación los *astreintes* y el *contempt of Court*.

3. MODELOS DE EJECUCIÓN FORZADA EN EL DERECHO COMPARADO

Como pone de relieve el procesalista argentino Berizonce (2013, pp. 283-287), la doctrina procesal europea, que influye preponderantemente en esta parte del Continente, ha puesto en debate la desjudicialización, total o parcial, de la ejecución forzada. Existen cuatro modelos de ejecución en lo civil (Reyes, 2013, p. 217):

- Modelo judicial.
- Modelo liberal.
- Modelo mixto.
- Modelo administrativo.

a) **Modelo judicial:** En el Perú, como coincidentemente en casi todos los países de Latinoamérica, la ejecución forzada tiene preeminencia al tradicional modelo judicial; se refleja la imagen ortodoxa que tiene la *executio* en la jurisdicción. El remate clásico tuvo la participación del martillero público. Esto ha cambiado en gran parte. Según la Segunda Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley N° 30229, Ley que adecua el uso de las tecnologías de la información y comunicaciones en el sistema de remates judiciales y en los servicios de notificaciones judiciales, publicada el 12/07/2014, se instaura el remate judicial electrónico⁽²⁾.

(1) Artículo 709 del CPC. - Obligación de formalizar

Cuando el título contenga obligación de formalizar un documento, el Juez mandará que el ejecutado cumpla su obligación dentro del plazo de tres días.

Vencido el plazo sin que se formule contradicción o resuelta ésta declarándose infundada, el Juez ordenará al ejecutado cumpla con el mandato ejecutivo, bajo apercibimiento de hacerlo en su nombre.

(2) Artículo 731 CPC. Convocatoria

Aprobada la tasación o siendo innecesaria esta, el Juez convocará a remate. El remate o la subasta de bienes muebles e inmuebles se efectúan por medio del Remate Judicial Electrónico (REM@JU) si no existe oposición de ninguna de las partes o de terceros legitimados de ser el caso, conforme con la ley especial sobre la materia.

Ahora el remate o subasta judicial electrónica es realmente un binomio jurisdiccional-administrativo. Ello se desprende de la Ley N° 30229, así como su Reglamento, aprobado por D.S. N° 003-2015-JUS. Se reafirma tal naturaleza mixta por las disposiciones emanadas por la Comisión Ejecutiva del Poder Judicial, como es la Directiva N° 001-2020-CE-PJ, Normas para la realización del remate electrónico judicial y el procedimiento de ejecución del remate electrónico judicial (REM@JU), aprobada mediante la Resolución Administrativa N° 015-2020-CE-PJ, publicada el 08/02/2020.

También resulta una variante jurisdiccional-administrativa es el Registro de Deudores Judiciales Morosos, apercibimiento regulado en el artículo 692-A del CPC, modificado por el artículo 5 de la Ley Nro. 30201, publicada el 28/05/2014, cuyo Reglamento de la Ley que crea el Registro de Deudores Judiciales Morosos, aprobado por Decreto Supremo N° 11-2014-JUS, del 27/12/2014; asimismo, mediante R.A. N° 024-2016-CE-PJ, publicada el 03/02/2016, se ha oficializado el Registro de Deudores Judiciales Morosos (REDJUM), adscrito al Registro Nacional de Gerencia de Servicios Judiciales y Recaudación de la Gerencia General del Poder Judicial; y se ha aprobado una Directiva (N° 001-2016-CE-PJ) en donde se establece los procedimientos de inscripción y cancelación en el registro de deudores judiciales morosos, así como el procedimiento de expedición de certificado de deudor judicial moroso.

b) Modelo liberal: En este modelo, la ejecución también lo realizan los jueces, que son apoyados por agentes judiciales. En Francia, la ejecución forzada es competencia del *juge de l'exécution*, siendo apoyada y confiada a los *huissiers de justice*, que no dependen del Poder Judicial, sino del Ministerio de Justicia. La denominación de modelo liberal es que los *huissiers de justice* perciben honorarios y sostienen su propio personal; por lo demás, éstos son pasibles de responsabilidad civil, penal y disciplinaria. En inglés aquella expresión gala es denominada *judicial officers*⁽³⁾.

En los demás casos, el remate público es realizado por martillero público hábil.

- (3) Estos órganos de auxilio judicial están agrupados en la *Union Internationale des Huissiers de Justice, the International Union of Judicial Officers (UIHJ)*, que agrupa a sus afiliados de todo el mundo, en calidad de ONG miembro del Consejo económico y social de la ONU. Fuente: <https://www.uilh.com/>, consultado el 03/02/2021.

El cargo de los *huissiers* se remonta al siglo XIII, que, en un inicio, se compraba hasta que llegó la Revolución francesa; posteriormente, en el año 1990, se les permite trabajar en empresas comerciales. Desde el año 2011, los *huissiers de justice* están autorizados para trabajar como empleados de empresas de ejecutores (Reyes, 2012, p. 245). Además, de Francia, encontramos estos órganos de auxilio judicial en Bélgica, Luxemburgo, los Países Bajos y Quebec.

c) Modelo mixto: Responde a unas variantes del modelo judicial con el modelo liberal. El modelo mixto es empleado en Inglaterra y Alemania (Reyes, 2012, pp. 225 y 226). Así, en Inglaterra, el acreedor, de acuerdo con la cuantía de la sentencia a ejecutar menores de £ 600, se dirigirá a los alguaciles del tribunal del Condado (*county court bailiffs*) y las sentencias mayores de £ 5.000 son ejecutadas por los Oficiales de Ejecución de la Corte Superior (*High Court Enforcement Officers*). En Alemania, va a depender si lo que se va a ejecutar es un bien mueble o un bien inmueble. En el primer caso, el ejecutar se llama *Gerichtsvollzieher* que es independiente; y, en el segundo, la ejecución es realizada por el *Rechtspfleger*.

d) Modelo administrativo: Se emplea en Suiza, Suecia y Finlandia, países en los que la ejecución forzada es realizada por una autoridad administrativa. En Suiza, la ejecución forzada recae en la Oficinas de Quiebras y Ejecución de deuda, que se regula en una ley federal de 1889. En Suecia, el *Kronofogdemyndigheten* también tiene una índole administrativa, que ejecuta las deudas públicas y privadas. En Finlandia, la designación del ejecutor corresponde a la Oficina Administrativa Nacional de Ejecución. En la doctrina, Nieva Fenoll participa de la idea que la ejecución civil se trata de una actividad administrativa, “sobre todo en cuanto se refiere a las labores de búsqueda del patrimonio y a la realización del mismo” (2006, p. 139); otra opinión, en similar sentido, es que la jurisdicción no es parte de la jurisdicción, “pero ello no significa que no pertenezca al Derecho Procesal (...)” (Ríos Muñoz, 2020, p. 209), y, más adelante este último autor puntualiza que, la jurisdicción equivale a resolver pacíficamente un conflicto de intereses intersubjetivo relevante que podrá conllevar a la cosa juzgada. “En tanto, la ejecución es algo distinto que se inicia precisamente después de que ha operado la cosa juzgada (salvo en las sentencias que producen ejecución provisional) y por ello podemos distinguir claramente entre actividad jurisdiccional y actividad ejecutiva” (p. 213). En puridad, la naturaleza jurídica de la ejecución forzada dependerá de la configuración de cada ordenamiento procesal.

4. LOS LINEAMIENTOS DE LA EJECUCIÓN

a) Sentido de la tutela judicial efectiva en la ejecución

En adición a lo desarrollado *ut supra* (numeral 1), la ejecución forzosa o propia procesalmente requiere un equilibrio tanto del acreedor como del deudor, con criterios como los de razonabilidad o proporcionalidad. En general, para Peyrano (2011, p. 299), el sentido de la proporcionalidad es el siguiente:

Lo que caracteriza a la llamada proporcionalidad utilitaria es que radica en un juicio mediante el cual se verifica si una solución jurisdiccional resulta la vía más adecuada para alcanzar el fin institucional que se debía conseguir. Si dicho juicio fuera desfavorable, se considerará que la solución elegida es desproporcionada y por ende susceptible de ser impugnada exitosamente por los carriles legalmente contemplados (y el recursivo es sólo uno de los posibles).

Poner énfasis solamente en una de las partes conduciría a una afectación a la tutela judicial efectiva. Así como el acreedor tiene derecho a pedir el cumplimiento coactivo o forzoso de una obligación, no puede ese cumplimiento forzoso prescindir del debido proceso. Sobre este punto, Berizonce expone (2013, p. 287):

La protección es debida a ambas partes: frente al derecho a la satisfacción plena de uno se alza una prerrogativa no menos atendible que conduce al imperativo de no dañar innecesariamente al deudor. Un juicio de ponderación o proporcionalidad, que balancee adecuadamente los intereses de ambas partes, cotejando las ventajas que se derivarían para el acreedor con los sacrificios impuestos al deudor, evitando de esa manera todo desequilibrio o inadecuación en relación a las finalidades de la satisfacción ejecutiva del crédito.

b) Dimensión de los principios dispositivo y de autoridad

La ejecución forzosa se encuentra delineada mayormente por el principio dispositivo. El inicio de esta ejecución es a instancia de parte (artículo 690-A del CPC). El ejecutante inicia la ejecución forzosa con un título ejecutivo judicial o extrajudicial, cuya obligación es cierta, expresa y exigible, y, si la obligación fuese dineraria debe ser líquida o liquidable aritméticamente. Des-

de luego, conforme a los alcances del carácter dispositivo, las partes pueden llegar a una solución autocompositiva del conflicto, e incluso entre éstas cabe la celebración de un acto jurídico posterior a la sentencia, según los alcances del artículo 339 del CPC.

La aplicación del principio de autoridad se expresa en el mandato ejecutivo, en cuanto le permite al juez adecuar el apercibimiento en caso de “exigencias no patrimoniales” (artículo 690-C del CPC). También el juez de plano denegará la ejecución cuando el título ejecutivo no reúna los requisitos formales (artículo 690-F del CPC).

Según Pérez Ragone (2011, p. 724), en la organización descentralizada de la ejecución forzosa rigen principalmente el principio dispositivo y el aporte de información de partes; el modelo centralizado prima el principio de oficialidad, inquisitivo o de autoridad, por ejemplo, para obtener la información necesaria de los bienes que se pudieran afectar en la ejecución.

En el Proyecto del Nuevo CPC (2021) enarbola el principio dispositivo en la ejecución, aunque admite una excepción para la iniciativa de la ejecución por la autoridad, esto es, cuando el “ejecutante se encuentre en manifiesta situación de vulnerabilidad” (artículo 625). La situación de vulnerabilidad nos parece justificado en casos como alimentos o a favor de personas con discapacidad.

c) Buena fe procesal en la ejecución

La buena fe, en general, se representa como la interrelación entre la moral y el derecho, aunque claro, cada una de estas disciplinas, tiene un territorio autónomo. Aquel principio general tiene un tratamiento especial en el campo procesal (artículo IV del Título Preliminar del CPC). La buena fe procesal ha sido profundamente desarrollada por Picó i Junoy (2003); en nuestro medio ha sido abordado por Priori (2008, pp. 325-341). Específicamente, acerca de la mala fe procesal y la ejecución, se puede consultar al mismo Picó i Junoy, en otra obra (2008, pp. 27-62).

En general, la conducta opuesta a la buena fe procesal es actuar temerariamente o con mala fe procesal (artículo 112 del CPC). Por ejemplo, la transparencia en la información en la ejecución forzosa permite la regulación de señalamiento de bien libre de gravamen, bajo apercibimiento que el obligado será registrado en el Registro de Deudores Judiciales Morosos (artículo 692-

A del CPC). Aunque, nota aparte, esta solución no viene siendo satisfactoria, por la poca eficacia de esa medida coercitiva.

De la buena fe procesal aparecen otras categorías como el abuso del proceso (o abuso de las situaciones jurídicas procesales) y el fraude procesal. El abuso del proceso en la ejecución puede darse tanto del ejecutante como del ejecutado. Un acreedor que tiene garantizado su crédito con un bien determinado, aquél no puede pedir medidas cautelares sobre otros bienes del deudor, salvo que el valor de los bienes gravados no cubra el importe de lo adeudado por capital, intereses, costas y costos; el ejecutado no debiera afirmar falazmente que ha pagado, cuando realmente no es cierto. Por último, el fraude procesal es el fundamento de nuestra cosa juzgada fraudulenta (revisión civil).

El Proyecto del Nuevo CPC (2021) es prolijo en regular la mala fe procesal en la ejecución: artículos 628⁽⁴⁾ (ineficacia de acto fraudulento), 629⁽⁵⁾

(4) **Artículo 628. Ineficacia de acto fraudulento**

El juez valora la conducta procesal de las partes y si advierte el ejercicio abusivo o de mala fe del derecho en alguna de las partes, rechaza el acto procesal y según la gravedad del comportamiento, emite un apercibimiento o impone multa.

Toda venta o acto de disposición o gravamen de bienes o derechos, a título gratuito u oneroso, a través de actos civiles, comerciales o societarios o de cualquier otra índole realizado por el ejecutado con posterioridad a la sentencia definitiva, a la orden de cumplir con el mandato o al emplazamiento con la demanda ejecutiva en el proceso de ejecución de títulos extrajudiciales, es considerado fraude en la ejecución.

El ejecutante comunica este hecho al juez, quien notifica al ejecutado y al tercero adquirente para que en el plazo de seis (6) días ejerzan su derecho de defensa. Con la absolución del traslado o sin ella, el juez puede declarar el fraude a la ejecución, en cuyo caso el acto cuestionado es ineficaz respecto del ejecutante.

Esta declaración se inscribe en el registro correspondiente, y se realiza sin perjuicio de las multas a que hace referencia el inciso 2 del artículo 634, así como de la remisión de actuados al Ministerio Público, bajo responsabilidad.

Contra lo resuelto solo cabe apelación con efecto suspensivo. Contra la decisión que resuelva esta apelación no cabe casación.

El tercero emplazado con este incidente que haya conocido o podido conocer del proceso judicial, no puede interponer tercería.

(5) **Artículo 629. Actos de obstrucción a la ejecución**

El ejecutado incurre en actos de obstrucción a la ejecución en los siguientes casos:

1. Fraude a la ejecución.
2. Oposición maliciosa a la ejecución.

(actos de obstrucción a la ejecución), 681⁽⁶⁾ (fraude a la ejecución) y 725⁽⁷⁾ (sanción a la obstrucción de la ejecución).

d) Principio de la adecuación y limitación de la agresión ejecutiva

Este principio, por otro sector de la doctrina, también es conocido como principio del sacrificio mínimo del patrimonio del deudor (Parra Quijano, 2014, pp. 207-208). Sobre aquel principio, Pérez Ragone (2011, p. 727) expone: *La agresión al ámbito patrimonial o personal del deudor por parte del Estado está limitada por ciertas disposiciones que tienden a resguardar la afectación de la dignidad del deudor*. En tal sentido, en el ordenamiento procesal peruano, se regula la limitación cautelar en la ejecución (artículo 692 del CPC). En ese sentido, por ejemplo, el juez, en el mandato ejecutivo de una obligación de hacer, puede adecuar la intimación atendiendo a la naturaleza de la obligación (artículo 707 del CPC).

En Roma el proceso de ejecución se articuló entre un sistema personal (el deudor respondía con su cuerpo) y un sistema patrimonial (Kaser, 1982, pp. 390-391). Esta idea es también desarrollada por Herrera Montañez y Correa Medina (2012, pp. 11-18). En la precitada civilización, antes de la promulgación de la *Lex Poetelia Papiria* (326 a. C.), la persona del deudor era

-
3. Obstrucción a la realización del embargo.
 4. Resistencia injustificada o violenta a las órdenes judiciales.
 5. Ocultamiento de bienes.

Sin perjuicio de las multas contempladas en el inciso 2 del artículo 634, si el juez comprueba cualquiera de estos actos ordena una multa no mayor del veinte por ciento (20%) del valor a ser ejecutado, la cual es cobrada en el mismo cuaderno. Esta obligación es solidaria entre el ejecutado, el abogado y el representante, si lo hubiera. Si a pesar de las multas impuestas el ejecutado o cualquier tercero realiza alguna de las conductas previstas en los incisos precedentes, el juez puede disponer su detención hasta por un plazo de cuarenta y ocho (48) horas.

(6) **Artículo 681. Fraude a la ejecución**

El juez, en cualquier momento y de oficio o a pedido de parte, puede solicitar información a las instituciones financieras a efectos de constatar la existencia de fraude a la ejecución. En dicho caso, adopta las medidas coercitivas y sancionatorias pertinentes.

(7) **Artículo 725. Sanción a la obstrucción de la ejecución**

Los pedidos de intervención que sean manifiestamente improcedentes o infundados son considerados como actos de obstrucción de la ejecución. El juez tiene el deber de sancionar al interviniente de mala fe de conformidad con lo previsto en los artículos 629 y 630.

la que quedaba obligada (*nexum*), y que se conjugaba con la *manus injectio* “era ella la que respondía del cumplimiento de la obligación con su vida, con su honor, con la ciudadanía (pues perdía la libertad y se le reducía a la condición de esclavo, cuando menos), como también con todas las cosas que tenía el deudor, es decir, aquellas cosas que eran susceptibles de apropiarse por el acreedor; pero esto sólo ocurría una vez que hubiera acaecido la muerte civil del deudor o cuando ocurriera la muerte física” (Mora G., 1973, p. 2).

De allí apareció otro instrumento como la *pignoris capio* (prenda), que permitía a determinados acreedores privilegiados entrar en posesión de los bienes muebles del deudor sin necesidad de juicio previo, a fin de constreñir o presionar al obligado para que cumpliera la obligación especial que debía. Después aparecen otros mecanismos que recaen sobre los bienes del deudor, tales como la *missio in possessionem bonorum*, la *bonorum venditio*, la *cessio bonorum*, la *pignus in causa iudicati* y la *bonorum distractio*. Desde entonces paulatinamente van evolucionando hacia el aseguramiento del cumplimiento de la obligación con las medidas cautelares para futura ejecución forzada. La prisión por deudas está proscrita, salvo para el cumplimiento de las obligaciones alimenticias (artículo 2, numeral 24, literal c de la Constitución)⁽⁸⁾. En fin, para una detallada explicación de la evolución histórica de la ejecución puede consultarse a la profesora Ariano Deho (1996, pp. 11-89)

En la actualidad, como pone de relieve Berizonce (2013, p. 282), entre los medios de coacción en la ejecución forzosa se encuentran las *astreintes* y el *contempt of Court*. El primero lo tenemos regulado en el artículo 53 inciso 1 del CPC⁽⁹⁾ y el artículo 62 de la Ley Procesal del Trabajo⁽¹⁰⁾; el segundo,

(8) En la civilización ha habido períodos en los que se aplicaba la prisión por deudas. Un caso es el que vivió de niño Charles Dickens. El padre de este famoso escritor inglés fue a prisión por insolvente (deudas con un panadero y un carnicero); un insolvente podía vivir en prisión con su familia. Esta situación, en general, concluyó en Inglaterra con la Ley de Quiebras (*Bankruptcy Act*) de 1869.

(9) Artículo 53.- En atención al fin promovido y buscado en el Artículo 52, el Juez puede:

1. Imponer multa compulsiva y progresiva destinada a que la parte o quien corresponda, cumpla sus mandatos con arreglo al contenido de su decisión.

La multa es establecida discrecionalmente por el Juez dentro de los límites que fija este Código, pudiendo reajustarla o dejarla sin efecto si considera que la desobediencia ha tenido o tiene justificación.

(10) Artículo 62º.- Incumplimiento injustificado al mandato de ejecución. Tratándose de las obligaciones de hacer o no hacer si, habiéndose resuelto seguir adelante con la ejecución, el obligado no

cuya traducción es desacato al Tribunal, es propio del *Common Law*, que se clasifica en *contempt of Court*: a) *direct* –corresponde a los agravios cometidos directamente al Tribunal– y b) *constructive o indirect* –que corresponde a las medidas que adopta el Tribunal ante la obstrucción en la ejecución–. Este último tiene como fuente el caso *Maryott v. Maryott* N 124 Neb. 274, 246 N.W. 343 (Campbell Black, 1968, p. 390). Asimismo, por la materia el *contempt of Court* puede ser civil o penal.

e) Principios de celeridad, economía procesal y concentración de las actuaciones ejecutivas: Estos principios tienen un natural recorrido en la ejecución forzosa, entre otras razones, porque el derecho se encuentra constituido por el título ejecutivo. A su vez, lo expuesto conlleva que los medios probatorios de la contradicción contra el mandato de ejecución sean limitados.

5. EL TÍTULO EJECUTIVO. CONCEPTO, NATURALEZA JURÍDICA Y CLASES

En principio, el título ejecutivo es aquel documento que la ley procesal atribuye al acreedor frente al deudor la suficiencia necesaria para exigir el cumplimiento forzado de la obligación. Uno de los presupuestos de la ejecución forzosa es el título ejecutivo: *Nullum executio sine titulo*. El elenco de títulos ejecutivos se encuentra taxativamente predeterminado en la norma procesal (artículo 688 del CPC). El carácter de documento del título ejecutivo se remonta al siglo XIII con la actividad mercantil en las ciudades italianas, en las que surgió el denominado pacto ejecutivo (*pactum executivus*). El deudor se sometía en caso de incumplimiento a la ejecución inmediata sin juicio ordinario previo. Este pacto constaba por escrito en documentos que contenían la cláusula de garantía.

El siglo pasado la doctrina italiana debatió la naturaleza jurídica del título ejecutivo. Por un lado, se asevera que el título ejecutivo se expresaba en el documento (Carnelutti); por otro lado, sostenía que en sí el título ejecutivo se sostenía con el acto constitutivo (Liebman). Ariano Deho (1996, p. 183) resume el final de aquella polémica:

cumple, sin que se haya ordenado la suspensión extraordinaria de la ejecución, el juez impone multas sucesivas, acumulativas y crecientes en treinta por ciento (30%) hasta que el obligado cumpla el mandato; y, si persistiera el incumplimiento, procede a denunciarlo penalmente por el delito de desobediencia o resistencia a la autoridad..

(...) ambas partes se vieron precisadas a admitir las buenas razones de ambas posiciones contrastantes: así CARNELUTTI se vio precisado a admitir que cuando el título es definido como documento, es claro que su eficacia depende no sólo del continente, sino además del contenido, esto es, no sólo de algo que representa, sino lo que está representando, mientras que LIEBMAN no pudo dejar de admitir que se “llaman títulos ejecutivos también los documentos que acreditan la existencia de los actos y en tal sentido el título ejecutivo está constituido por requisitos sustanciales (referentes al *acto*) y requisitos formales (referentes al *documento*).

En la actualidad, el debate parecía superado, pero su fuego parece incandescente o rusiente. Montero Aroca (2004, p. 90) sobre la dicotomía entre acto jurídico y documento expone que el *acto jurídico no es lo esencial para fijar el hecho constitutivo del título ejecutivo (...); tanto como observar que la inexistencia del acto jurídico, siempre que exista documento, no impide poner en marcha la ejecución, mientras que lo mismo no ocurre al revés, es decir, la inexistencia del documento siempre comporta la inexistencia del título.*

En un inicio, nuestro CPC estableció que había títulos ejecutivos (de índole extrajudicial) y títulos de ejecución (de índole judicial), pero el año 2008 con la reforma al artículo 692 de la ley adjetiva por el artículo único del Decreto Legislativo N° 1069, se reconduce definitivamente la naturaleza jurídica de los títulos ejecutivos en extrajudiciales y judiciales. Inclusive los títulos valores inmateriales para que sean considerados como título ejecutivo requiere que esté contenido en un documento⁽¹¹⁾. Eso sí esta dualidad de clases de títulos ejecutivos no conduce a que existan dos distintos procesos de ejecución⁽¹²⁾, sino que se establece un proceso único de ejecución

Además del detallado elenco de títulos ejecutivos de los incisos 1 a 10 del artículo 692 del CPC, el numeral 11 es remisivo a los que la ley le asigne

(11) Ello en el sentido, que el ejecutante, en un título valor inmaterial, adjuntará la constancia de inscripción y titularidad expedida por la Institución de Compensación y Liquidación de Valores (artículo 692 inciso 5 del CPC).

(12) La dualidad de ejecuciones según el título tuvo como referente histórico la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1855, que fue proseguida en la LEC de 1881; en realidad, ambas leyes procesales tuvieron un rumbo distinto en el Derecho Comparado, que se inclinó por un proceso único de ejecución.

mérito ejecutivo. Esa ley siempre tendrá una naturaleza procesal, así no esté explícitamente consagrado en el CPC. Ello porque la norma procesal es instrumental, formal y dinámica (Monroy Gálvez, 2007, pp. 304 y 305).

La doctrina establece que el título ejecutivo de reunir requisitos de forma y de fondo. Devis Echandía (1978, p. 559) expone: *Los primeros son que se trate de documentos que estos tengan autenticidad que emanen de la autoridad judicial, o de otra clase si la ley lo autoriza, o del propio ejecutado o de su causante cuando aquel sea heredero de este. Los segundos son: que de esos documentos aparezca una obligación clara, expresa, exigible y además líquida o liquidable por una obligación clara, expresa, exigible y además líquida o liquidable por simple operación aritmética si se trata de pagar una suma aritmética.*

El título ejecutivo es calificado mediante un auto denominado mandato ejecutivo (artículo 690-C del CPC), conocido también como orden de pago (*mandatum de solvendo*); al respecto, Villamil (2014, p. 415) especifica que en aquella resolución el “*juez califica la idoneidad del título ejecutivo y ordena al demandado cumplir la obligación en la forma pedida en la demanda que, desde luego, debe reflejar la obligación que vive en el título, obligación que puede ser de dar, hacer o no hacer (...)*”.

El Proyecto del Nuevo CPC (2021) va por la siguiente bifurcación: ejecución de sentencia y ejecución de títulos extrajudiciales, c/u de ellas con sus correspondientes títulos ejecutivos (artículos 630 y 658) y particulares procedimientos, que dejan a la lontanza el vigente proceso único de ejecución, a pesar que en la Exposición de Motivos del Proyecto de Reforma del CPC (2018). se justifique diciendo que las “*disposiciones contenidas en una o en otro son mutuamente intercambiables, para asegurar la mayor efectividad de los derechos*” (p. 24). No obstante, en dicho Proyecto no hay norma que así lo precise. En todo caso, hubiera sido óptimo una parte común o general de la ejecución.

6. PRESUPUESTOS DE LA EJECUCIÓN. OBLIGACIÓN CIERTA, EXPRESA Y EXIGIBLE

Los presupuestos de la ejecución, y que se manifiesta en un título ejecutivo, es que la obligación debe ser: a) cierta, b) expresa y c) exigible. Si la obligación es de dar suma de dinero, debe ser, además, líquida o liquidable mediante operación aritmética (artículo 689 del CPC).

La obligación es cierta cuando su prestación se encuentra claramente determinada en el título ejecutivo. En tal sentido, no es necesario otro medio de prueba para demostrarla. Por ejemplo, la obligación contenida en una letra de cambio; la sentencia firme en un proceso de condena. Desde luego, el no cumplimiento de la certeza puede ser invocada por el ejecutado en su contradicción.

¿Es posible cobrar en la vía ejecutiva lo pactado en una cláusula penal? No resulta procedente disponer, en vía ejecutiva, el pago de una cláusula penal, puesto que se trata de una obligación sujeta a limitaciones, que puede ser objeto de reducción judicial tal como lo dispone el artículo 1346 del Código Civil, lo que a su vez impone la necesidad de debate y la prueba para su cabal esclarecimiento, lo que resulta incompatible con la naturaleza expeditiva del proceso ejecutivo. Así se resolvió en la Casación N° 3192-1998 Callao, de fecha 1/06/1999 y en la Casación N° 1381-2008 La Libertad de fecha 17/06/2008.

Otro caso: alquiler de maquinaria (Casación N° 2760-2007 Lima, de fecha 23/06/2008). Las partes habían acordado un pago mínimo por 180 horas de alquiler de máquina, pero éstas estipularon además que la liquidación debía ser de mutuo acuerdo, teniendo en cuenta el contador de horas de operación que tiene el equipo. El Juez declaró fundada la demanda ejecutiva y ordenó llevar adelante la ejecución; la Sala Civil Superior revoca la apelada, que declara fundada la demanda, reformándola la declara improcedente, porque no puede existir suficiente certeza para habilitar la vía ejecutiva respecto del monto que realmente debe pagarse por concepto de arrendamiento mensual, ya que no es posible establecer en autos si el equipo alquilado se encontraba operativo a entera satisfacción de la empresa arrendataria o si el mismo estuvo o no paralizado por fallas no atribuibles a las partes durante el periodo adeudado; se deja a salvo a la actora haga valer su derecho en la vía lata. Infundada la casación.

En lo concerniente a la obligación expresa, aquella consta en el título ejecutivo de manera inteligible y explícita. Por ejemplo, el deudor no está obligado a los intereses convencionales, si éstos no formaron parte de la transacción extrajudicial; el deudor quedará obligado a los intereses legales.

La obligación es exigible cuando puede demandarse al deudor. La obligación exigible es aquella que no está sujeta a plazo o condición, o de haberla estado se ha vencido el plazo o cumplido la condición. “Es exigible (la obliga-

ción), cuando se refiera a una obligación pura, simple y si tiene plazo, que este haya vencido y no esté sujeta a condición... Casación N° 784-2001/Lambayeque, publicado en *El Peruano*, el 05/11/2001, p. 7850 y 7851.

La obligación líquida o liquidable se aplica en las obligaciones de dar suma de dinero. La determinación exacta de la obligación es mediante una simple operación aritmética. No puede haber una obligación ilíquida. Por ejemplo, que de manera genérica el acreedor afirme que el deudor le pague lo que lo debe. La obligación es líquida o liquidable cuando está determinada en el título. Por ejemplo, en un pagaré se establece el monto de la obligación y los intereses moratorios mensuales del 1.50%.

7. CLASIFICACIÓN DEL PROCESO DE EJECUCIÓN

Después de la reforma al CPC por el Decreto Legislativo N° 1069 (2008), se ha fincado el proceso único de ejecución, que se vertebra con disposiciones generales; luego toma cuerpo con la ejecución de las obligaciones de dar, hacer y no hacer. También, se regula la ejecución de resoluciones judiciales; la ejecución de garantía; y, por último, la ejecución forzada. En realidad, existe un proceso único de ejecución, pero con varios procedimientos.

Desde el punto de vista de la doctrina, Ramos Méndez (1992, pp. 1000-1002) propone esta clasificación:

- a) Ejecución inmediata o ejecución provisional. Esta ejecución no requiere que aún exista una sentencia firme. Su ámbito natural se ubica en los procesos de condena. Por ejemplo, en materia de alimentos.
- b) Ejecución de títulos jurisdiccionales y extrajurisdiccionales. Los primeros, por ejemplo, son las sentencias y laudos firmes; los segundos la letra de cambio, el pagaré, la transacción extrajudicial, etc.
- c) Ejecución específica y genérica. En la ejecución específica la obligación está determinada en el título ejecutivo, aplicable en las obligaciones de entregar un bien mueble, de hacer y no hacer. La ejecución genérica es propia del pago de una cantidad de dinero.
- d) Ejecución propia e impropia. La ejecución propia es para los procesos de condena; la impropia para los otros tipos de procesos, como ocurre en los procesos declarativos y constitutivos.

- e) Ejecución específica y genérica. En la ejecución específica la obligación está determinada en el título ejecutivo, aplicable en las obligaciones de entregar un bien mueble, de hacer y no hacer. La ejecución genérica es propia del pago de una cantidad de dinero.
- f) Ejecución propia e impropia. La ejecución propia es para los procesos de condena; la impropia para los otros tipos de procesos, como ocurre en los procesos declarativos y constitutivos.

8. CONCLUSIONES

- 1) La ejecución forzada, propia de los procesos de condena, se enmarca en la tutela judicial efectiva. No sólo se trata de una obligación cierta, expresa y exigible contenida en un título ejecutivo, sino que si el ejecutado no cumple su obligación, se procederá a su cumplimiento forzado. No obstante, la ejecución en el CPC es una de las instituciones técnicamente menos logradas, que ha agudizado aún más la cabal y completa solución de los conflictos jurídicos.
- 2) La ejecución forzosa o propia procesalmente requiere un equilibrio tanto del acreedor como del deudor, con criterios como los de razonabilidad o proporcionalidad. Por ello, la tutela judicial efectiva no sólo se encuentra en la esfera jurídica del ejecutante, sino también en la esfera jurídica del ejecutado.

9. BIBLIOGRAFÍA

- Ariana Deho, E. (2014). En la búsqueda de la eficiencia de la tutela ejecutiva. En: En: G. Priori Posada, editor. *Efectividad y ejecución de las resoluciones judiciales*. Lima: Palestra, pp. 565-577.
- Ariano Deho, E. (1996). *El proceso de ejecución*. 1era ed. Lima: Rodhas.
- Berizonce, R. O. (2013). El justo proceso de ejecución y la efectividad de la tutela judicial. *Derecho & Sociedad*, N° 41, pp. 279-287.
- Campbell Black, H. (1968). *Black's Law Dictionary*. 4th edition ed. St. Paul: West Publishing.
- De Diego Diez, A. (2016). Exclusiones y límites del derecho a la ejecución del fallo. En: *Nuevos horizontes del Derecho Procesal. Libro homenaje al Prof. Ernesto Pedraz Penalva*. Barcelona: JB Bosch, pp. 105-133.

- Devis Echandía, H. (1978). *Compendio de Derecho Procesal*. Bogotá: ABC.
- Herrera Montañez, D. A. (2012). *Título ejecutivo. Presupuesto de ejecución e instrumento de intimación al pago*. Bogotá: Universidad del Rosario.
- Kaser, M. (1982). *Derecho Romano Privado*. 2ª edición ed. Madrid: Reus.
- Ledesma Narváez, M. (2008). *Los nuevos procesos de ejecución y cautelar*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Marinoni, L. G. (2014). Derecho fundamental a los medios ejecutivos adecuados. En: G. P. Posada, ed. *Efectividad y ejecución de las resoluciones judiciales*. Lima: Palestra, pp. 25-41.
- Morales M., H. (1973). *Curso de Derecho Procesal Civil. Parte especial*. 6ta ed. Bogotá: ABC.
- Montero Aroca, J. y J. F. M. (2004). *Tratado de proceso de ejecución civil*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Mora G., N. (1973). *Procesos de ejecución*. 2da. edición ed. Bogotá: Temis.
- Moreno Catena, V. (2009). *La ejecución forzosa*. Lima: Palestra.
- Nieva Fenoll, J. (2006). *La cosa juzgada*. Barcelona: Atelier.
- Parra Quijano, J. (2014). Principios esenciales del proceso ejecutivo, para que la administración de justicia sea efectiva. En: G. Priori Posada, editor. *Efectividad y ejecución de las resoluciones judiciales*. Lima: Palestra, pp. 205-212.
- Pérez Ragoné, Á. (2011). Principios de la ejecución civil singular. En: *Principios procesales*. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, pp. 685-749.
- Peyrano, J. W. (2011). El principio de proporcionalidad y su influencia en las decisiones judiciales. En: *Principios procesales*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, pp. 299-308.
- Picó i Junoy, J. (2008). Mecanismos de control de la mala fe procesal en la ejecución civil. En: *La ejecución civil: problemas actuales*. Barcelona: Atelier, pp. 37-62.
- Picó y Junoy, J. (2003). *El principio de buena fe procesal*. Barcelona: Bosch.
- Priori Posada, G. (2008). El principio de buena fe procesal, el abuso del proceso y el fraude procesal. *Derecho & Sociedad*, Issue 30, pp. 325-341.

- Ramos Méndez, F. (1992). *Derecho Procesal Civil*. 5ta edición ed. Barcelona: Bosch.
- Reyes, N. J. (2013). Modelos de ejecución de sentencias civiles en Europa: experiencias para la implementación de reformas. En: *Aportes para un diálogo sobre el acceso a la justicia y reforma civil en América Latina*. Santiago: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, pp. 217-373.
- Ríos Muñoz, L. P. (2020). *Proceso y principios. Una aproximación a los principios procesales*. Barcelona: Bosch.
- Vargas Pavez, M. (2013). Investigación exploratoria sobre la ejecución civil en América Latina. En: *Aportes para un diálogo sobre el acceso a la justicia y reforma civil en América Latina*. Santiago: Centro de Estudio de Justicia de las Américas, pp. 167-216.
- Villamil Portilla, Edgardo (2014). Algunos escolios sobre el proceso ejecutivo en el Código General del Proceso. En: H. Cruz Tejada, ed. *El proceso civil a partir del Código General del Proceso*. Bogotá: Universidad de los Andes, pp. 415-444.

EL PROCESO CIVIL EN EL PERÚ:

Visión constitucional, doctrinaria, histórica, ideológica

Jorge Andújar Moreno (*)

INTRODUCCIÓN

La historia del Derecho procesal es una parcela del derecho público que ha sido abordado escasamente por algunos destacados estudiosos como *Jorge Basadre*, *Carlos Ramos* y *Javier Vargas*, entre otros. Los estudios en esta materia han preferido el análisis de los códigos sustantivos clásicos como el Civil y Penal, que cuentan por ello con una profusa bibliografía.

Este ensayo se plantea llenar ese vacío con un estudio integral, de conjunto, que revise las normas procesales, los códigos y sus proyectos, la doctrina más resaltante, su ideología, los aportes sustanciales de las Constituciones, la estructura básica del sistema de justicia, todo bajo una visión detallada y crítica.

1. LEYES PROCEDIMENTALES Y ÓRGANOS DE JUSTICIA EN EL VIRREINATO

Debido a que lo que se conoce como ciencia del proceso empieza a cuajarse con los decisivos aportes de la escuela alemana e italiana a fines del s. XIX y comienzos de XX, en los tiempos de la colonia no existía entonces propiamente esta disciplina jurídica. El estudio del proceso en ese período se reducía a establecer y controlar los plazos, las formas, requisitos, las engorrosas reglas prácticas, es decir, el aspecto externo de los juicios, que se conoce como procedimiento judicial.

Bajo este esquema, la primera es la *Ley de las Siete Partidas*, del rey Alfonso X de Castilla *El sabio* de 1256, que en la partida III, se refiere a la justicia, los juicios y regula las actuaciones de los agentes judiciales, pruebas, sentencias, apelaciones y ejecución. Incluye algunos modelos de actos procesales.

(*) Abogado, Magister en Derecho Civil y Comercial y Doctor en Derecho y Ciencia Política por la UNMSM, Profesor Ordinario de la UNFV.

Se refiere con detalle al “*demandador*” o demandante, demandados, los jueces, apoderados, abogados (que excluye a la mujer), testigos y escribanos.⁽¹⁾

Esta norma se considera como uno de los más cuerpos procedimentales mas importantes de la península y por ende de las Indias. Juan Monroy ha sentenciado que es el: “*documento procesal más influyente en estas tierras hasta fines del s. XIX*”.⁽²⁾

La característica de este cuerpo normativo es que implica un vigoroso retorno al derecho romano, a punto tal que le estima como una “*versión procesal del Digesto*”. El modelo adoptado fue el denominado procedimiento ordinario –*solemnis ordo iudiciorum*–.

Los territorios dominados por España en las Indias se dividían en Audiencias que funcionaban, para efectos de la administración de justicia, como una especie de distrito judicial actual. Cumplían también las más altas funciones políticas, que se mezclaban con las judiciales. La más importante era la Audiencia en Lima. La trascendencia de las audiencias puede advertirse que ellas configuraron el territorio sobre los cuales nacerían luego muchas repúblicas actuales.

La Real Audiencia era el más alto tribunal de justicia en el virreinato. Estaba compuesto del Virrey que la presidió hasta 1776, Oidores, alcaldes del crimen, fiscales (defendían los intereses de la Corona) y otros funcionarios menores como el Alguacil Mayor, un teniente del Gran Canciller. Quedaba subordinado al Real y Supremo Consejo de las Indias, con sede en España, que podía conocer en apelación sus sentencias. Al efecto, tenía un órgano para revisar materias de orden judicial civil y penal.

El Virrey firmaba las sentencias, pero no votaba en las causas y se podía apelar a la Audiencia sus mandamientos en cosas de gracia y materia gubernativa.⁽³⁾

Los Oidores asumieron funciones jurisdiccionales en asuntos especiales, como la de la *bula de la santa cruzada*, por las que la Iglesia recaudaba donaciones en asuntos de culto y obras de caridad, y para los pleitos origina-

(1) Cfr. internet: efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/viewer.html?pdfurl=https%3A%2F%2Fbiblioteca.org.

(2) Monroy, Juan Introducción al proceso civil, p. 47.

(3) Mac Lean, Percy. Historia del Derecho Procesal en el Perú. 1945. Ediar. Buenos Aires, p. 7.

dos en las disputas de los bienes de los difuntos. Asimismo, actuaron como fiscalizadores o inspectores de la Armada del sur; supervisores en los casos de contrabando y de juzgados inferiores.⁽⁴⁾

Se les criticaba que muchas causas comenzaban en pueblos alejados y se resolvían en la península con un excesivo costo de tiempo, transporte, estadía, abogados y sobre todo de justicia. Ricardo Palma en muchas de sus tradiciones recuerda con ironía lo oneroso, largo y corrupto de estos procesos.

Además, el Perú dependiente aún de España se regulaba por las leyes peninsulares. Aún no cuajaba la codificación propia de inicios del s. XIX que inició Napoleón en Francia. Primaba la compilación de leyes, normas y ordenanzas que corrían a cargo de particulares y sancionadas por el rey de España.

La *Recopilación de Leyes de Indias* (1680), de nueve libros, fue la única de carácter general para Hispanoamérica. El libro II de este cuerpo reúne normas de organización judicial y procesal y el libro V se refiere a las jurisdicciones en general.

Jorge Basadre anota que en libro II se regulaba extensa y detalladamente las facultades y limitaciones de las audiencias, los juzgados de provincias, los abogados y sus horarios que debían ser moderados, los oidores y visitadores ordinarios, el juzgado de bienes de difuntos. Asimismo, se disponía la rapidez procesal con observancia de los usos y costumbres indígenas, para los que se creaban tribunales especiales.⁽⁵⁾

En el libro V contiene numerosas disposiciones procedimentales. Se recogía las causales de recusación de funcionarios, las mismas que eran extensas y bien fundamentadas. Los gobernadores, corregidores y alcaldes que ejercían funciones jurisdiccionales se encontraban obligados a la garantía del inventario previo de su fortuna personal. Esto se asemeja a la obligación actual de todo funcionario público, y de los magistrados en particular, de cumplir con presentar antes, durante y después del ejercicio judicial su Declaración Jurada de ingresos y bienes.⁽⁶⁾

(4) Del Busto, José Antonio. 2004. Conquista y Virreinato. Enciclopedia temática. t. II. Lima. El Comercio. p. 102.

(5) Ibid. p. 248.

(6) Basadre, Jorge, Historia del Derecho Peruano. p. 250.

La regla en esta etapa es la dispersión de las leyes del procedimiento civil y penal, a las cuales se les reúne en un mismo cuerpo legal con las leyes, Ordenanzas y normas de orden sustantivo civil y comercial, aunque en libros separados, en lo que se conoce como recopilaciones. Este mecanismo producía muchas veces confusión al recoger normas contradictorias entre sí.

Libros más destacados sobre procedimientos judiciales

- a) La obra *Curia Philípica* del asturiano Juan de Hevia Bolaños, publicada por primera vez en Lima en 1615, tiene el honroso título de ser la obra más editada en la historia de la literatura jurídica de España y Latinoamérica.⁽⁷⁾ Este es un parangón relevante a una obra conjunta de procedimientos judiciales y de legislación comercial que durante mucho tiempo cruza fronteras y es elogiado a nivel continental.

De la obra apunta Vicente Ugarte del Pino “*fue el gran repertorio procesal de los últimos años del reino del Perú y sin ningún temor decimos del propio Imperio Español, pues esta obra llegó a rebasar los ámbitos del virreinato peruano para convertirse en el gran best seller jurídico del s. XVIII*”

Jorge Basadre recoge la antigua sospecha de que su autor se trata de un nombre ficticio, que esconde a su presunto verdadero autor, el Oidor de la Audiencia de Lima, catedrático de Salamanca y uno de los más grandes juristas indianos Juan Solórzano Pereira.⁽⁸⁾ Algunos, haciendo incrementar el mito de su origen, lo atribuyen a un inteligente y atento “*portero*” (importante oficial de la justicia) de la Audiencia.

Juan de Hevia quien tuvo una dilatada actuación como escribano de la Audiencia de Quito y de Lima se refiere a su notable obra procedimental como breve y compendiosa, referida a los juicios civiles, criminales, eclesiásticos. Emplea y cita doctrina clara, ordenada, breve y precisa mediante párrafos cortos en relación a un tema escogido.⁽⁹⁾

(7) Coronas, Santos. *Hevia Bolaños y la Curia Phillipica*. Dialnet: 2580887

(8) Basadre, Jorge. p. 312.

(9) Cfr. *Curia Philipica*. Madrid. MDCCXVII. Román Ruiz.

Analiza conceptos procesales como la jurisdicción, recusación, excepción, prueba y sentencia. No importa un manual práctico de procedimientos en el concepto actual (aunque en el título dice que es útil para profesores, jueces, abogados, escribanos, procuradores) sino un exquisito libro de citas y glosas que se refiere a determinados aspectos de los procesos judiciales y sirve directamente a los agentes involucrados en los avatares judiciales.

Se dividió en dos partes y en dos tomos. La primera es la que nos interesa y versa sobre juicios civiles, ejecutivos, criminales, residencia y segunda instancia. La segunda es de orden mercantil.

- b) En la segunda mitad del s. XVIII aparece en Charcas, hoy Bolivia, en 1782, reimpresa en 1818 en Lima, un notable libro con un nombre largo: *Instrucción forense del modo y orden de substanciar y seguir los juicios según sus respectivos recursos según el verdadero estilo y legítima práctica de esta Real audiencia de La Plata y Tribunales ordinarios de su distrito, conforme a las leyes reales, así de Castilla, de las Indias y reales cédulas modernas, y los autos acordados de dicha audiencia.*

Fue prontamente conocido popularmente como “Cuadernillo de Gutiérrez” por su primera edición en papel de cuatro partes parecido en su forma exterior a un cuadernillo.⁽¹⁰⁾

El autor de la obra es Francisco Gutiérrez de Escobar, abogado, relator de la Real Audiencia de La Plata. Dividió la obra en tres partes. La primera, la explicación didáctica de la forma de proceder en cada juicio; la segunda, el modelo práctico de los escritos, solicitudes de las partes, y resoluciones de los jueces; la tercera, de las actuaciones y diligencias judiciales.

Este cuadernillo se utilizó mucho los últimos años del virreinato y continuó muchos años después en tiempos de la república, en el Perú, Argentina, Bolivia y Chile. Sirvió como bisagra entre estas dos épocas. Esta obra, en algunas ediciones, cambió de nombre a *Pron-tuario de los juicios.*

(10) Remy Camacho, Franz. 2016. *La herencia procesal Indiana de Charcas dentro la historia del derecho procesal civil boliviano a partir del cuadernillo de Gutiérrez, obra del doctor Francisco Gutiérrez de Escobar.* Tesis. Universidad de San Andrés. Bolivia, p. 141.

Esta obra importa un compendio práctico, didáctico, muy útil para los abogados, jueces y personas vinculadas al quehacer judicial. Pertenecer quizás al campo de un completo Manual de Procedimientos donde se busca ordenar, aclarar, precisar aspectos judiciales confusos, a través de la experiencia judicial del autor y con un lenguaje sencillo, directo, práctico.

2. LA LEGISLACIÓN PROCESAL CIVIL DURANTE LA REPÚBLICA

Las primeras normas de carácter procesal durante los inicios de la república se hallan dispersas en las primeras normas de organización política que dicta el general José de San Martín.

Una vez declarada la independencia, una de las primeras tareas que se empeñaron los gobernantes, siguiendo la tendencia marcada por Napoleón, consiste en la preparación de los códigos que regirían la vida legal en el país: civil, penal y de procedimientos.

En las Constituciones Políticas iniciales se encuentran plasmadas las primeras ideas maestras propias de la ilustración, los valores y principios que inspiran el sistema judicial y las normas sobre procedimientos judiciales.

Reglamento Provisional de Huaura

Se promulga en Huaura, del 12 de febrero de 1821, por el general José de San Martín. Viene a ser la primera ley nacional que, aunque se refiere en lo fundamental a la nueva demarcación política del territorio, dispone en verdad de varias medidas sobre procedimientos y juicios. De este modo, de sus veinte artículos al menos trece se refieren a la administración de justicia y a los procesos judiciales privativos o públicos vigentes.

En efecto, dispone que los presidentes y gobernadores que crea en cada departamento, conocerían de todas las causas civiles y criminales (art. 5)⁽¹¹⁾, causas de hacienda (art. 6); dispone que un agente fiscal, entre otras funcio-

(11) Art. 5.- Conocerán todas las causas civiles y criminales que por derecho correspondían a los gobernadores intendentes en los mismos términos que hasta aquí, consultando el dictamen del asesor del departamento en los casos prevenidos por las leyes, y remitiéndolas para su aprobación al capitán general. EN: García, Domingo, Las Constituciones del Perú. 2016. JNE. Lima, p. 100.

nes, participe en los juicios donde se encuentre el erario público (una especie de remoto Procurador Público art. 7), establece *un grado de apelación* ante un tribunal a crearse frente a las sentencias emitidas por el presidente del departamento (art. 8).

Asimismo, precisa que en las causas civiles y criminales entre partes del fuero común se observarán las leyes y ordenanzas peruanas (art. 9); se crea una Cámara de Apelaciones en el departamento de Trujillo –que reemplaza a la tradicional Audiencia de Lima– y se determinan sus atribuciones (art. 10, 12, 13), los recursos y las causas de infidencia, traición, espionaje o atentado contra el orden y autoridades constituidas serán de conocimiento de la Capitanía General (art. 14, 15),⁽¹²⁾ entre otras.

Las normas procesales en las constituciones de 1823, 1828, 1860 y del s. XX

A nivel constitucional es desde la primera carta liberal de la república de 1823 donde se diseña la estructura y funciones del flamante “*Poder Judicial*”⁽¹³⁾ independiente como exigía las doctrinas liberales emanadas de la revolución francesa y se recoge también, en forma dispersa, los primeros principios fundamentales del proceso.

Mucho de la estructura del Poder Judicial, sus regulaciones y principios fundamentales que se recogen en esta Constitución permanecen hasta nuestros días.

Se crea un Poder Judicial jerárquico, de estructura napoleónica, con una Corte Suprema en la capital, cortes superiores en algunos departamentos y juzgados de derecho en las provincias, que en lo sustancial se mantiene a la fecha.⁽¹⁴⁾

La carta de 1828 plasmó su independencia (art. 103) e incorporó bajo el título de: “*De la administración de justicia*” sus principios rectores, como el que los juicios civiles son públicos, los jueces deliberan en secreto, las sentencias son motivadas y se pronuncian en audiencia pública (art. 122), la pro-

(12) Art 14.- Los recursos conocidos en el derecho por de injusticia notoria, se interpondrán a la Capitanía General, en atención a las circunstancias, y se decidirán por las leyes existentes con dictamen del auditor general.

(13) Cap. VIII, Constitución de 1823.

(14) Arts. 98, 102, 104.

hibición de los juicios por comisión (art. 125), la prohibición al juez de poder abreviar ni suspender en caso alguna alguno las formas judiciales (art. 126), con lo cual se elevaba a garantía constitucional las formalidades procedimentales y la acción popular contra los magistrados y jueces por prevaricato, cohecho, abreviación o suspensión de formas judiciales, el procedimiento ilegal contra la libertad personal y seguridad de domicilio (art. 130). La carta de 1860 dispone semejantes garantías.

En todas se recogen como principios fundamentales (aunque aún no se plasme en los hechos) la independencia judicial, la pluralidad de instancias, la obligación de resolver en forma fundamentada conforme a ley, la publicidad del proceso, lo que se conoce en forma moderna como el derecho al debido proceso, la elección de los magistrados mediante un sistema combinado entre el Poder Ejecutivo y el Congreso, entre otros.

Posteriormente, todas las constituciones nacionales, de cualquier tendencia u orientación (democrática, social, liberal), inclusive las del s. XX, han diseñado un Poder Judicial, y en su caso un sistema de justicia, regido por principios, garantías y derechos básicos.

La crítica del sistema judicial y el proyecto de Código de Procedimientos Civiles de Vidaurre

A Manuel Lorenzo de Vidaurre, eminente y prolífico jurista, caudaloso escritor y orador, magistrado, decano del Colegio de Abogados de Lima, controvertido político y primer presidente de la Corte Suprema de la República, se le debe muchos proyectos de leyes y códigos.

Su primera preocupación consistió en dotar a la reciente república de cuerpos normativos que destierre la farragosa legislación española. En tal sentido presentó sendos proyectos de código penal, eclesiástico y civil. Ninguno de ellos tuvo sanción legal. No obstante, quedan allí en su enorme valor individual y polémico.

Su gran conocimiento y experiencia del quehacer judicial como oidor de la Audiencia del Cusco y destacado jurista y abogado litigante en Lima le permitió realizar una demoledora y ácida crítica del sistema judicial colonial.

En el capítulo II Audiencias, de su obra *Plan del Perú*, de 1823,⁽¹⁵⁾ efectúa un análisis pormenorizado de sus vicios, corruptelas y lacras.

Enumera los agravios de la justicia española y hace referencia a la impuntualidad de los oidores, el tiempo excesivo de los juicios tanto que los pleitos pasan de padres a hijos; *que se gasta más en litigar que lo que vale la cosa misma litigada*,⁽¹⁶⁾ la insensibilidad, burocracia y corrupción de los jueces, el abuso con abogados que no pueden informar, las votaciones intempestivas y secretas, entre otros.

La Constitución de 1834, en su disposición transitoria 11 había dispuesto que la Corte Suprema presente al Congreso los proyectos de nuevos códigos. Bajo esa premisa y a título personal siendo vocal supremo preparó los suyos.

A pesar de que el nombre de su proyecto se refiere al Código Civil, comprende también un interesante Código de Procedimientos Civiles. Esto resulta singular desde que Napoleón había promulgado para Francia un moderno e independiente Código Civil (1804), que sería un modelo de código para el mundo moderno, y un no tan celebrado Código de Procedimientos Civiles en 1806.

Siguiendo acaso su indudable vena romanista plasmada en el sistema de las acciones, de la primera y más antigua etapa del proceso romano, Vidaurre identifica un derecho sustantivo con su correspondiente *acción*. Estima que los procedimientos debían suceder y complementar las instituciones materiales del Código Civil. Los primeros debían estar subordinados irremediablemente a los segundos. No concebía independencia normativa entre ambas.

Dividió su proyecto en tres partes. La primera, de las personas; la segunda, de dominio y contratos y la tercera, sobre las últimas voluntades. Su esquema se desarrolla de este modo: luego de proponer en los títulos 1 y 2 de la primera parte, los artículos pertinentes de la figura de los esponsales y matrimonio, en el siguiente título 3 planteaba: "*Del modo de proceder en las causas de esponsales y matrimonio*"⁽¹⁷⁾ Como se observa, regula primero la

(15) Vidaurre, Manuel Lorenzo de. 1823. *Plan del Perú defectos del gobierno español antiguo, necesarias reformas*. Philadelphia. Imp. Fco. Hurtel. p. 25.

(16) *Ibid*, p. 28.

(17) Vidaurre, Manuel Lorenzo de. *Proyecto del Código Civil Peruano de Vidaurre*. Imp. Lucas de La Lama. 1834, Lima. p. 94.

institución material y, a continuación, como inevitable complemento su regulación procedimental.

Bajo este mismo esquema propuso, en relación también a la primera parte, en el título 5, *Leyes de procedimientos sobre dotes, donaciones y ganancias*,⁽¹⁸⁾ en el título 7, *Leyes de procedimiento en las causas de divorcio*,⁽¹⁹⁾ en el título 9 *Procedimientos en causas de filiación*,⁽²⁰⁾ título 11, *Procedimientos sobre adopción*,⁽²¹⁾ título 13, *Procedimientos en las causas de familia*⁽²²⁾, título 15, *Procedimientos en las causas de tutelas y curatelas*.⁽²³⁾

En su propuesta sobre el procedimiento de divorcio señaló que sería un juicio ordinario y de tres instancias. El juez debía intentar con la mayor sagacidad antes una “reconciliación” de las partes en forma secreta. La demanda es por escrito. Los abogados debían contar con diez años de experiencia. Debía intervenir el fiscal. En caso de golpes o maltrato a la mujer señalaba en forma extraña que los testigos debían ser cuando menos “cuatro señoras muy respetables que pasen de cuarenta años”. (art. 17).

En la segunda parte, luego de proponer en su título 1 su proyecto sobre dominio, posesión, propiedad, en el siguiente título 2 presenta sus *Procedimientos en las causas de dominio posesión y propiedad*. Del mismo modo, en el Título 4, *De los procedimientos en las causas de servidumbre y usufructo*; Título 14, *Procedimientos en los juicios sobre depósito*, Título 20, *Procedimientos en las causas de arrendamiento*.

En la tercera y última parte luego que en los títulos 1 al 6 proyecta sus artículos sobre testamentos, herederos, de los ritos, sustituciones, legados, albaceas o ejecutores testamentarios, en el título 7 presenta los *Procedimientos en las causas testamentarias*. Como se recalca, los procedimientos culminan la regulación de una institución sustantiva.

(18) Ibid. p. 61.

(19) p. 193. 1° parte.

(20) p. 221.

(21) p. 227.

(22) p. 272.

(23) p. 307.

En esta última parte Vidaurre se refiere al juicio ordinario como el modelo general de los procesos, pero estima que los juicios sobre posesión hereditaria son “*sumarísimos*” (art. 30).⁽²⁴⁾ Asimismo, plasma la acción de nulidad de un testamento, las excepciones proponibles y la posibilidad de reabrir la causa si aparecen nuevas pruebas que no se conocieron y no se pudieron conocer en su oportunidad (art. 20).⁽²⁵⁾ Como se observa las propuestas procedimentales eran muy precisas y útiles.

Asimismo, todas estas propuestas, tanto en materia civil y procedimental civil, se hayan escoltadas, en forma desordenada, de una abigarrada y profusa Exposición de Motivos, llena de erudición y latinismos, que le da al proyecto en conjunto el aire de un tratado doctrinario.⁽²⁶⁾ Algunas ideas podrían ser aprovechables y otras se muestran peculiares.

2.1. Código Santa Cruz de Procedimientos Judiciales (1837)

El primer corpus en materia procesal que comenzó a regir en la república fue el *Código Santa Cruz de Procedimientos Judiciales*. Tuvo corta duración. En el Estado norperuano rigió apenas un año y siete meses (1.1.37-31.7.38) y en el Estado sur-peruano hasta enero de 1839. Lamentablemente, corrió la suerte y las vicisitudes del fracasado proyecto político que la sustentó: la Confederación Peruana-Boliviana.

Este código es un reflejo del *Código de Procederes boliviano o Código de Procedimiento Santa Cruz (1832)*, donde tuvo éxito porque a pesar de todo continuó rigiendo muchas décadas después.

Tiene, como todo en torno al caudillo que la promulgó, una marcada impronta del *Código de Procedimientos Civiles de Napoleón (1806)* que introdujo en Francia novedosas instituciones como la oralidad y la publicidad, el principio dispositivo (las partes pueden determinar libremente el orden de las actuaciones procesales), la libre apreciación y el Recurso de Casación, entre otros.⁽²⁷⁾

(24) Nomen iuris que aún se emplea en el actual CPC

(25) P. 78, 3° parte. Parece lejano antecedente de la institución de la nulidad de la cosa juzgada fraudulenta del art. 78 del CPC.

(26) Vidaurre, Manuel Lorenzo de. *Proyecto del Código Civil Peruano dividido en tres partes*. Imp. Lucas de La Lama. 1834 y Justo León. 1835 y 36 (2da. y 3era. parte). Lima.

(27) Véscovi, Enrique. *Teoría General del Proceso*. Temis. Bogotá. 1984. pg 35-36.

Importó un notable esfuerzo y cambio muy importante y de avanzada. Su derogatoria implicó un bochornoso retroceso a las abigarradas leyes coloniales en un país que no ha mucho se había declarado independiente.

Por su tildado origen foráneo (boliviano) y un proyecto político cuestionado por muchos y según anota Carlos Ramos, acaso por incorporar figuras tan espinosas del derecho francés como la responsabilidad de los magistrados, encontró desde el inicio una durísima resistencia de los jueces.⁽²⁸⁾

Dentro de su afán organizador Santa Cruz promulgó también un meritorio Reglamento Orgánico de Juzgados y Tribunales del 30 de diciembre de 1836, que se derogó al derrumbarse su proyecto político.

Características resaltantes

- a) El código Santa Cruz comprende como novedad un código de procedimientos civiles y penales reunidos en un mismo cuerpo legal. En efecto, el libro primero es de disposiciones generales; el segundo sobre los juicios civiles verbales y escritos; el libro tercero se refiere a la “*Administración de justicia en lo criminal*” y el cuarto: “*De la segunda y tercera instancia en causas civiles y criminales*”.

Esta peculiar distribución, en la que luego de diseñar el libro segundo para el proceso civil y el libro tercero para el penal, y una común a ambas en el libro cuarto demuestra que no era una simple copia del *code galo* como se le imputa, por cuanto en el derecho francés se había dividido en dos códigos independientes ambas materias: el Código de Instrucción Criminal de 1804 y el Código de Procedimientos Civil de 1807. Esta técnica ha sido adoptada por otros países como Suecia y Panamá.

- b) Establece en forma draconiana y muy detallista la responsabilidad de los funcionarios públicos y magistrados, incluso de la Corte Suprema.
- c) Reguló la prisión por deudas en el juicio ejecutivo.
- d) Se insertó en la tradición regalista de subordinación eclesiástica a la jurisdicción civil. Al efecto incorporó el Recurso de Fuerza que la

(28) Cfr. Ramos, Carlos. *Historia del derecho Civil Peruano. S.XIX y XX*. T. II. Univ. Católica. Lima. 2001. p. 103.

doctrina de entonces identificaba como el mecanismo para dilucidar los límites de la competencia del clero o jurisdicción eclesiástica que luchaba por sus posiciones de privilegio

- e) Exigió la fundamentación de las sentencias que es una garantía constitucional que se recoge en todas las constituciones peruanas y la vigente de 1834 lo hace en su artículo 123.⁽²⁹⁾
- f) Estableció la obligatoriedad de la conciliación como acto previo a la demanda⁽³⁰⁾. Esta idea tiene origen francés y se había incorporado en la Constitución de 1823 como requisito previo a cualquier demanda o denuncia por injurias.⁽³¹⁾ La carta de 1834 vigente en su momento no la había establecido.

2.2. Código de Enjuiciamientos en Materia Civil (1852)

Por Ley del 9 de octubre de 1845 se formó en el Congreso una Comisión Codificadora del Código Civil y del Código de Enjuiciamientos Civiles que presentó un primer proyecto de código que fue remitida a las cortes de justicia para las observaciones correspondientes. Luego, mediante Ley del 7 de junio de 1851, se designó una segunda comisión especial del Congreso compuesta de dos senadores y cinco diputados para el examen, reforma y corrección de los indicados proyectos de códigos.

La Comisión estaba integrada, entre otros, por eminentes parlamentarios, juristas y políticos como Pedro Gálvez, Manuel Toribio Ureta y estuvo presidido por el conservador arequipeño Andrés Martínez, quien fue la personalidad descollante en ambos códigos, tanto en su contenido, forma y estilo. Mediante Ley firmada por el presidente Rufino Echenique y su ministro Bartolomé Herrera, se promulgaron ambos códigos que empezarían a regir desde el 28 de julio de 1852.

(29) Art. 123.- *La publicidad es esencial en los juicios. Los tribunales pueden controvertir los negocios en secreto; pero las votaciones se hacen en alta voz y a puerta abierta, y las sentencias son motivadas, expresando la ley, y en su defecto, los fundamentos en que se apoyan.*

(30) Art. 94.

(31) Art. 120 CP de 1823.- *En cada pueblo habrá jueces de paz para las conciliaciones, sin cuyo requisito, o el haberla intentado, no se admitirá demanda alguna civil o criminal de injurias, salvo las acciones fiscales y demás que exceptúe la ley.*

Fue uno de los primeros en América. Incluso se adelantó a España donde se plasmaría recién la Ley de Enjuiciamientos en 1856, de gran influencia para Latinoamérica. Se dividió en tres libros. El primero: “*De la jurisdicción, de las personas que la ejercen y de las intervienen en su ejercicio*”. El segundo, “*De las primeras instancias de los juicios civiles*”. El tercero, “*De las últimas instancias y de los recursos extraordinarios*”. Cada libro a su vez divididos en respectivas secciones que sumadas llegan a 12 y 76 títulos.⁽³²⁾

A pesar de sus defectos, su influencia hispano-indiana y romanista, su reconocimiento de la triple instancia y su falta de exposición de motivos y de actas de las comisiones importó como anota Mac Lean “*para su época, una obra de mérito y un gran paso en la legislación procesal del Perú*”.⁽³³⁾ Sin duda significó un enorme y meritorio esfuerzo para ordenar y modernizar los juicios que se encontraban dispersos, confusos y cargadas de solemnidades y plazos excesivos.

El Código de Enjuiciamientos tuvo el mismo carácter conservador que el Código Civil. La presencia de dos brillantes intelectuales liberales como Gálvez y Ureta, como anota Jorge Basadre, no dejaron huella de su doctrina en el código que tuvo un carácter conservador.⁽³⁴⁾

Su tendencia canónica, medieval, se refleja en la concepción del matrimonio y su indisolubilidad, salvo por muerte, conforme a las antiguas normas del Concilio de Trento (art. 134) o causas insuperables, cuya competencia se confiaba al juez eclesiástico.⁽³⁵⁾ La mujer no podía presentarse en juicio sin autorización de su marido (art. 179).

Su justificación ideológica puede hallarse en la Constitución de Huancaayo (1839) de tendencia marcadamente conservadora.

Como característica singular común podemos anotar que, salvo el efímero Código Santa Cruz, todos los demás códigos procesales civiles han comenzado a regir desde el día siguiente al de la patria el 28 de julio. Tales son

(32) De la Lama, Miguel Antonio. 1894. *Código de Enjuiciamientos en Materia Civil, con citas notas, concordancia y un apéndice*. Imprenta y Librería Gil. Lima.

(33) Mac Lean, Percy. *Historia del Derecho Procesal en el Perú*. Bs. Ediar. 1945. p. 10.

(34) Basadre, Jorge. 2005. *Historia de la República del Perú*. t. 6. El Comercio. p. 20.

(35) Crf. arts. 372 y 378 del código bajo comento.

los casos del Código de Enjuiciamientos en Materia Civil, Código de Procedimientos Civiles y Código Procesal Civil del 28 de julio de 1852, 1912, y 1993, respectivamente.

Características resaltantes

Del mismo modo que el Código Civil, el Código de Enjuiciamientos en lo Civil tiene una impronta conservadora, conforme al mandato imperativo de la Constitución Política de Huancayo de 1836, a su mentor principal el jurista Andrés Martínez y al clérigo Bartolomé Herrera que como Ministro suscribió su cumplimiento.

- a. Al reconocer la carta de 1836 la esclavitud recogió algunos procedimientos donde se regulan algunas actividades de los esclavos en las que aparecen como minusválidos.

En el art. 395 se señala que la defensa de sus derechos la ejercen los síndicos procuradores y no ellos, salvo que puedan designar alguna persona de confianza.

Asimismo, contiene todo un título 14° para establecer el modo como los siervos pueden variar de dominio u obtener su libertad (art. 1504 al 1512).

Por justicia, estas partes serían derogadas por influencia de los liberales y de la ley de Ramón Castilla de 1854 que abolió la esclavitud.

- b. Trató tímidamente de centralizar la jurisdicción, pero mantuvo juzgados privativos en asuntos de comercio, minería, diezmos, aguas, presas y comisos, religión y sus correspondientes órganos de justicia: Tribunal de Cuentas, Tribunal del Consulado, Tribunal de Minería. Era consecuente con lo dispuesto por el art. 114 de la Constitución entonces vigente.⁽³⁶⁾
- c. Reguló por primera vez con gran técnica, precisión en el lenguaje y con detalle el arbitraje, en el libro primero sobre jurisdicción. La distinguió de los amigables componedores que también recogió. Posibilitó el uso de la suerte para el nombramiento del tercer árbitro y

(36) Basadre, Jorge. *Las codificaciones en la historia del derecho peruano*. ed. Cuzco. Lima. p. 120.

la validez del laudo aun cuando no lo firmen todos. Es de advertir que la Constitución vigente de 1839 permitía el arbitraje bajo la denominación de “*jueces árbitros*”⁽³⁷⁾.

- d. Asimismo, diseñó en el libro segundo, sección primera, título segundo, la conciliación previa obligatoria a todo juicio. El artículo 284 decía al efecto: *Art. 284.- La conciliación debe preceder a toda demanda correspondiente a un juicio escrito; excepto en los casos que se expresan en este título.*

La conciliación se efectuaba ante juez de paz o en el que ejerza sus funciones. En este punto siguió idénticas disposiciones del Código de Procedimientos francés de 1807 y la expresa prohibición de la Constitución de 1823, art. 120⁽³⁸⁾ y la disposición de la Constitución vigente art. 124.⁽³⁹⁾ Es de notar que en la actualidad la conciliación o su intento ante los centros de conciliación autorizados por el Ministerio de Justicia es la mayoría de casos obligatoria y su incumplimiento conlleva a rechazar la demanda por falta de interés para obrar.

- e. Estableció los juicios ejecutivos y sumarios, lo que dividió en verbales, y escritos.
- f. Recogió en el libro tercero todo lo que se refiere a materia recursiva. Desarrolla el recurso de apelación contra autos interlocutorios y sentencias (art. 1664), recurso de queja (art. 1683) y la súplica o terceras instancias que no podía concederse si las dos sentencias inferiores han sido confirmatorias (art. 1717).⁽⁴⁰⁾

Asimismo, recoge como recursos extraordinarios: de nulidad, el recurso de fuerza (para el control de la jurisdicción eclesiástica), recurso de responsabilidad civil, cuando los jueces perjudiquen al

(37) Art. 164.- Ningún peruano puede ser privado del derecho de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros.

(38) Art. 120 CP 1823.- No podrá entablarse demanda alguna civil sin haberse intentado la conciliación ante el juez de paz.

(39) Art. 124 CP 1839.- *Habrán jueces de paz para el desempeño de las atribuciones que les designe la ley.*

(40) Art. 1717.- No se admitirá súplica o tercera instancia en las sentencias o autos pronunciados en vista, confirmatorios de los de primera instancia.

litigante con fallos injustos. Comprendía el resarcimiento por los daños y una pena.⁽⁴¹⁾

- g. El denominado *Recurso extraordinario de Nulidad* tiene las características esenciales del Recurso de Casación, aunque no la prístina francesa sino en su derivada, la denominada casación bastarda española.

La resuelve la Corte Suprema y las causales las señala taxativamente el art. 1733 del código: por infracción de la Constitución y por haber infringido ley expresa, extremo éste que le da ese aspecto casatorio implícito.

2.4. Código de Procedimientos Civiles (1912)

El código fue resultado de un proyecto presentado por el Comité de Reforma Procesal compuesta inicialmente por siete abogados notables, entre los que se encontraban eminentes juristas como Luis F. y Manuel Vicente Villarán, Anselmo Barreto, Matías Manzanilla, Pedro Carlos Olaechea, Víctor Mautua y Plácido Jiménez. Se autoconvocaron y luego de revisar por cuatro años presentaron su proyecto conjuntamente con el de Ley Orgánica del Poder Judicial y la Ley del Notariado.⁽⁴²⁾ No había entre ellos ningún notable procesalista.

Tuvo una notoria influencia de la *Ley de Enjuiciamientos Civil española* de 1882, que ya por entonces se mostraba anacrónica por cuanto derivaba del modelo románico canónico fijado por la Partida III de las siete del rey Alfonso X El Sabio. Al final, se entregó un cuerpo normativo que significó un avance, pero desafortunadamente que no se nutrió de las fuentes más modernas.

Pudo quizás beber de los frutos de la escuela alemana, forjada décadas antes desde la célebre polémica Windsheid-Muther sobre la acción en el derecho romano (1856) y de la obra de Oskar Von Bulow sobre "*Las excepciones y los presupuestos procesales*" (1868). Tampoco tomó los aportes recientes de la escuela italiana con el maestro Giuseppe Chiovenda, quien ya había dado su famosa prolucción en la Universidad de Bolonia (1903).

(41) Art. 1784.

(42) Basadre, p. 132.

Entre sus aciertos contamos su interesante, ilustrativa y voluminosa Exposición de Motivos.⁽⁴³⁾

Se dividió en tres secciones. La primera, las disposiciones aplicables en todo procedimiento; la segunda, sobre los juicios, como el ordinario, de cuentas, nulidad de matrimonio y de divorcio, juicio arbitral, entre otros, y los recursos; la tercera, sobre los procedimientos no contenciosos.

Características resaltantes

- a) Tiene una evidente influencia de la Ley de Enjuiciamientos Española de 1882, eco lejano del ya entonces caduco sistema románico canónico.
- b) Prefirió que sea “*dolorosamente*” escrito. Ignoró la oralidad.
- c) Se concibe al Juez como un agente privado, ajeno a la función social del servicio de justicia.
- d) Mantiene el sistema de prueba tasada de sesgo medieval. Declara que la confesión es prueba plena (art. 378), que los instrumentos públicos otorgados con las formalidades legales, producen fe respecto de la realidad del acto (art. 401), que se tiene por verdadero el contenido del documento privado reconocido (art. 430).
- e) Permitió a la mujer que sea apoderada judicial (art. 5).
- f) Recoge el juicio arbitral como un procedimiento independiente, siguiendo a su antecesora.
- g) Asimismo, regula con mayor drasticidad el juicio ejecutivo que en opinión de los revisores “*no tiene de tal sino el nombre*”.
- h) Optó por mantener en materia recursiva, mediante el art. 1122, el recurso de nulidad ante la Corte Suprema, que importaba la existencia de una agobiadora tercera instancia. En este sentido optó expresamente por ignorar el recurso de casación conforme se expresa en su Exposición de Motivos, y con ello la posibilidad de dotar a la Corte Suprema como su ente regulador.⁽⁴⁴⁾

(43) Exposición de motivos. 1912. Imp. Sanmartí. pág. 397.

(44) Guzmán Ferrer, Fernando. 1986. Código de Procedimientos Civiles. T. II, Ed. Científica. Lima. p. 1287.

2.5. Código Procesal Civil (1993)

Luego de muchas comisiones frustradas, la Comisión Revisora del Código Procesal Civil presidida por Javier Alva Orlandini y Juan Monroy Gálvez como vice-Pdte, y miembros Luis Gazzolo, Absalón Alarcón, Pedro Cateriano, Luis Falla La Madrid Lourdes Flores Nano, Juan Vergara, Guillermo Lohmann, Ernesto Estrada y Raúl Canelo Rabanal, se presentó el proyecto inicial.

El texto que se aprueba finalmente se divide en seis partes que siguiendo la tradición las denomina “*secciones*”: La primera, Jurisdicción, acción y competencia. La segunda, Sujetos del proceso, la tercera, Actividad procesal, la cuarta, Postulación del proceso; la quinta, Procesos contenciosos, la sexta, Procesos no contenciosos. Esta estructura responde a los aportes de códigos modernos.

Sus fuentes son muy diversas y más difíciles de rastrear cuando se advierte que hay mucho de “*creación heroica*” y que carece de Exposición de Motivos. La breve información o reseña a la presentación del proyecto por parte del presidente de la comisión al ministro de Justicia carece de las características y amplitud propia de una debida sustentación

Su principal mentor es el profesor y destacado procesalista Juan Monroy Gálvez. Tiene al menos influencia de cuatro modernos códigos latinoamericanos y dos europeos.

Entre los primeros: Colombia, Uruguay, Argentina y Brasil. Entre los segundos: el italiano y portugués.⁽⁴⁵⁾ Habría que añadir, a decir de su propio presidente, entre los latinoamericanos a los de Chile, Costa Rica, Venezuela y Ecuador⁽⁴⁶⁾.

El *código de procedimiento civil* colombiano del 73 ha influido en la creación del proceso abreviado, ajeno a nuestra tradición, en la regulación especial de las formas atípicas de terminación del proceso y en el régimen probatorio (arts. 174 y ss). Aquí se rastrea las ideas del procesalista y profesor Hernando Devis Echandía. Asimismo, en el tratamiento diferenciado y

(45) Monroy, Juan. *La formación del proceso civil peruano*. Escritos reunidos. Comunidad. Lima. 2003. p. 599.

(46) Alva Orlandini, Javier. Comunicación del 28.02.82 al Ministro de Justicia presentando proyecto del CPC de la Comisión Revisora.

previo del objeto del proceso, que nuestro código designa como postulación y que se recoge ordenadamente en la sección cuarta: postulación del proceso (arts. 424-474 CPC).

La influencia del *Código General del Proceso* de Uruguay (1988), adoptado del *Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica*, se aprecia en su parte filosófica y principista.

En efecto, los principios de dirección del proceso (art. 2), Igualdad procesal (art. 3), buena fe y lealtad (art. 5), intermediación procesal (art. 8) y concentración procesal (art. 10) que fija su Título Preliminar son similares al nuestro que también los recogemos bajo el rubro de Título Preliminar. Al respecto, resalta la obra doctrinaria de Enrique Véscovi.

El Código Procesal Civil y Comercial de la Nación argentina⁽⁴⁷⁾ se revela, por ejemplo, en el tan peculiar como falso *nomen iuris* “juicio sumarísimo” que recoge nuestro CPC en la sección quinta, título III, arts. 546-607, nunca usado antes en nuestra tradición legislativa. En materia cautelar, en especial la medida innovativa, se plasman los trabajos del magistrado Jorge Peyrano.⁽⁴⁸⁾

La influencia brasilera se refleja también en la postulación del proceso y sobre todo en la entonces novedosa figura del despacho saneador, el juzgamiento y la conclusión anticipada. En verdad, una creación lusitana.⁽⁴⁹⁾

Del *Codice di Procedura Civile* italiano (1942) obra de procesalistas tan notables como Carnelutti, Calamandrei y Redenti, se advierte su firme compromiso por dotar al juez de mayores facultades, de investirlo como actor principal e irremplazable del proceso y de sus fines públicos, que algunos sin mayor fundamento pretenden ligar al ocasional régimen autoritario italiano de entonces.

Adopta de este código tan importante algunos requisitos del título ejecutivo (*art. 474 y ss.*) y la figura de la *casación per saltum* (*art. 360 in fine*), que a pesar de sus buenos resultados en Italia, en el país no rindió frutos, por la

(47) En argentina existen más de 23 códigos procesales. El que nos referimos, a pesar de su nombre, es el que se aplica al DF. Art. 498.

(48) Monroy, o.c., p. 599.

(49) Briceño Sierra, Humberto. *El saneamiento del proceso*. En: *El saneamiento procesal*. Juan Morales Godo (comp). Palestra. Lima. 1998. p. 113.

cual el art. 389 del CPC que la incorporó tuvo que ser finalmente derogado en la reforma de 2009.⁽⁵⁰⁾ De esta experiencia se aprende que algunos institutos jurídicos novedosos y positivos en otro país, no llegan a adaptarse a nuestra realidad.

En líneas generales, este código significó un profundo y radical cambio y una notable contribución legislativa para mejorar la impartición de justicia en el país.

Características resaltantes

- a) Adopta decididamente el sistema publicístico que la mayoría de códigos modernos ya había asumido. En consecuencia, diseña un rol determinante y protagónico del Juez en el proceso: facultades conminatorias, calificación preliminar de la demanda, prueba de oficio, entre otras.
- b) Siguiendo acaso una tradición, en forma similar al Código Civil, Código Penal, Código Procesal y de Ejecución Penal, asume un Título Preliminar de diez artículos (decálogo) donde recoge sus directrices fundamentales o los principios inspiradores de su filosofía. Así, recoge en su art. VI el principio de socialización del proceso, por el cual el juez debe procurar que la desigualdad entre las personas por razones de sexo, raza, religión, idioma o condición social, política o económica afecte el desarrollo o resultado del proceso; o el Principio de inmediatez, que obliga al juez a vincularse a las partes y a los hechos para hallar la verdad, entre otros.
- c) Incorpora el juicio por audiencias que tiene su tronco en el viejo código austriaco de Franz Klein. Diseña en principio con exceso la audiencia de saneamiento, conciliación y de pruebas, que luego se reduce a una. Plasma así el principio de inmediatez y oralidad.
- d) Precisa en el art. X, del Título Preliminar, el principio de doble instancia en materia procesal civil. La Constitución de 1979 (art. 233.18) y la de 1993 (art. 139.6.) refieren en forma genérica solamente a “instancia plural” o “pluralidad de la instancia”, respectivamente.

(50) Ley 29364 del 28 de mayo de 2009.

- e) Asume el sistema de apreciación razonada de la prueba, que otros códigos modernos ya habían incorporado, desterrando el medieval sistema de prueba tasada en el que la ley impone su criterio al juez.
- f) Incorpora en los capítulos V, VI y VII de la sección segunda, el tratamiento en forma sistemática de la intervención de terceros, el litisconsorcio, la acumulación, la extromisión y la sucesión procesal.
- g) Incorpora la figura de la nulidad de la cosa juzgada fraudulenta (art. 178 CPC), un mecanismo para evitar el uso del fraude o colusión en el proceso y la afectación al derecho al debido proceso, que tenía antigua raíz en el procedimiento romano en la restitutio in integrum y que se incorporó en el proceso medieval canónico.
- h) En el proyecto inicial, libro II, como todos los códigos procesales anteriores, se incorpora disposiciones sobre el juicio arbitral, ponencia de Guillermo Lohmann Luca de Tena, que luego se regularía con mejor criterio y orden por leyes especiales.
- i) Incorporó como novedad el proceso abreviado de impugnación de acto o resolución administrativa (art. 540), núcleo o antecedente del moderno proceso contencioso administrativo que responde a una lógica distinta y que merece ser abordado en ley aparte. Fue derogada por la 1° disposición de la Ley 27584 (7.12.2001)
- j) Incorporó en su art. 156 como novedad la notificación por nota, por el cual algunas resoluciones serían notificadas en el juzgado dos veces a la semana, los martes o jueves o el día hábil siguiente si alguno de ellos fuera inhábil. Este mecanismo se tomó de del Código Procesal Civil de la capital y también de la provincia de Buenos Aires.

Esta medida innovadora en un despacho burocrático originó situaciones incómodas y propició nulidades que hicieron que pronto se derogue mediante ley 27524 (6/10/2001).
- k) Se dividió, como los anteriores, en seis secciones. La última incorporó los procesos no contenciosos, aunque después se dictaron normas para que el justiciable opte alternativamente por notarías y gobiernos locales.
- l) Define al fin a la Corte Suprema de la República como Corte de Casación en materia civil y regula por primera vez el Recurso de

Casación, definiendo sus fines, causales y procedimiento (arts. 384 y ss). Tiene en cuenta el ambiguo mandato de la Constitución de 1979, vigente durante su gestación, que así lo disponía en su art. 241.⁽⁵¹⁾

Esta incorporación permite al más alto tribunal del Poder Judicial la posibilidad de construir jurisprudencia vinculante y ordenadora, doctrina jurisprudencial y plenos casatorios, liderando los cambios necesarios para actualizar y modernizar la función jurisdiccional poniéndola al servicio de la nación. Esta tarea aún se encuentra en deuda.

(51) Art. 241 Constitución 1979.- *Corresponde a la Corte Suprema fallar en última instancia o en casación los asuntos que la ley señala.*

LA PRUEBA DE LOS HECHOS EN EL PROCESO CIVIL Y LA ESTRUCTURA DE LA PREMISA MENOR (PREMISA FÁCTICA) EN UNA DECISIÓN JUDICIAL

Martín Hurtado Reyes (*)

1. INTRODUCCIÓN

Como veremos más adelante, lo que se prueba en el proceso, son hechos, pero no cualquier hecho, sino aquellos que se han controvertido por las afirmaciones y negaciones de las partes en el proceso (se prueba el enunciado del hecho y no el hecho propiamente), pero, que además se relacionen con los hechos que fueron configurados por el ordenamiento jurídico como supuesto de hechos de determinada disposición normativa.

Pero, la problemática en este tópico probatorio, no es saber concretamente (aunque daremos algunas pautas teóricas sobre el particular) qué hechos merecen ser probados y por alguna razón aquellos en los que no resulta necesario realizar actividad probatoria por alguna situación concreta. Lo que nos lleva a realizar este breve ensayo es determinar por qué es necesario probar hechos en el proceso, cuándo un hecho se encuentra probado y cómo se da por probado.

Es decir, nos preocupa establecer una respuesta a la pregunta, de qué forma se puede entender que un hecho importante, esencial, relevante del caso, se encuentra probado. Qué tipo de actividad debe realizar el juez para comprobar la veracidad del hecho que sustenta la posición de una de las partes

(*) Doctor en Derecho y Magíster en Derecho Civil y Derecho Procesal. Profesor Universitario y ex Juez Supremo de la Corte Suprema de Justicia de la República.

y qué hacer o de qué manera proceder cuando se presenta una ardua controversia respecto de si un hecho está probado o no, cuando a la luz de los medios de prueba aportados al caso nos encontramos con respuestas que puedan ser incompatibles o contradictorias.

La situación no es sencilla, porque no es fácil para un juez o un árbitro y para todo aquel que resuelve conflictos intersubjetivos heterónomos establecer cuándo un hecho del proceso se encuentra probado. Esta tarea es compleja y ardua, porque concluir que determinado hecho se encuentra probado o no lo está, nos lleva a una actividad que puede presentar algunos problemas.⁽¹⁾

Si en el proceso se prueba la afirmación de las partes sobre hechos, eso significa que se pueden presentar problemas de prueba en relación a los hechos que se buscan probar. Ahora bien, la tarea de probar hechos sirve finalmente para que, el juez luego pueda realizar la calificación jurídica de los mismos. Por lo que en el proceso se pueden presentar problemas fácticos (de prueba de los hechos relevantes) y problemas normativos a partir de los hechos probados, porque la discusión se puede trasladar a la calificación jurídica que se debe hacer de los mismos. En este último caso, ya no habrá discusión propiamente sobre los hechos, sino concretamente sobre la calificación jurídica de los mismos.

Entonces, tenemos que probar los hechos es un tarea importante, pero a la vez compleja. En nuestro medio no nos hemos ocupado mucho del estudio de los hechos, los reflectores siempre recaen en la aplicación de la disposición normativa o las instituciones vinculadas a ella, sin darnos cuenta que existe una labor de mucha relevancia en cuanto al trabajo de los hechos en el proceso, de la cual, no nos ocupamos de cotidiano, pese a la relevancia que tienen. Es por ello, que hemos apuntado al título del presente trabajo.

(1) Rivera nos grafica el problema que se presenta en la prueba, sobre todo para determinar la finalidad de la prueba, por lo que indica que no cabe duda que la finalidad de ésta está íntimamente ligada a la concepción del proceso y sus objetivos. Dos son los enfoques fundamentales en el Derecho procesal contemporáneo: a) *cognositivismo racional garantista*, fundado en que el proceso se debe administrar justicia, por tanto, unos de los principales propósitos es establecer la verdad y que ésta sea rasgo esencial de la decisión; b) *decisionismo procesal*, que algunos osadamente titulan Garantismo procesal, puesto que se reducen las garantías a la actividad de las partes dentro del proceso, y afirman que el objetivo principal del proceso judicial es resolver el conflicto entre las dos partes del caso concreto. Rivera Morales, Rodrigo. La prueba: Un análisis racional y práctico. Editorial Marcial Pons. Madrid 2011, p. 34.

2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

En ese sentido, nos proponemos dar algunas pautas informativas respecto de la prueba de los hechos en el proceso, concretamente postular algunas ideas que nos lleven a contestar las siguientes interrogantes: i) cuándo se entiende que un hecho se encuentra probado; ii) cómo se da por probado un hecho; y iii) cómo se sustenta la calificación jurídica de un hecho probado.

Nos interesa poner en evidencia que el trabajo con los hechos en el proceso, no tiene un manejo adecuado en nuestro medio pese a la frondosa información que existe hasta la fecha. Partiendo de la idea que un buen manejo de los hechos nos puede llevar a realizar también una adecuada calificación jurídica de los mismos.

El manejo correcto de los hechos por el juez al momento de emitir la sentencia y valorar la prueba nos debería llevar a dar por probados o no los hechos relevantes que fueran afirmados o negados por las partes. Por ello, es que hoy se habla de una concepción racionalista de la prueba que aboga por una fuerte exigencia de motivación de la decisión sobre los hechos.⁽²⁾

Para ello se necesita que los enunciados probatorios que establezca el juez en la sentencia se vinculen con el material probatorio, que se encuentren justificados y que sean susceptibles de un control por las partes, que se sustenten en máximas de la experiencia, reglas de la lógica y reglas de la ciencia. Evitando conclusiones probatorias arbitrarias o absurdas.

En suma, tenemos sumo interés en explicar el tratamiento que le debe dar el juez a los hechos en el proceso.

3. QUÉ SE PRUEBA EN EL PROCESO, CUÁL ES EL OBJETO DE LA PRUEBA

Se afirma de corriente que lo que se prueba en el proceso son: hechos. Como *hecho*,⁽³⁾ se puede entender a todo acontecimiento o suceso acaecido en

(2) Jordi Ferrer nos indica las notas características de la concepción racionalista de la prueba: a) el recurso al método de la corroboración y refutación de hipótesis como forma de valoración de la prueba; b) la defensa de una versión débil o limitada del principio de inmediación; c) una fuerte exigencia de motivación de la decisión sobre los hechos; d) la defensa de un sistema de recursos que ofrezca un campo amplio para el control de la decisión y su revisión en instancias superiores. Ferrer Beltrán, Jordi. "El control de la valoración de la prueba en segunda instancia, intermediación e inferencias probatorias" en Revista Revus en <http://journals.openedition.org/revus/4016>.

(3) Repárese en que el estudio sobre los hechos no ha sido una preocupación primordial para los juristas, que, en cambio, han centrado más sus energías en el análisis estricto de la aplicación del

la realidad, todo lo que es posible de ocurrir, por situaciones de la naturaleza o por actos del hombre, éstos últimos de forma voluntaria o involuntaria, con sujeción al ordenamiento jurídico o antijurídico. Son vinculados generalmente a los llamados hechos históricos.

En esta parte del trabajo, la tarea central está dirigida a responder a la interrogante ¿qué se prueba en el proceso? La doctrina conoce a esta parte de la prueba judicial como el *objeto de la prueba*, por lo que se ha sostenido que “objeto típico de la prueba es el hecho o la alegación fáctica”.⁽⁴⁾

La respuesta inicial a esta interrogante es que en el proceso se prueban *hechos*⁽⁵⁾, lo que significa que el objeto de la prueba lo constituyen los *hechos*,

Derecho como problema central de la teoría de las decisiones judiciales. Muy bien expresa esto Andrés Ibáñez, cuando, apoyándose en una cita de Frank, escribe que el “sensible abandono respecto a la *questio facti*, por considerarla, al menos tácitamente irrelevante desde el punto de vista de la ciencia del derecho, ha contribuido a abrir una zona de discrecionalidad en cuanto a los hechos o soberanía virtualmente incontrolada e incontrolable, que ha sido pasada por alto por la mayoría de los juristas”. Aliste Santos, Tomás-Javier. La motivación de las resoluciones judiciales. Editorial Marcial Pons. Madrid. Barcelona, Buenos Aires 2011, p. 294.

- (4) Objeto de la prueba es el tema o materia a la que se refiere la actividad probatoria y sobre el cual se persigue generar la convicción del juez o la fijación en la sentencia por aplicación de una norma de valoración legal. En principio puede decirse que objeto de la prueba son los datos alegados por las partes. Pero, a continuación debe advertirse que: 1) fundamentalmente se trata de los datos de hecho; 2) pueden ser objeto de prueba las normas jurídicas y las reglas y juicio técnicos o de valor de naturaleza no jurídica; 3) no todos los datos de hecho necesitan ser objeto de la prueba. Ortells Ramos, Manuel. Derecho Procesal Civil. Editorial Aranzadi A Thomson Company. Segunda edición. Navarra 2001, p. 371.
- (5) Aunque la doctrina no es pacífica en este caso, ya que existen posiciones que sostienen que el objeto de la prueba no son precisamente “los hechos” sino más bien la “afirmación”. Aquí encontramos la posición de Muñoz Sabaté: “mi posición ha estado siempre a favor de la segunda tesis, es decir, aquella que reconoce a la afirmación como único objeto de la prueba. Los hechos que se investigan, a partir de una hipótesis o de una mera sospecha, pero una vez hallados no se exponen en el proceso como un capitel etrusco se exhibe en un museo, sino que procesalmente se trasmutan en afirmaciones. Esas afirmaciones son necesarias porque, sin ellas no habría fase de alegaciones, y por ende no habría proceso, y una vez formuladas exigen su debida verificación a través de la prueba. El objeto de investigación es el hecho; el objeto de la prueba, la afirmación”. Agrega este autor que también es evidente que esta polémica carece de suma utilidad práctica y puede zanjarse con una proposición tan ecléctica y transaccional como la que propone García Martín Montero, cuando considera que tal vez lo más lógico sea afirmar que constituyen el objeto de la prueba los hechos en cuanto afirmados, o las afirmaciones en la medida en que contienen unos hechos. Muñoz Sabaté, Lluís. Fundamentos de la prueba civil. Fundamentos de la prueba civil, LEC 1/2000. Editorial Bosch. Barcelona 2001, p.102.

pero no un hecho cualquiera, los hechos que son materia de prueba son los *hechos controvertidos*, es decir aquellos hechos que propone una de las partes y no es aceptado por la otra. Objeto de prueba –señala ARAZI- puede ser cualquier hecho cuya demostración tenga interés para el proceso; pero no todos los hechos deben ser necesariamente probados: no lo son los admitidos, los notorios, los evidentes los normales, etcétera.⁽⁶⁾

En esta parte debemos hilar fino, si es cierto que en el proceso civil se prueban *hechos*, pero, la idea hasta ahí resulta incompleta, puesto que lo que es objeto de prueba no son propiamente los hechos, sino las *afirmaciones que se hacen sobre los hechos*. Aun con esta precisión el objeto de prueba no está completo, porque con respecto a lo que las partes afirman como hechos, serán objeto de prueba aquellos hechos respecto de los cuales se haya generado confrontación, los hechos que tienen desencuentro, los hechos respecto de los cuales no hay acuerdo, son los llamados *hechos controvertidos*, es decir, aquellos hechos afirmados por una parte y negados (total o parcialmente) por la otra.

Esta es la secuencia que se debe tomar en cuenta para definir en el proceso civil, cuál es el objeto del proceso, entonces, podemos decir que los hechos que deben ser materia o objeto de prueba, son los hechos que hayan sido afirmados por las partes siempre que sean controvertidos.

Se deben entender como *hechos controvertidos*⁽⁷⁾ al conjunto de hechos con respecto a los que las partes no tienen pleno acuerdo de cómo ocurrieron o se produjeron en la realidad, son los hechos sobre los que existe controversia, son los hechos que impiden una solución armoniosa de la litis, con relación a ellos es que girará la actividad probatoria (por ello es que los hechos admitidos,⁽⁸⁾ es decir, respecto de los que no hay desencuentro entre las par-

(6) Arazi, Roland. *La prueba en el proceso civil*. Ediciones La Rocca. Buenos Aires 2001, p. 61.

(7) Sobre puntos controvertidos ver el trabajo de Zavaleta Rodríguez, Roger “Los puntos controvertidos como pauta o guía metodológica para la praxis jurisdiccional” en Revista de Derecho Athina producida por estudiantes de la Universidad de Lima. Año 2009.

(8) Hechos admitidos, son los hechos respecto de los cuales no existe discrepancia entre las partes, porque el demandado admitió expresamente determinado hecho postulado por el actor en la demanda, por tanto, no requieren en general que se realice actividad probatoria sobre ellos. Sin embargo, la doctrina considera que pueden darse situaciones en las que el demandado admite los hechos de la demanda, pero, si se requiere de prueba, la teoría se refiere a situaciones en las que se encuentran involucrados derechos indisponibles. V. gr. la admisión de los hechos en el proceso de

tes, no son objeto de prueba) y el pronunciamiento del juez en la sentencia, con el resultado de la actividad probatoria sobre los hechos controvertidos, serán finalmente valorados por el juez para resolver el caso.

Aunque esta tesis puede tener algún inconveniente cuando el demandado haya sido declarado en rebeldía, en este caso, al no existir una posición contraria a los hechos afirmados por el actor, no será posible fijar los hechos controvertidos, ya que tendremos únicamente los hechos afirmados por el actor y no la posición del demandado. En estos casos, se ha sugerido que el juez debe fijar como *hechos relevantes* para el proceso y que serán sometidos a prueba y comprobación, los señalados por el actor en su demanda. Aquí no aparecen las categorías de hechos controvertidos ni de hechos admitidos, porque no es posible atender a esta clasificación, pero, si se pueden mencionar a los *hechos relevantes* sujetos a prueba, que serán únicamente los hechos expresados por la parte demandante.⁽⁹⁾

En donde no ocurra esta situación (rebeldía del demandado) los hechos a probar serán siempre los hechos controvertidos: estos hechos nacen de la confrontación de afirmaciones y negaciones efectuadas por el actor en la demanda y el demandado en la contestación de demanda.

Aunque debe quedar aclarado que serán hechos controvertidos aquellos que se configuran en relación a la pretensión y permitirán resolver la litis, no son hechos controvertidos los desacuerdos periféricos con respecto a la actividad probatoria.

Aunque excepcionalmente pueden integrar como elemento central de la controversia la relevancia de la norma jurídica (constitucionalidad, interpretación, antinomias, lagunas normativas, etc.),⁽¹⁰⁾ resolviendo el problema de re-

divorcio, en estos casos, aun con la admisión de los hechos que integran la demanda, los hechos aun admitidos no estarán exentos de prueba.

(9) Kielmanovich sobre el hecho admitido señala que no puede ser objeto de prueba, aunque debe tratarse de un hecho admitido expresamente, pues en realidad la admisión tácita derivada de la rebeldía, de la no contestación de demanda, o de su contestación con evasivas o negativas genéricas, no le quita en rigor a aquel su cualidad de "controvertido", pues, como se ha dicho, en tales condiciones el juez *podrá* pero no *deberá* tener por ciertos hechos, como inversamente sucede con los documentos no desconocidos expresa o tácitamente. Kielmanovich, Jorge L. Teoría de la prueba y medios de prueba. Editorial Rubinzal Culzoni. Bs. As. 2004, p. 29.

(10) Esta posición fue asumida por nuestra Corte Suprema en la Casación No. 838-2006-Lima en la que

levancia podrá resolverse la litis de forma adecuada. No se trata propiamente de hechos controvertidos ya que éstos, deben referirse estrictamente a hechos y nos propiamente a la aplicación de elemento normativo o el problema que presente en su aplicación o constitucionalidad. Sin embargo, en un proceso puede existir controversia no solo de hechos sino también de aplicación de disposiciones normativas.

El profesor Castillo Alva señala que para determinar qué debe entenderse por punto controvertido debe seguirse una perspectiva objetiva en la que: i) no toda cuestión que de manera subjetiva o particular una de las partes no acepte o discrepe debe entenderse como punto controvertido (o zona de no acuerdo); v. gr. las observaciones formuladas a un dictamen pericial es una cuestión a tener en cuenta y no necesariamente un punto controvertido; ii) los puntos controvertidos están en función de la pretensión planteada y a la pertinencia directa e inmediata de la discusión procesal, la cual debe ponderar el objeto del proceso o de la indagación. Se excluyen aquí las discrepancias nimias o sin importancia en función de la información que se busca completar para fijar las premisas del razonamiento judicial (relevancia); iii) los puntos controvertidos no solo revisten la forma de cuestiones o problemas probatorios que, si bien son los más frecuentes dentro de la litis, no agotan ni terminan por cubrir todas las controversias que pueden presentarse en un proceso. Tal es el caso de la problemática a veces crucial y decisiva de la constitucionalidad o no de un precepto, el alcance interpretativo de una disposición, entre otros aspectos relevantes; iv) en el campo civil se debe distinguir, dentro de la calificación de la demanda, el petitorio planteado y la fijación de los puntos controvertidos entre las partes.⁽¹¹⁾

Conforme lo señala COUTURE sólo los hechos controvertidos son objeto de prueba. Esta conclusión se apoya en la norma que establece que las pruebas deben ceñirse al asunto sobre que se litiga, y las que no le pertenez-

se señaló: "(...) conviene precisar que la estación procesal en la que se fijan puntos controvertidos busca establecer los extremos de la demanda y la contestación que van a ser necesariamente objeto de pronunciamiento por el juez de la causa, sean estos fácticos o de derecho derivados de los hechos que motivaron la litis o de la interpretación y aplicación de las normas en el caso concreto, porque resulta erróneo sostener que cuando se fijan los puntos controvertidos aquellos correspondan únicamente a los que serán materia de probanza".

(11) Castillo Alva, José Luis. Proscripción de la arbitrariedad y motivación. Editorial Grijley. Colección: Derecho & Tribunales No. 04. Lima 2013, p. 107-109.

can serán irremisiblemente desechadas de oficio, al dictarse la sentencia. Y los asuntos sobre que se litiga son, sin duda, aquellos que han sido objeto de proposiciones contradictorias en los escritos de las partes.⁽¹²⁾

Corresponde al juez como director del proceso determinar cuáles son los hechos admitidos por las partes de manera expresa o tácitamente, cuáles fueron admitidos parcial o totalmente y cuáles son los hechos en que las partes mantienen posiciones discrepantes, fueron negados o rechazados por una de las partes. En fin, se trata de todos aquellos hechos vinculados a la pretensión y a la defensa, sobre los cuales las partes no se han puesto de acuerdo. En suma, todo hecho respecto del cual las partes tengan discrepancias, siempre que se vinculen a la controversia.

La doctrina se refiere en cuanto a este punto a la tesis de la *admisión*, señalando que todos los hechos que fueron admitidos (expresa o tácitamente) por las partes y sobre los cuales no hay ninguna confrontación, no configuran los hechos controvertidos, *contrario sensu* los serán todos aquellos hechos que no fueron de ninguna forma admitido por las partes. Suele llamárseles hechos admitidos y por lo general no admiten actividad probatoria, pero si pueden sustentar la decisión, lo que significa que sirven para sustentar la decisión.

No debe perderse de vista que los hechos controvertidos tiene conexión con varios elementos que integran el proceso: i) con la demanda y la contestación de demanda, de allí es donde se extraen los hechos controvertidos; ii) con la pretensión procesal, serán considerados hechos controvertidos aquellos que se encuentren relacionados a dar una adecuada respuesta judicial a lo que pretenden las partes; iii) se relacionan con la actividad probatoria, ya que el juez fija los temas sobre los que debe recaer la actividad probatoria: admisión, contradicción, actuación y valoración de la prueba; iv) con la motivación y con el principio de congruencia procesal, ya que están vinculados a lo que será materia de pronunciamiento expreso en la sentencia, la decisión emitida será nula si no se pronuncia y absuelve todos los hechos controvertidos fijados oportunamente; v) con la validez de la sentencia y de lo actuado, ya que si no se fijaron los hechos controvertidos o se fijan incorrectamente, la decisión que se emita podría ser nula.

(12) Couture, Eduardo J. *Fundamentos de derecho procesal civil*. Editorial IB de F. Montevideo-Bs. As 2005. 4ta. Edición, p 183.

Castillo Alva resalta la importancia de los puntos controvertidos, la que se revela de lo siguiente: i) la admisión de los medios probatorios que se realiza una vez fijada la materia en discusión a través de un juicio de relevancia.⁽¹³⁾ En efecto, será relevante todo medio probatorio⁽¹⁴⁾ que sirve para acreditar los hechos y que es capaz de incidir en el resultado de la decisión judicial. La determinación o no de la pertinencia de un medio probatorio se logra en virtud de la fijación de los puntos controvertidos; ii) la actuación de los medios probatorios en el sentido de que los medios de prueba admitidos sirven para resolver los problemas planteados en los que existe desacuerdo entre las partes; La actuación procesal, en especial, la actuación de los medios probatorios (testimonios, documentos, pericias, inspección oculares, etc.) tiene como finalidad generar convicción en el juez y resolver los diversos problemas (fácticos) de la litis; iii) la valoración individual y conjunta de los diversos medios de prueba,⁽¹⁵⁾ ya que facilita la corroboración a través de la posibilidad preponderante o más allá de la duda razonable de los medios de prueba debe tomar como aspecto central la determinación de los puntos controvertidos a fin de resolver de manera satisfactoria la controversia. No es posible ni correcto cuestionar la valoración de la prueba sobre un aspecto o elemento que no ha sido fijado como punto controvertido; iv) la justificación de la decisión o la motivación de la resolución judicial debe tomar en cuenta de manera obli-

(13) El concepto de relevancia es especialmente importante como criterio para la selección de los medios de prueba admisibles. La relevancia es un estándar lógico de acuerdo con el cual los únicos medios de prueba que deben ser admitidos y tomados en consideración por el juzgador son aquellos que mantienen una conexión lógica con los hechos en litigio, de modo que pueda sustentarse en ellos una conclusión acerca de la verdad de tales hechos. Taruffo, Michele. *La prueba*. Madrid, Barcelona, Buenos Aires. Marcial Pons, p. 38.

(14) Schum explica que los sinónimos comunes para el término relevancia son pertinencia, apropiación, relación, conexión e idoneidad. Nos cita la Federal Rules of Evidence (régimen de derecho probatorio), concretamente la norma FRE-401 que señala: "Prueba relevante" significa la prueba que tiene alguna tendencia de hacer más o menos probable la existencia de cualquier hecho de importancia o determinación de la conducta de lo que sería sin la prueba. Schum, David. *Los fundamentos probatorios del razonamiento probabilístico*. Editorial Orión Vargas. Bogotá 2016, p.115-116.

(15) La apreciación del resultado de las pruebas –afirma Rivera– para el convencimiento del juez no debe ser empírica, fragmentada o aislada, ni ha de realizarse considerando aisladamente cada una de las pruebas, ni separarse el resto del proceso, sino que debe comprender cada uno de los elementos de prueba y su conjunto, es decir, todo el acervo probatorio que surge en el proceso. Debe tenerse en cuenta que el resultado particular de un medio probatorio puede, junto a otros, tomar un significado distinto. Rivera, Morales, Rodrigo. *Op. Citada*, p. 356.

gatoria los puntos sujetos a controversia. Toda justificación racional de una sentencia debe resolver de manera suficiente las pretensiones y los problemas que las partes lleven al órgano jurisdiccional.⁽¹⁶⁾

Entonces, tendremos que la regla general en materia de prueba judicial, es que en el proceso se prueban hechos⁽¹⁷⁾, sustancialmente hechos controvertidos⁽¹⁸⁾ Aunque conviene señalar - como ya lo dijimos - que en doctrina también se expresa la idea que el objeto de la prueba no son los hechos, sino las afirmaciones que sobre los hechos efectúan las partes.⁽¹⁹⁾ Obviamente, to-

(16) Castillo Alva, José Luis. Op. Citada, p. 116-117.

(17) La posición de Trionfetti estiliza un poco esta tesis, señalando que “los hechos” del proceso no se descubren ni se encuentran. Se construyen. Sostengo que en el proceso no hay “hechos”, sino versiones o relatos. En el proceso no hay hechos, al menos no están los hechos que se deben probar. Aunque agitemos el expediente una y otra vez, aunque estemos presentes en todas las audiencias, observemos todos los documentos, etcétera, jamás veremos “los hechos” porque ellos sencillamente ya ocurrieron y son irreproducibles. Agrega este autor que si en el proceso “estuviesen los hechos” no sería necesaria la prueba. Pero porque los hechos no están, sino sólo versiones de ellos, resulta necesario para dirimir la contienda, o que la versión del actor no sea refutada (contestación de demanda, rebeldía, confesión expresa, etc.) o que siendo poco verosímil o refutada en sus aspectos fácticos, se pueda desplegar un sistema de representaciones (pruebas en sentido estricto) o de inferencias de clausura (carga de la prueba y presunciones) o ambas conjuntamente que defina cuál de las versiones encontradas es la correcta y en qué extensión, o si la versión del actor, no refutada por incumplimiento de las cargas de refutación del demandado, resulta verosímil. Confundir “hecho” con la “el relato de los hechos” es confundir el territorio con el mapa que lo representa. Trionfetti, Víctor. “La construcción de los hechos en el proceso”. Revista de Derecho Procesal 2005-I: Prueba, Tomo I, dirigido por Rolando Arazi, Santa Fe 2005. Editorial RubinzalCulzoni, p. 105 a 112.

(18) Sostiene FRANCESCO CARNELUTTI que entre los hechos no afirmados por ningún de las partes, hechos que no existen para el juez, y los hechos afirmados por todas las partes, que para él existen sin más, se encuentra la zona neutra de los hechos *afirmados tan sólo por una o alguna de las partes*, es decir, hechos *afirmados pero no admitidos*, que pueden existir o no. Son los llamados hechos *controvertidos*, que constituyen la regla en materia de prueba. El juez se encuentra aquí frente a la afirmación de una parte y a la negación de la otra, es decir, ante la discusión de un hecho: es necesario proporcionarle el medio o indicarle la vía para resolver la discusión, o sea para fijar en la sentencia el hecho *no fijado por las partes*. Carnelutti, Francesco. *La prueba civil*. Editorial Ediciones Acajú. Buenos Aires, p. 15 a 17.

(19) Esta posición es asumida por Xavier Lluch al expresar que el objeto de la prueba no son los hechos, sino las afirmaciones que sobre los hechos, efectúan las partes, tal como apunta Serra Domínguez o los enunciados sobre los hechos como indica Taruffo. Los hechos existen en la realidad, fuera del proceso, y en el proceso se verifican las afirmaciones que las partes efectúan sobre los mismos y a través de los escritos de alegaciones. Incluso autores que han defendido que en el proceso se prueban los hechos han matizado su postura. Así Stein, tras afirmar que son objeto de prueba los hechos, añade que “el juez sólo se enfrenta directamente con los hechos en la inspección ocular. En

mando en cuenta que se trate de hechos afirmados que sean relevantes para la solución de la controversia.

Esto quiere decir como lo sostiene Ferrer Beltrán que no puede probarse una mesa ni un contrato ni una obligación. Lo único que puede probarse es el enunciado que afirma la existencia de una mesa en mi despacho, no la mesa misma. Del mismo modo, puede probarse el enunciado que afirma (o niega) la firma del contrato, etc. En el proceso, por tanto, deberá probarse los enunciados sobre los hechos formulados por las partes.⁽²⁰⁾

En el ámbito de un proceso judicial –sostiene Llinás- no se tienen en cuenta *hechos* (en sí mismos) sino *enunciados*⁽²¹⁾ que describen hechos para efectos de su individualización y la determinación de su relevancia jurídica; se trata de enunciados empíricos que describen la realidad.⁽²²⁾

Desde el punto de vista probatorio se puede entender como enunciado fáctico a las expresiones que hacen las partes en el proceso respecto de hechos que habrían ocurrido en la realidad, los que pueden ser verdaderos o falsos. Solo serán verdaderos si tienen correspondencia con la realidad. Podríamos decir entonces, que enunciar un hecho (enunciado fáctico) equivale a la afirmación de un hecho, el hecho no es el objeto de prueba, lo es el enunciado de tal hecho.

Taruffo señala con mucho acierto que los hechos no se incorporan a los procedimientos judiciales en su realidad empírica o material: en general ya

todos los demás casos, se le presentan como afirmación de las partes". Y en nuestra doctrina García Martín Montero precisa que los hechos necesitan de la carga de la alegación, por lo que concluye que son objeto de prueba "los hechos en cuanto afirmados o las afirmaciones en la medida que contienen hechos". Concluye el magistrado español que el objeto de la prueba las afirmaciones de los hechos que las partes tiene la carga de alegar e introducir al proceso. Lluch, Xavier Abel. "Sobre la prueba y el derecho a la prueba en el proceso civil". En Objeto y carga de la prueba civil. Coordinadores Joan Picó I Junoy y Xavier Abel Lluch. Bosch Editores, Barcelona 2007, p. 22.

(20) Ferrer Beltrán Jordi. Prueba y verdad en el Derecho. Marcial Pons, Madrid 2002, p.78-79.

(21) Precisa Taruffo que los enunciados no generan determinadas consecuencias por el hecho de haber sido declarados por alguien, sino por haber sido establecidos como verdaderos en el marco de un contexto de relevancia. Agrega que las proposiciones expresadas por los enunciados son declarativas. De hecho, los enunciados en cuestión pueden ser verdaderos o falsos; tienen como objeto circunstancias que, aunque puedan contener implicaciones valorativas y, pueden darse o no darse en el mundo de las experiencias concretas. Taruffo, Michele. Prueba, artículos y conferencias. Editorial Monografías Jurídicas Universitarias, p. 42.

(22) Llinás Silva, María en "El error de hecho", tesis de maestría en Derecho, Universidad de Colombia, Bogotá 2011, p. 11.

han ocurrido y, por lo tanto, pertenecen al pasado. De modo que los hechos no pueden ser percibidos por el juez (excepto algunos elementos de prueba circunstancial), así que tienen que ser reconstruidos por el juzgador de los hechos tomando como base los medios de prueba disponibles. De este modo, los hechos se toman en consideración de una forma muy especial: en forma de enunciados acerca de lo acontecido fácticamente.⁽²³⁾

Por ello, se sostiene que tampoco las calificaciones en términos de verdad o falsedad se aplican a los hechos entendidos como sucesos del mundo material, sino solo a las enunciaciones que a ellos se refieren. Los hechos materiales existen o no existen, pero no son verdaderos o falsos; solo los enunciados fácticos pueden ser tales; serán verdaderos si corresponden a realidades empíricas acaecidas; serán falsos si afirman hechos materiales no sucedidos.⁽²⁴⁾

Se debe entender que la calificación de verdad o falsedad no corresponde propiamente a los hechos, porque éstos ocurrieron o no en la realidad, esta calificación se puede realizar a los enunciados sobre los hechos que hacen las partes en el proceso, pues, serán verdaderos solo si se relacionan con lo que ocurrió en la realidad, si resultan empíricamente comprobables, es decir, aquellos que se correspondan con la realidad, por ello, no basta enunciarlo, sino que se necesitan probarlos. Entonces, la verdad de un enunciado fáctico depende de la prueba que se haya aportado.

Sostiene Gascón que siendo la valoración un juicio de aceptabilidad de los enunciados fácticos en que consisten los resultados probatorios, y teniendo en cuenta que éstos se consideran aceptables cuando su grado de probabilidad se estime suficiente, los criterios (positivos) de valoración indican cuándo un enunciado fáctico ha alcanzado un grado de probabilidad suficiente y mayor que cualquier otro enunciado alternativo sobre los mismos hechos. Agrega que la valoración de la prueba ha de concebirse como una actividad racional consistente en la elección de la hipótesis más probable entre las diversas reconstrucciones posibles de los hechos.⁽²⁵⁾

(23) Taruffo, Michele. *La prueba*. Madrid, Barcelona, Buenos Aires. Marcial Pons, p. 19.

(24) Loría Gonzales, Juan. "La prueba de los hechos: aproximación crítica a las bases argumentales de la prueba en el proceso penal". Tesis para optar el título de licenciado en Derecho. Universidad de Costa Rica, 2011, p. 24.

(25) Gascón Abellán, Marina. *Los hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 1999, p. 161.

Durante el proceso judicial – expresa Ruiz Sanz-, la fijación de la premisa fáctica exige conocer cuáles han sido los hechos que han dado origen al conflicto jurídico. La formulación de enunciados fácticos verdaderos va a depender de que los hechos que se describen en tales enunciados sean a su vez verdaderos. Por lo tanto, se presupone que tales hechos tienen una existencia independiente de nuestros pensamientos. De ahí su vinculación con el modelo de verdad correspondencial y semántico, cuyo principal criterio de verdad es la contrastación empírica o juicio de experiencia. Algunas veces, esto se puede hacer a través de pruebas directas (por ejemplo, en aquellas que provienen del reconocimiento judicial o de la inspección ocular), pero en la mayor parte de las ocasiones, la propia naturaleza de los medios de prueba impide la presencia del juez en el momento de producción de los hechos. Este conocimiento limitado, mediato o indirecto de la realidad, requiere de la inferencia a partir de otros enunciados probatorios. Desde la imposibilidad de un método deductivo, se acaba por utilizar inferencias inductivas en la comprobación de los hechos. Los diferentes tipos de razonamiento inductivo dan lugar a un conocimiento probable, y no certero. Por ello, la declaración de hechos probados no es infalible, sino fidedigna, en todo caso. Este riesgo de falibilidad conduce a la exigencia de que los enunciados fácticos del proceso-judicial hayan de pasar por el tamiz de un conjunto de reglas metodológicas que los aproximen a la verdad.⁽²⁶⁾

De otro lado, se sostiene sobre el hecho, que es un segmento de la historia y, por eso, una abstracción; lo concreto no es el hecho en sí, sino el hecho en la historia. En último análisis, es *tiempo*, o sea, un pasar, algo que aparece y desaparece; en síntesis, el hecho no está firme, por eso es una materia rebelde a la obra que el juez debe cumplir sobre ella y, al mismo tiempo, un instrumento que -mientras lo trabaja- corre el riesgo de que se le escape de las manos. El juez, como Fausto, debe detener el tiempo. El hecho no es otra cosa que tiempo, precisamente porque éste, a su vez, no es sino cambio. Por lo tanto, que el juez opere sobre el hecho quiere decir que opera sobre el tiempo.⁽²⁷⁾

Cabe aclarar también, que dada la variedad de hechos que es posible se presenten en el proceso, pero que muchas veces no es necesario ejercitar sobre

(26) Ruiz Sanz, Mario. "Dialogando sobre lo factico en el Derecho. A propósito del modelo cognoscitivista en la prueba", p. 480-481 en <http://dialnet.unirioja.es>.

(27) RAMÍREZ, Jorge Orlando. Función precautelar. Editorial Astrea. Buenos Aires 2005, p. 01.

ellos actividad probatoria alguna, es decir, no requieren de prueba, así tenemos: Hechos admitidos por las partes, hechos notorios, hechos evidentes, hechos imposibles, hechos presumidos por ley, el derecho nacional, entre otros.

4. HECHO PRINCIPAL Y HECHO SUBORDINADO

Los hechos a probar en un proceso, son aquellos que las partes afirman que se han producido en la realidad y que tienen relación con la controversia planteada.

Las partes en sus actos de postulación afirman normalmente una suma de hechos, algunos relevantes y otros no, por lo cual, una clasificación que sirve para el desarrollo de nuestro tema es la clasificación en la existencia de un hecho principal y de un *hecho subordinado*.

Un hecho es *principal*, cuando se relaciona directamente con la solución de la controversia. La determinación de su veracidad o falsedad de este hecho nos pueden llevar a la resolver la controversia. En un proceso de resolución de contrato, el hecho principal es probar si el contrato se encuentra o no resuelto. El hecho subordinado, es aquel hecho que se configura como una razón para sustentar el hecho principal. En el ejemplo proporcionado sería probar el incumplimiento del deudor, la no entrega del bien, entre otros. La suma de hechos subordinados podrán ratificar o no la resolución del contrato. Lo que significa de alguna manera, que la solución del caso, se cimenta en probar el hecho principal, el que se encuentra nutrido por el hecho (s) subordinado (s).

El resultado probatorio, el razonamiento o inferencia probatoria de un proceso podría reflejar que está probado X (hecho principal) porque se logró probar Y (hecho subordinado). Aunque en casos complejos el hecho subordinado no es único, y pueden involucrarse varios hechos de esta calidad. Probado X porque se encuentra probado RSTU.

García Amado⁽²⁸⁾ aporta mucho sobre este aspecto, señalando que el razonamiento probatorio debe tener la siguiente estructura: Probado X porque probado Y.

(28) García Amado, Juan Antonio. Elementos para el análisis de la prueba y del razonamiento probatorio en derecho en Prueba y razonamiento probatorio, debates sobre abducción. Editorial Colmenares. Granada 2014, p. 56.

Nos indica además un ejemplo para graficar esta inferencia probatoria. Probado que A es el padre biológico de B porque el examen de ADN ha dado el resultado B. Pero, establece que este razonamiento probatorio puede desdoblarse en dos claves, una *clave sustancial* y una clave inferencial. La primera, establece la relación empírica entre hecho principal y el hecho subordinado, para poder establecer con verdad o razonabilidad que probado Y, probado X. La segunda, se refiere a cuál es el tipo de razonamiento o juicio que permite concluir, a partir de “esta probado Y” que “está probado X”, y en el caso, en qué premisas adicionales pueden o debe basarse dicho paso inferencial.

Por su parte Muñoz Sabaté se refiere al *hecho principal* y *hecho secundario*. El primero, es el hecho que permite operar a la norma jurídica. De ahí también para algunos autores (Alf Ross, por ejemplo) lo signifiquen como hecho operativo. Se trata del supuesto fáctico que contiene la norma. Para saber si un hecho es principal tenemos que remontarnos siempre al precepto jurídico, cuyo presupuesto consiste en ese hecho. La correcta identificación del hecho principal permite el debido centraje del *themaprobandi* y la consiguiente atribución del *onusprobandi*. El segundo, es aquel hecho que sin ser sustancialmente constitutivo, extintivo o impeditivo de la relación jurídica pueden, sin embargo, directa o indirectamente afectar a la existencia o inexistencia de la misma. Se trata de hechos que pueden llegar a tonificar o vigorizar la afirmación o negación del hecho jurídico principal.⁽²⁹⁾

Una clasificación que se vincula con el tema en discusión es la de hechos institucionales y hechos brutos, “los hechos brutos deben distinguirse de los “hechos institucionales” y que los primeros no existen en los dominios jurídicos, donde solo los hechos institucionales son pertinentes en el contexto de la toma de decisiones judiciales. Aunque Taruffo señala que el derecho define y selecciona los hechos que pueden ser considerado “en litigio” en todo caso que sea objeto de disputa. En cierto sentido, entonces, los “hechos en litigio”, son siempre institucionales, pues se definen y determinan por medio de la aplicación de normas jurídicas. Pero esto no implica que los “hechos brutos” no puedan llegar a considerarse en el contexto judicial.⁽³⁰⁾

Sobre los hechos institucionales, Larios y Caballero, precisan que necesariamente se encuentran predeterminados en sus datos empíricos y en su

(29) Muñoz Sabaté, Lluís. Fundamentos de la prueba civil. Op, citada, p.103-104.

(30) Taruffo, Michele. La prueba. Op. Citada, p. 17.

calificación por la semántica de las normas de derecho. Esto implica que se trata de los llamados por John Searle “hechos institucionales”. Así, lo que se prueba jurídicamente no son hechos brutos, sino únicamente aquellos hechos determinados por el significado —y, por tanto, por su interpretación— de las normas de derecho, para imputarles alguna consecuencia jurídica. Agrega que no sólo se prueban hechos que se ubican en los supuestos normativos a los que se imputan sanciones jurídicas, sino de muchos otros supuestos normativos: probar la personalidad de un representante legal en un procedimiento, probar la edad de un inculpado para determinar si se le sigue un juicio como menor o como adulto, etcétera.⁽³¹⁾

Entonces, teniendo en cuenta la clasificación aquí utilizada, podríamos decir que resultan trascendentes para la actividad probatoria, que el juez conozca cuándo nos referimos a los hechos principales, tanto como de los hechos subordinados. Asimismo, resulta relevante que se encuentre informado respecto de qué son los hechos institucionales como los hechos brutos y para qué sirven en el razonamiento probatorio.

5. POR QUÉ SE NECESITA PROBAR HECHOS EN EL PROCESO

Las disposiciones normativas establecen de forma hipotética hechos que pueden resultar relevantes para resolver determinado conflicto. En la estructura de la disposición normativa, si esta es condicional, vamos a encontrar un elemento importante para esta tarea, a éste le llamamos comúnmente supuesto de hecho o supuesto fáctico.

Para resolver un caso en particular, lo que se debe establecer como tarea principal es, probar aquellos hechos que se encuentran contemplados de forma hipotética en la disposición normativa aplicable al caso que se pretende resolver. Es por ello que a estos hechos se les conoce como hechos con trascendencia o calificación jurídica.

Cuando se dan por probados los hechos relacionados con el supuesto de hecho de la disposición normativa, el juez puede determinar la consecuencia jurídica que aparece establecida en ésta y resolver el caso. Pero, no podría

(31) Larios Velasco, Rogelio y Caballero Gutiérrez, Lucila. “La estructura del argumento jurídico de prueba” en <https://biblat.unam.mx>.

aplicarse el consecuente de la disposición normativa si los hechos que lo condicionan no se han probado.

Si los hechos que aparecen de forma hipotética en el supuesto de hecho se logran probar en el proceso el juez debe proceder a aplicar el consecuente establecido en la misma, por lo que en este supuesto, la demanda debería ser estimada. Lo contrario, si estos hechos no pudieron ser probados a la luz del material probatorio aportado por las partes, no se podría aplicar el consecuente establecido en la disposición normativa.⁽³²⁾

Entonces, la primera tarea para decidir un caso, es probar los hechos centrales de la controversia que se relacionan con el supuesto de hecho de la disposición normativa que aplica al caso en particular. Por ello, esta parte del trabajo del juez se le puede denominar el manejo de los hechos, ya que se refiere específicamente al tratamiento de los hechos del caso.

Someter a prueba los hechos significa realizar un análisis prolijo de los hechos relevantes y determinar si estos se encuentran probados o no, el insumo esencial para este trabajo son los hechos controvertidos (hechos afirmados por las partes que se controvierten) y la forma para saber su resultado (si realmente ocurrieron en la realidad y de qué forma) lo encontramos en los medios de prueba aportados al proceso, seguido luego del llamado razonamiento probatorio que haga el juez de ellos.

Por lo que, consideramos que el primer paso para la solución de casos es la prueba de los hechos, luego de ello vendrá la calificación jurídica de los hechos probados. Por supuesto, la primera parte de esta tarea es la que más nos interesa. Aunque en ambas se presentan problemas importantes.

Entonces, si se busca la solución del caso a partir de lo que establece la premisa mayor (la disposición normativa aplicable), se debe estructurar correctamente la premisa menor, estos es, los hechos del proceso que tienen relación con el supuesto de hecho de la disposición aplicable al caso. Establecidos los hechos se debe proceder a la calificación jurídica de éstos y de esta última actividad dependerá el resultado del caso en particular.

(32) Por ello Taruffo señala que en el proceso se demuestran hechos no para satisfacer exigencias de conocimiento en estado puro, sino para resolver controversias jurídicas acerca de la existencia de derechos: esto es, no se pretende determinar el hecho en sí mismo sino en la medida en que éste es el presupuesto para la aplicación de normas en el caso concreto. Taruffo, Michele. La prueba de los hechos. Editorial Trotta. Madrid 2002, p. 90.

Sobre los hechos con calificación jurídica Leo Rosenberg ha sostenido que si bien el procedimiento de sentencia se dirige a establecer la existencia o inexistencia de *derechos y relaciones jurídicas*, no son éstos sin embargo objeto de prueba; porque la existencia de un derecho o relación jurídica no es elemento del mundo exterior corporal, y se sustrae a la percepción sensible; pero lo son los hechos que forman la tipicidad del precepto jurídico; más exactamente: las afirmaciones sobre los hechos que motivan o permiten reconocer los caracteres particulares de la tipicidad; pues solo a través de ellos se establece, mediante aplicación de las normas jurídicas, la existencia o inexistencia de los derechos.⁽³³⁾

Ahora bien, por lo dicho hasta aquí, podemos considerar que tanto el abogado como el juez no se encuentran formados académicamente por la Universidad de la que egresaron ni por la institución que forma jueces en el manejo adecuado de los hechos, se les prepara para manejar la parte normativa, conocer, elegir e interpretar la disposición normativa. Sobre los hechos y su adecuado manejo para la solución del caso, no existe mayor referencia en las aulas universitarias. Es por eso, que consideramos que el manejo de los hechos requiere un reforzamiento, que sirva para dar algunas pautas e ideas que nos puedan llevar a comprender en alguna forma, cómo se deben manejar los hechos en el proceso.

Ahí radica la importancia del tratamiento de los hechos y el esfuerzo teórico que hace la doctrina para que los jueces y árbitros puedan sustentar sus decisiones en un adecuado tratamiento de los hechos para resolver las controversias judiciales y arbitrales.

Entonces, si la pregunta gira alrededor de por qué se requieren probar los hechos, la respuesta podría ser, porque la prueba de éstos resulta necesaria e imprescindible para realizar el trabajo de calificación jurídica, de esta forma logramos tener una adecuada solución del caso. La calificación jurídica no sería posible, si previamente no se ha realizado un trabajo adecuado de los hechos.⁽³⁴⁾

(33) Rosemberg, Leo. La carga de la prueba. Editorial IB de F. 2da. Edición. Traducción Ernesto Krotoschin. Montevideo-Bs. As. 2002, p. Pág. 223.

(34) Para que se pueda satisfacer esa función epistémica del proceso y para que la decisión sobre la *quaestio facti* pueda considerarse justificada, es necesario que la valoración de las pruebas, en la que ella debe fundarse, se realice conforme a criterios de racionalidad epistémica. Eso supone la

6. RAZONAMIENTO PROBATORIO:

No es suficiente para la tarea encomendada, señalar que en el proceso es necesario probar los hechos que se relacionan con el supuesto de hecho de la disposición normativa aplicable. Sino que resulta imprescindible establecer cómo determinar que un hecho realmente ha ocurrido, es decir, cuándo un hecho se encuentra probado.

Decir que un hecho se encuentra probado, implica expresar un razonamiento o inferencia sustentada en razones que nos ayudan a establecer que un hecho se encuentra probado. Esta inferencia probatoria requiere estar sustentada en los medios de prueba aportados por las partes, tener un manejo correcto de las máximas de la experiencia, que se haya estructurado con lógica y racionalidad la inferencia y que no atente a ninguna regla de la ciencia. Proscribiendo cualquier tipo de arbitrariedad o subjetividad en el razonamiento.

A esta actividad que realiza el juez para dar por probado un hecho se le llama inferencia probatoria,⁽³⁵⁾ razonamiento probatorio o argumento, que puede ser entendida como el conjunto de enunciados que apoyan una conclusión. Se deben proporcionar razones que lleven a determinar que un hecho ha ocurrido en la realidad.⁽³⁶⁾

apreciación crítica de la fiabilidad de las pruebas a través de las cuales se pretende que el tribunal obtenga, indirectamente, conocimiento de los hechos objeto del proceso así como de la intensidad del nexo inferencial que permite vincularlas con esos hechos. Accatino, Daniela. "La arquitectura de la motivación de las premisas fácticas de las sentencias judiciales" en Hechos, evidencias y estándares de prueba, ensayos de epistemología jurídica. Editorial Universidad de Los Andes. Bogotá 2015, p. 67.

- (35) Ferrajoli reconoce tres tipos de inferencias: una inferencia inductiva (equivalente a lo que aquí he llamado inferencia probatoria), cuya conclusión es, por ejemplo, que "Ticio ha realizado el hecho H"; una inferencia deductiva, cuya conclusión es, por ejemplo, que "Ticio ha cometido el delito G"; y un silogismo práctico, cuya conclusión es, por ejemplo, que "Ticio debe ser castigado con la pena P" (L. Ferrajoli, *Derecho y razón*, pág. 64), citado por Gonzales Lagier, Daniel en "Hechos y conceptos" en www.uv.es.
- (36) Probar un hecho –sostiene González Lagier – consiste en mostrar que, a la luz de la información que poseemos, está justificado aceptar que ese hecho ha ocurrido. Se trata, por tanto, de un tipo de razonamiento en el que podemos distinguir varios elementos: el hecho que queremos probar, la información (acerca de otros hechos más o menos directamente vinculados con el primero) de la que disponemos (que podemos llamar los indicios o *las pruebas*) y una relación entre el hecho que queremos probar y los indicios [Bentham, 2001, pág. 15]. Podemos llamar a este razonamiento "inferencia probatoria". El profesor español diferencia entre inferencias probatorias cuyo enlace es unamáxima de experiencia y aquellas cuyo enlace es una norma o regla. Podemos llamar a las

El razonamiento probatorio respecto de un hecho está configurado por un conjunto o cadena de razonamientos que nos llevan a justificar un hecho como probado, el que nos permite concluir que determinado hecho se encuentra probado, por ello se suele decir, “está probado X” o de lo contrario “No está probado X”, a estas conclusiones suele llamárseles *enunciados probatorios*, que pueden ser positivos y también negativos, dependiendo si está probado o no.

Para Jordi Ferrer el razonamiento probatorio es siempre un razonamiento probabilístico, de modo que nunca podemos alcanzar certezas racionales absolutas respecto de la ocurrencia de un hecho, por rico que sea el acervo probatorio a disposición. Una hipótesis acusatoria sobre los hechos adquirirá un mayor grado de corroboración inductiva cuantas más pruebas cuente a su favor, más fiables sean, y que permitan, a su vez, descartar hipótesis alternativas compatibles con la inocencia del acusado.⁽³⁷⁾

El resultado final del trabajo probatorio del juez concluye lanzando los llamados *enunciados probatorios*, dando de esta forma por probados o no probados los hechos relevantes para la solución del caso. Así se puede concluir que “está probado que el contrato se encuentra resuelto”, “está probado que Juan es ocupante precario”, “no está probado que el negocio jurídico sea nulo”, “no está probado que Pedro fue desposeído del predio”, etc.

Hernández Marín nos indica sobre los llamados *enunciados probatorios*, según la regulación legal del razonamiento probatorio, este razonamiento debe incluir, en calidad de conclusiones de esta cadena de razonamientos, declaraciones de los hechos (extraprocesales) que se considera probados. En

primeras *inferencias probatorias epistémicas* y a las segundas *inferencias probatorias normativas*. Ambos tipos de enlace son básicos, en el sentido de que otros enlaces -por ejemplo, las presunciones- pueden ser reconducidos a uno u otro. Sin embargo, el primer tipo ocupa en el conjunto del razonamiento probatorio un lugar central y en cierto sentido lógicamente prioritario. La razón es sencilla: para poder realizar el segundo tipo de inferencias (aquellas cuyo enlace es una norma) es necesario partir de la constatación de ciertos hechos (las pruebas o indicios), pero para determinar si estos hechos ocurrieron, en algún momento del razonamiento habremos de confiar en máximas de experiencia (aunque sean aquellas que avalan la validez de nuestras observaciones directas). De manera que el segundo tipo de inferencias debe descansaren una inferencia del primer tipo. González Lagier, Daniel. “Hechos y conceptos” en www.uv.es

(37) Ferrer Beltrán, Jordi. “El control de la valoración de la prueba en segunda instancia, intermediación e inferencias probatorias” en *Revista Revus* en <http://journals.openedition.org/revus/4016>.

conformidad con ello, el razonamiento probatorio debería incluir enunciados como “está probado E ”. Este enunciado es un ejemplo de lo que se denomina “enunciado probatorio”. Aunque también puede ser denominado, más precisamente, “enunciado probatorio positivo”; pues también existen enunciados probatorios negativos, como “no está probado E ”. Estos ejemplos revelan que un enunciado probatorio positivo y un enunciados probatorio negativo pueden tener encapsulado el mismo enunciado E .⁽³⁸⁾

A esta situación de dar o no por probar hechos en el proceso (enunciado probatorio), se le conoce también como la *cuestión probatoria*, así lo señala García Amado, indicando que en un proceso se plantea la cuestión probatoria cuando el contenido del fallo depende en alguna medida de un previo juicio y pronunciamiento del juzgador sobre si cierto hecho acaeció o no o sobre si acaeció de una u otra manera. Si a ese hecho lo representamos como H , podemos decir que hay cuestión probatoria en un proceso cuando para el fallo es de algún modo determinante el juicio que expresa probado H o no probado H .⁽³⁹⁾

Resulta interesante la postura de García Amado respecto de los enunciados probatorios, precisando que el enunciado “probado H ” contenido en una sentencia, más allá de su valor constitutivo difícilmente negable, no puede ser asimilado a “verdadero H ”, ya que la posibilidad del error, de no correspondencia entre la declaración de que un hecho a quedado en el proceso probado (en grado suficiente para ese tipo de proceso) y la verdad de ese hecho seguramente nadie osara discutirla (obra citada).

La conclusión probatoria de un hecho nos puede llevar a dar por probado un hecho, pero definitivamente, no es posible darle necesariamente el calificativo de “verdadero”, ello debido a que el enunciado probatorio nos permite concluir a partir del material probatorio que un hecho se produjo de determinada forma, aun cuando este conclusión difiera realmente de lo que ocurrió en la realidad. Pero, lo que no se puede permitir es dejar de dar por probado un hecho que “razonablemente lo considera como verdadero”.

(38) Hernández Marín, Rafael. El juez, el científico y la búsqueda de la verdad en Prueba y razonamiento probatorio, debates sobre abducción. Editorial Colmenares. Granada 2014, p. 8.

(39) García Amado, Juan Antonio. Elementos para el análisis de la prueba, Op. Citada, p. 43.

Por ello, Larios y Caballero precisan que el objetivo ideal de la argumentación probatoria para el juez es justificar la verdad de los hechos controvertidos; sin embargo, si esta verdad se tiene que justificar, entonces se puede cuestionar y controlar. Así, por muy justificada que se encuentre una resolución probatoria, siempre cabe la posibilidad argumentativa de que se pueda refutar (si es impugnabile, la refutación puede tener efectos jurídicos; si ya es jurídicamente inimpugnabile, la refutación será política o académica). Si además consideramos que no todas las resoluciones de prueba tienen una óptima justificación, entonces es inaceptable considerar como equivalentes las expresiones “hecho probado” (que corresponde a tenerlo por verdadero, o sea, la verdad formal) y “hecho verdadero” (que corresponde a la verdad objetiva o material). El segundo concepto sirve de orientación al primero, en su construcción y en su evaluación.⁽⁴⁰⁾

En este sentido, toda inferencia probatoria es susceptible de refutación, aun cuando se encuentre justificada, esto explica la impugnación de las resoluciones judiciales y se configura como una garantía del justiciable. No existe un trabajo acabado basado en inferencia probatoria, pues puede ser discutida a través de la impugnación. De ahí la importancia del trabajo que tiene que realizar el juez respecto de los hechos y cómo darlos por probados.

7. RESOLVIENDO EL PROBLEMA PROBATORIO PLANTEADO

Nos preocupaba de inicio dar respuesta a las siguientes interrogantes: i) cuándo se entiende que un hecho se encuentra probado; ii) cómo se da por probado un hecho; y iii) cómo se sustenta la calificación jurídica de un hecho probado. Empecemos.

7.1 Cuándo un hecho se considera probado

Me parece que el objetivo central de la actividad probatoria o mejor dicho, su tarea última en un proceso judicial consiste en dar por probados o no probados los hechos que fueron afirmados por las partes como elementos importantes en la controversia.

Es axiomático que la aplicación del Derecho –afirma Rivera- consiste en la determinación de las consecuencias jurídicas para unos hechos dados.

(40) Larios Velasco, Rogelio y Caballero Gutiérrez, Lucila. Op. Citada.

El juez, como titular del órgano jurisdiccional, tiene que tomar una decisión afirmando la fijación de los hechos, mediante la fórmula Esta probado que ..., afirmando “el hecho *H* ha ocurrido en el tiempo *t* y en el espacio *e*”. Estos hechos deben extraerse de los hechos narrados por las partes y los elementos de prueba disponibles. Aquí ocurre una transformación final del hecho, pues ya no es hipotético sino declarado como verdadero o falso – en cuanto a afirmación-.⁽⁴¹⁾

Considerar probado un hecho no es una tarea sencilla, más si este hecho es un tema central en determinada controversia y las partes involucradas aportan material probatorio asumiendo determinada posición, la que más conviene a sus intereses postulados.

Las partes afirman o hacen un enunciado respecto de determinado hecho alegando que se produjo (también con la negativa que no se produjo, formulado por la parte contraria) y proporcionan para ello material probatorio para lograr acreditarlo (medios probatorios), corresponde al juez definir (a partir de la prueba ofrecida y actuada) si este hecho, tomando en cuenta el material probatorio, se produjo en la realidad (inferencia probatoria).

De ahí que la doctrina señala que para esta tarea debemos tener un hecho a probar, hecho que tiene que ser afirmado por las partes. Se requiere tener la información necesaria que nos pueda permitir probar la afirmación respecto del hecho (*información disponible para probar*) y por último debe existir una relación entre el hecho a probar y la información con la que se cuenta, deben estar relacionadas o vinculadas.

Por ello, en términos generales se entiende probado el hecho afirmado por las partes cuando los medios probatorios con los que se cuenta en el proceso (aportados por las partes) permiten determinar que el hecho afirmado por las partes se produjo en la realidad fáctica, por lo menos eso es lo que arroja el material probatorio actuado en el proceso.

Para ello, entendemos que el juez para dar por probado un hecho debe proporcionar las razones justificativas que lo llevaron a definir como probado determinado hecho. No se trata de una simple tarea de descubrimiento, sino de una tarea de justificación.

(41) Rivera Morales, Rodrigo. Op. Citada, p.66.

Se deben dar las razones que apoyan la decisión judicial que da por probado determinado hecho relevante del caso. La inferencia probatoria con la que el juez da por probado un hecho debe estar sustentada necesariamente en los medios de prueba aportados por las partes, la prueba suministrada por las partes es el insumo que tiene el juez para definir el hecho (s) relevante se encuentra probado y en qué sentido lo está.

Rivera se refiere a la motivación de los hechos, para indicar que motivar los hechos consiste en expresar mediante argumentos el proceso racional que condujo a que se pueda afirmar que un hecho está probado. Agrega, la motivación de los hechos corresponde a la determinación de un hecho como verdadero o tenerlo por verdadero. Lo que supone que en un proceso en donde hay hipótesis rivales, algunos hechos están negados o no probados.⁽⁴²⁾

7.2 Cómo se da por probado un hecho

El razonamiento probatorio en el proceso judicial nos puede llevar diversas formas de lograr inferencias, las que pueden ser deductivas, inductivas y abductivas.⁽⁴³⁾ Aunque se debe precisar que los argumentos abductivos no son propios de la actividad jurídica y concretamente de la actividad judicial, sino que tienen desarrollo en otras áreas del conocimiento. Bonorino indica un desarrollo de la abducción en la química (Needman 1999), la sociología (Blanchowicz 1996), la inteligencia artificial (Boutilier 1996), la economía (Boutilier y Becher 1995), las ciencias cognitivas (Moriarty 1996), la antropología (Miermont 1994, Pollnac y Hickman 1975), la semiótica (Bonfantini 1987), e incluso el diagnóstico en medicina (Peng y Reggia 1990).⁽⁴⁴⁾

En el proceso judicial se trabaja con diversas formas de razonamiento, aunque ellos no consten expresados en las sentencias judiciales, no es usual que se indique en el contenido de la decisión qué tipo de razonamiento se usó para lograr la finalidad de la actividad probatoria, para probar determinado hecho.

(42) Rivera Morales, Rodrigo. Op. Citada, p.353.

(43) Samaja señala que la deducción va de un conjunto a un subconjunto. La inducción va de un subconjunto a un conjunto. La abducción va de una parte-órgano a un todo-organismo o, simplemente, de la parte al todo, en sentido estricto. Samaja, Juan. "El papel de la hipótesis y de las formas de inferencia en el trabajo científico" en fido.palermo.edu.

(44) Bonorino Ramírez, Pablo Raúl. "La abducción como argumento" en <https://dialnet.unirioja.es>.

Se identifican en las sentencias judiciales diversos tipos de razonamientos, aquí encontramos al razonamiento deductivo, inductivo y abductivo. A través de estos razonamientos podemos llegar a dar por probado o no determinados hechos.

Entonces, podríamos decir que si la pregunta es, cómo se prueba un hecho, la respuesta podría ser, a través de estos tres argumentos ya mencionados. Consideramos que con estas formas de argumentar señaladas se pueden dar por probados los hechos relevantes de un proceso. Veamos brevemente cada uno de ellos.

7.2.1 Argumento deductivo

Por el argumento deductivo, tenemos que a partir de las premisas se deduce (deductivo) una conclusión, que será verdadera o cierta, solo si las premisas lo son. Es tipo de argumento es estrictamente lógico y se usa en los argumentos silogísticos. Aunque en la prueba es de uso corriente este tipo de argumento.

Ya sabemos que la inferencia deductiva, nos lanza una conclusión que se deriva necesariamente de las premisas que la sustentan, de tal forma que si las premisas son verdaderas la conclusión también debe serlo.

La deducción⁽⁴⁵⁾ a decir de Jañez permite inferencias necesariamente verdaderas –partiendo de premisas verdaderas-. La inducción permite inferencias tanto ciertas como probables. El razonamiento inductivo asciende de un conocimiento de menor grado de universalidad a un nuevo conocimiento de mayor grado de universalidad – de los casos concretos se pasa a un juicio universal (general). Lo universal, repetido, regular se conoce estudiando lo particular⁽⁴⁶⁾

(45) Mac Cormick denomina justificación deductiva al argumento que sirve de base a la justificación de primer nivel porque se puede reconstruir como un argumento deductivamente válido. El argumento es deductivamente válido si su forma es tal que las premisas implican (o causan) la conclusión, a pesar del contenido de las premisas y de la conclusión. Feteris, Evelin. Fundamentos de la argumentación jurídica. Revisión de las teorías de la justificación de las decisiones judiciales. Editorial Universidad Externado de Colombia. Bogotá 2007.

(46) Jañez Barrio, Tarsito. "El razonamiento lógico y jurídico" en La argumentación jurídica. Editora jurídica de Colombia. Medellín 2007, p. 343 y 354.

La diferencia entre el argumento deductivo y otro inductivo –sostiene Atienza– es que sólo en relación con los primeros puede decirse que es imposible que las premisas sean verdaderas y la conclusión no lo sea: “*El juez que cometa un acto de prevaricato deber ser condenado a la pena mínima de una año; el juez J ha cometido un acto de prevaricación; por lo tanto, el juez J debe ser condenado a una pena mínima de una año*”. En el caso de las inducciones, lo que queremos decir –agrega Atienza– es que es probable (en grado mayor o menor) que si los enunciados fácticos son verdaderos, entonces lo sea también la conclusión: “*El testigo T manifestó que vio como A amenazaba con una pistola a B en el lugar L y en el tiempo T; la autopsia mostró que B falleció en el lugar L y el tiempo T por el disparo de una pistola; cuando la policía fue a detener a A, encontró que tenía en su poder la pistola que luego se probó que era la misma con la que se había disparado contra B; por tanto, A causó la muerte de B*”. Los argumentos abductivos se diferencian de los anteriores porque con la abducción surge una nueva idea.⁽⁴⁷⁾

El problema del razonamiento deductivo reside en que para arribar a una conclusión verdadera debemos tener cuidado de que las premisas de las que se derivan son también verdaderas, sino lo son, la conclusión tendrá problemas de validez. El resultado sería controvertible. Sobre todo se debe tener cuidado con la premisa menor o fáctica, pues en ella pueden residir los problemas de validez.

Regla: Se incurre en causal de adulterio si el cónyuge tiene relaciones sexuales con persona diferente a su cónyuge (premisa mayor). Carlos incurrió en causal de divorcio si se prueba con un video que tenía relaciones sexuales con María, persona distinta a su cónyuge. La conclusión en este caso proviene de las premisas. Carlos es casado con Juana, pero Carlos tuvo relaciones sexuales con María (premisa menor), entonces, Carlos incurrió en causal de divorcio.

Regla: La obligación es exigible si se vence el plazo pactado (premisa mayor). Pedro firmó una letra de cambio por \$ 50.000 dólares americanos, la letra se venció el último día del mes diciembre del año 2017 (premisa menor) y no existe prórroga del plazo de cumplimiento, entonces, la obligación resulta exigible. La conclusión: la obligación resulta exigible proviene de las premisas.

(47) Atienza, Manuel. Curso de argumentación jurídica. Editorial Trotta, Madrid 2013, p. 177-178.

Regla: Si no se paga el pago del precio de la compraventa el contrato quedará resuelto (premisa mayor). Richard no pagó el precio pactado por la compra del inmueble X, por lo cual, Diana le remitió la carta notarial de resolución de contrato. Entonces, si Richard no pagó el pago del precio (premisa menor), el contrato se resolvió por incumplimiento de lo pactado.

En los ejemplos propuestos, la conclusión deriva de las premisas. Aunque es posible que la situación se controvierta presentando debilidades la premisa menor, por ejemplo si el video del primer caso estuvo editado, en el segundo caso si la fecha de vencimiento de la obligación fue adulterada y en el tercer ejemplo si en la carta notarial no aparece con claridad que el contrato haya sido resuelto.

Aunque hay situaciones en las que se puede alcanzar la certeza de un hecho, por ejemplo si se trata de probar que X es hijo de Y, si en el caso se practicó la prueba de ADN y los resultados son negativos para demostrar la paternidad del hijo, entonces, tenemos que acorde con el conocimiento científico actual, si la prueba de ADN es negativa, el descarte biológico es al 100%, aquí no hay probabilidad ni dudas, existe certeza del hecho. La regla aquí sería: si no existe compatibilidad genética entre el supuesto padre y el supuesto hijo, el resultado negativo es de descarte al 100%. El resultado aquí sería meramente deductivo.

Por lo cual, podemos indicar que si bien este argumento es cotidiano para sustentar desde el punto de vista probatorio las decisiones judiciales, con el objeto de dar por probado determinado hecho, también es cierto que presenta algunas objeciones debido al problema que pueden presentar las premisas en la que se sustenta la conclusión, sobre todo cuando la premisa menor presenta debilidades o es fácilmente refutable.⁽⁴⁸⁾ Esto es en la premisa en la que se dan por probados determinados hechos.

(48) Rivera afirma que el verdadero problema de la aplicación deductiva se ubica en la aceptación de la conclusión, pues la debilidad de la misma está en la fragilidad epistemológica de las aserciones (enunciados probatorios) sobre hechos singulares. Puede ser absolutamente verdad y aceptada la regla, pero ser falso el hecho singular o premisa menor. Es decir, el problema de la deducción se centra en la validez y corrección de las premisas. Este autor pone el siguiente ejemplo, regla: nadie puede estar, en carne y hueso, simultáneamente en dos sitios distintos a la misma hora; Caso o Premisa Menor: Juan estaba en Bogotá a esa hora; *Resultado* Juan no mató en San Cristóbal a Pedro. Pero resulta que la prueba de la premisa menor se funda en medios falseados: Testigos falsos y sellos de pasaporte falseados. Rivera Morales, Rodrigo. Op. Citada.

7.2.2 Argumento inductivo

En cuanto al argumento inductivo, tenemos que esta forma de razonamiento implica que a partir de las premisas se generaliza y se induce (inductivo) una ley general, sin embargo, aquí no se asegura la verdad de la conclusión, sino simplemente se trata de dar un argumento razonable. El que se entiende como una conclusión probable.

La inferencia o razonamiento inductivo, nos lleva a una conclusión probable a partir de las premisas, partiendo de ellos particulares se generaliza, generando inductivamente una regla universal que sirve para explicar los hechos en el proceso.

Esta forma de razonamiento para dar por probado un hecho se sustenta en premisas que apuntan a determinar razonablemente que el hecho se produjo de determinada forma, no siendo la conclusión verdadera, sino solo probable.

El procedimiento racional en virtud del cual por la observación de varios hechos particulares, llegamos al conocimiento de los principios generales aplicables a todos los hechos, se llama inducción. La inducción es una forma de pensamiento conjetural que precisará ser demostrado por tener un cierto grado de certeza. Por ello, las conclusiones o inferencias inductivas son probables, es decir que admite un mayor grado de confirmación. Esta forma de razonamiento es la que utiliza el operador jurídico en la valoración de la prueba y en el conocimiento de los hechos.⁽⁴⁹⁾

Este tipo de razonamiento es el que tiene mayor uso en la actividad judicial o arbitral, es el que permite a partir de determinadas premisas, de hechos particulares arribar a una regla universal, la cual permite explicar los hechos del proceso, permitiendo de esta forma dar explicaciones probables no definitivas.

Se pasa de lo particular a lo general. Los hechos particulares observados y que se producen repetidamente nos pueden ayudar a establecer una regla universal, una ley que sirva para llegar a una explicación probable, la que puede tener utilidad para hacerla extensiva a otros casos posibles.

(49) Suárez, Carina. *Cómo plantear, resolver y argumentar un caso. Estrategias jurídicas para el análisis, planteamiento de hipótesis, toma de decisiones y fundamentación*. Editorial García Alonso, Lima 2012, p. 48.

Es probable que Juan sea ocupante de un inmueble para que se le declare la adquisición del derecho de propiedad por prescripción adquisitiva: si todos sus hijos nacieron en el bien que es materia de litis, si la construcción tiene la antigüedad de la posesión, si existen sembríos que tengan una antigüedad contemporánea a la posesión, si paga los impuestos prediales, si le impusieron una multa por no tener licencia de construcción. La ley universal en este caso podría ser que se deben entender como propietario por prescripción a quien posea un inmueble y demuestre a través de diversos hechos particulares que estuvo en posesión durante el tiempo que alega.

En el razonamiento inductivo se trabaja con las máximas de la experiencia, indicios, prueba por presunciones, las reglas de la lógica y las reglas de la ciencia. Los hechos particulares observados nos deben llevar de forma racional a establecer una generalización que puede ser utilizada para el caso y para otros casos con hechos similares.

La conclusión a la que se llega con el razonamiento inductivo tiene cierto grado de certeza o probabilidad, no es una conclusión incontrovertible, es por ello que la inferencia probatoria inductiva debe estar sustentada no solo en la prueba aportada, sino que se pueden utilizarlas máximas de la experiencia, indicios, prueba por presunciones, las reglas de la lógica y las reglas de la ciencia para que se pueda alcanzar el grado de certeza que se busca.

El estado constante de hijo es importante para determinar que aunque Peter no sea el padre biológico de Hugo, se le puede considerar como tal. Los hechos particulares que nos pueden llevar a una inferencia inductiva en este sentido sería que vive con él, en público y en privado lo trata cariñosamente como un hijo, lo reconoció en el Registro Civil, en el centro educativo donde estudia el menor aparece como padre y asiste a todas las reuniones de padres de familia, le paga los estudios, entre otros hechos. En este caso las máximas de la experiencia nos llevan a concluir que el trato afectivo de padre a hijo, lo convierten en padre a Peter, aunque no lo sea biológicamente. Estos hechos se generalizan y se crea una regla de la experiencia que funciona igual en todos los casos.

Juan es hijo de Carlos si la prueba de ADN resulta positiva, la inferencia es inductiva en este caso, ya que el resultado científico de la prueba biológica tiene un alto grado de probabilidad, no es de certeza ni se configu-

ra al 100%, pero conforme al resultado de esta prueba científica es bastante probable que Juan sea hijo de Carlos. En este caso, el conocimiento científico o las llamadas reglas de la ciencia nos pueden llevar a una conclusión probable, pero no de certeza. La regla de la ciencia en este caso es que se considera hijo con alto grado de probabilidad si la compatibilidad entre el material genético del padre y del hijo es un elevado porcentaje (al 99.999% resultado de inclusión).

En resumen, el razonamiento inductivo es el que más utilizamos para la actividad probatoria, debido a que las inferencias probatorias no necesariamente se producen a través de la deducción. Los resultados de las inferencias probatorias normalmente nos acercan a los hechos afirmados de forma siempre probable, nunca con certeza, de ahí que las partes puedan discutir el resultado de la inferencia probatoria.

7.2.3 Argumento abductivo:

Existe de otro lado, un argumento poco conocido en nuestro medio aunque muy difundido en la teoría del derecho, probablemente se usa al argumentar en las sentencias, pero no se identifica correctamente porque estructura la misma, nos referimos al argumento abductivo.

Respecto del argumento abductivo, la voz autorizada para el tópico de la abducción provienen del filósofo norteamericano Charles Pierce,⁽⁵⁰⁾ a quien se le considera como fundador del Pragmatismo, por lo que Alejandro Ramírez señala que Pierce creó el concepto de abducción con dos rasgos principales que son: Primero, se trata de una tercera estructura lógica, alternativa a la inducción y a la deducción. Plantea este autor que la división de toda inferencia en abducción, deducción e inducción puede decirse que, casi, es la llave de la lógica. En segundo lugar, la abducción, en términos epistemológicos, es un modo inferencial cuyo rol central es la generación de nuevas hipótesis explicativas, tanto en la ciencia como en la vida cotidiana: La abducción es el proceso de formar una hipótesis explicatoria. Es la única operación lógica que introduce alguna idea nueva.⁽⁵¹⁾

(50) Charles Sanders Pierce. *Collected Papers*. Thoemmes continuum. 1997.

(51) Ramírez, Alejandro. "Abducción y prueba". Ponencia de las IV Jornadas "Pierce en Argentina", 26 y 27 de agosto de 2010 en www.unav.es.

A la abducción también se le conoce por las ideas de Pierce como *retroducción* o hipótesis,⁽⁵²⁾ según Eco el mismo Pierce da cuenta de la abducción poniendo varios casos que a él mismo le sucedieron, dentro de los que más destacada es el conocido caso de Pierce como detective descubriendo “por abducción” al ladrón que le robó en el vapor Bristol, que lo llevaba de Boston a Nueva York, un reloj pulsera Tiffany.⁽⁵³⁾

Al parecer la abducción tiene su origen en las ideas de un pensador griego, por lo que Aníbal Bar nos refiere que la abducción es descrita por primera vez por Aristóteles en los “Primeros Analíticos”, quien considera como la inferencia que se realiza cuando es evidente que el primer término se predica del término medio; pero no es evidente que el término medio se predique del último término, aunque sea más o menos probable que la conclusión. Agrega este autor que a fines del siglo XIX, Pierce en “Deducción, Inducción e Hipótesis” retoma el tema y Thagard cree ver en sus afirmaciones la descripción de dos clases de inferencia, la hipótesis y la abducción, concibiendo a la primera como la identificación de una regla ya codificada en relación con un caso; y a la segunda, como la adopción provisional de una inferencia explicativa con el objeto de someterla a contrastación, aunque a posteriori, ambos se funden en un único concepto de abducción.⁽⁵⁴⁾ Estas son en suma las ideas del origen de la abducción.

Aunque existen posiciones teóricas que han negado la existencia de este tipo de razonamiento, ya que algunas posiciones han señalado que la abducción es en realidad una forma inductiva de razonar⁽⁵⁵⁾ (Fumerton y Kapitan) y otras posiciones simplemente niegan su existencia (Nersessian).

(52) Schum nos informa que Pierce sostiene que Aristóteles parece haber usado el término *apagagé* con referencia a esta forma de razonamiento. Pero Pierce creyó que este término fue traducido equivocadamente como abducción, el cual, en latín significa “conducir a otra parte desde”. Pierce propuso que una traducción más apropiada de *apagagé* es reducción o retroducción (del latín, “conducir de vuelta a”). Schum, David. Op. Citada, p.573.

(53) Eco, Umberto y Thomas Albert Sebeok en El signo de los tres: Dupin, Holmes y Pierce. Versión resumida en revistas.ucm.es

(54) Bar, Aníbal R. “La abducción. La inferencia del descubrimiento” www.radalyc.org.

(55) El argumento abductivo –refiere Atienza– es, en realidad, una inducción, que se caracteriza porque cumple una función heurística (se utiliza para conjeturar algo) y porque tiene carácter derrotable, revisable, pues a lo que se hace referencia cuando se habla de abducción es más a la actividad de argumentar que al argumento visto como un resultado. Atienza, Manuel. Curso de argumentación jurídica. Op. Citada, p. 179.

Tuzet nos presente el siguiente panorama respecto a la abducción: 1) “Abducción” no es una palabra mágica; 2) “Abducción es una palabra que designa ciertas inferencias no captadas por la “deducción” ni la “inducción”, salvo que se entienda la segunda en modo muy amplio que será necesario especificar; 3) no hay un “método abductivo” pero –según Pierce- hay un método científico cuya primera inferencia es abductiva; 4) la abducción, aunque falible, es útil tanto a fines cognoscitivos como a fines prácticos; hay varios usos jurídicos de la abducción.⁽⁵⁶⁾

El mismo Alejandro Ramírez señala que la abducción constituye una base del razonamiento deductivo, explica su posición señalando que lo que afirma no es que en toda deducción esté presente la abducción; ni menos que la prueba se reduzca a la inferencia abductiva. La cuestión es más modesta: en algunos casos de prueba o demostración es posible identificar pasos abductivos y esos pasos resultan fundamentales en la cadena deductiva de la prueba.

El argumento abductivo se realiza partiendo de una ley general que se considera cierta conforme a la observación, para extraer una conclusión que se puede entender como una inferencia probabilística. La que se entiende como hipótesis presuntiva que pretende explicar razonablemente algo a partir de determinados indicios.

Priori precisa que en el procedimiento de elección de la hipótesis más atendible es complejo pues es cognoscitivo y valorativo. Cognoscitivo en tanto que está dirigido a “establecer aserciones fundadas en torno a la existencia o inexistencia de hechos determinados”, a través de fases concatenadas “de inferencias fácticas, dirigidas a determinar el grado de veracidad (probabilidad)⁽⁵⁷⁾ inherente al *factum probandum*, con base en los elementos de conoci-

(56) Tuzet, Giovanni. “Usos jurídicos de la abducción” en Prueba y razonamiento probatorio en Derecho, debates sobre abducción. Editorial Colmenares. Granada 2014, p. 121-147.

(57) Toulmin indica que la estimación más razonable que pueda hacerse de la probabilidad de una hipótesis depende en cada caso de los datos disponibles –no solo la parte que se elija considerar, sino todos los datos relevantes a que se tenga acceso-, pero igualmente depende de esa misma acumulación de elementos justificatorios que se pueda concluir o no razonablemente que una afirmación dada es verdad. Para expresarlo en otras palabras, son los datos y elementos pertinentes disponibles los que determinarán cuál de las posibilidades se considerará que ha de ser aceptada con completa confianza (que sea aceptada como verdad) y que peso se puede atribuir a las restantes (el grado de probabilidad que se les ha de conceder). Toulmin, Stephen. Los usos de la argumentación. Editorial Península. Barcelona 2003, p. 114.

miento (indicios, pruebas) de que dispone el juez. Valorativo, no solo por el hecho que el juez subsume un hecho a la norma, sino también porque la máxima de experiencia usada por el juez para valorar un hecho puede determinar la apreciación que hace un juez sobre el hecho mismo.⁽⁵⁸⁾

La abducción –señala Ramírez- agotaría, pues, junto con la inducción y deducción, las formas básicas con las cuales razonamos con corrección, aunque sólo en la última de ellas con validez. La tarea de la abducción no es la generalización ni la prueba, sino la de posibilitar racionalmente el paso desde ciertos hechos hacia la explicación de ellos. Agrega que la deducción prueba, la inducción generaliza y la abducción genera algo nuevo. La abducción genera o conjetura una hipótesis; la deducción permite concluir en un enunciado a contrastar, lo que se hace, finalmente, inductivamente. Los roles de la abducción abarcan más que el sólo papel de ser inferencia para el descubrimiento, como fue pensado originalmente. Cumple, también, y entre otros, un papel de apoyo a la deducción que rige la prueba.⁽⁵⁹⁾

En la abducción tenemos que a partir de determinados hechos establecidos en el proceso, se pueden lanzar hipótesis explicativas de estos hechos, por ello se le llama comúnmente hipótesis presuntivas, ya que pretenden explicarlo de forma razonable. Este procedimiento para explicar estos hechos debe ser lógico y permite que se establezcan hipótesis novedosas. A través del argumento abductivo se formulan hipótesis de la forma más razonable para tratar de explicar la existencia de determinados hechos.

Aunque se puede sostener que la validez de la abducción descansa en el hecho de que puede explicar los acontecimientos sorprendentes, es decir, racionalizarlos.⁽⁶⁰⁾

A la abducción se le suele ubicar en el contexto del descubrimiento,⁽⁶¹⁾ aunque como sabemos este contexto tiene muchos cuestionamientos, pues,

(58) Priori Posada, Giovanni. La carga de la prueba en la motivación de las resoluciones judiciales” en Argumentación jurídica y motivación de las resoluciones judiciales. Editorial Palestra. Lima 2016, p. 179.

(59) Ramírez, Alejandro. Op. Citada.

(60) Aguayo W., Pablo. “La teoría de la abducción de Pierce: Lógica, metodológica e instinto” en Ideas y Valores, No. 145, abril 2011, p. 33- 53, en www.revistas.unal.edu.co.

(61) Rivera señala que motivar, prestando los términos de la metodología científica contemporánea, es establecer los elementos del contexto de descubrimiento y el contexto de justificación, no obstante, prefiere utilizar el término proceso para cada uno de ellos: *proceso de descubrimiento /proceso*

puede ser producto de aspectos psicológicos y carentes de un sustento racional, aunque algunas posiciones señalan que en este contexto normalmente existen razones prácticas y teóricas para proponer hipótesis, por lo que señalan que no es útil la separación entre el contexto del descubrimiento y el contexto de justificación. Aunque la doctrina mayoritaria y los jueces han encontrado mucha utilidad en el usos de estos contextos.

Por ello, se puede sostener que no resulta suficiente lanzar hipótesis presuntivas o probables para explicar un hecho, porque nos quedaríamos en el llamado contexto del descubrimiento. Luego de propuesta la hipótesis, corresponde justificarla, es decir, introducirnos al contexto de justificación y determinar de forma racional, lógica y a partir de la prueba aportada, usando las máximas de la experiencia, etc. que es probable que el hecho a probar se produjo en realidad.

Esta segunda etapa de justificación es importante en este tipo de razonamiento, ya que en ella se deberán explicar de forma racional las hipótesis propuestas. A esta etapa suele llamársele la comprobación de las hipótesis.

Jordi Ferrer se refiere a la toma de la decisión como tercer momento en la actividad probatoria, en esta etapa la valoración de la prueba habrá permitido otorgar a cada una de las hipótesis en conflicto determinado grado de confirmación⁽⁶²⁾ que nunca será igual a la certeza absoluta. Habrá que decidir

de justificación. El primero trata del itinerario recorrido para asumir la hipótesis elegida, es decir, la forma en que una decisión o conclusión es alcanzada; el segundo apunta a aportar las razones convincentes a favor de la decisión elegida, es decir, cómo se puede justificar exteriormente. Agrega que, en el proceso de descubrimiento en la motivación, el juez no hace investigación sobre los hechos, ni debe hacerla, pero ello no excluye que en el marco de la práctica probatoria el juez realice descubrimiento o revele hechos ocultos que pertenezcan al *temaprobandum*. Es claro que ese descubrimiento ocurre dentro del contexto de los medios disponibles y sobre los hechos objeto del proceso. Su descubrimiento versará sobre la verdad/falsedad de las afirmaciones sobre los hechos realizadas por las partes, lo cual es un proceso mental –inferencial–, pues las conexiones no aparecen de forma inmediata, sino que hay que elaborarlas aplicando las reglas de la lógica, el método científico y máximas de experiencia. En el encontramos causas. En ese proceso hay un iter mental gobernado por el pensar reflexivo que guía, a partir de unos hechos controvertidos, a la formulación de un enunciado sobre aquellos, por ejemplo, *Pedro mostró a Carmen el inmueble el día tal, y ella reviso íntegramente el inmueble*. Rivera Morales, Rodrigo. Op. Citada, p. 350.

(62) Taruffo señala que el grado de confirmación depende de cuántas y cuáles pruebas se encuentran disponibles con respecto a todas las pruebas posibles, de modo que si hay pocas pruebas –y falta información que sería relevante– la confirmación de la hipótesis puede ser débil o dudosa. Además cada prueba que se agrega a otras incrementa el grado de confirmación de la hipótesis. Se podrá

ahora si la hipótesis h puede o no declararse probada con el grado de confirmación de que disponga.⁽⁶³⁾

La demostración o comprobación de los hechos del proceso se relaciona con la prueba (concretamente con los medios de prueba), es ella y su valoración la que nos deben llevar a determinar si un hecho afirmado por las partes se encuentra probado o no lo está.

Cano Jaramillo se refiere a la demostración señalando que esta tiene que ver con la prueba, pues demostrar es probar. La prueba es el medio que tiene el Derecho para conocer los hechos. La demostración es un razonamiento que mediante un conjunto de medios de prueba, acreditan la verdad un hecho. Agrega que desde la presentación inicial de los hechos, le corresponde al operador jurídico acreditar los hechos relevantes, que efectivamente hayan sucedido, lo que se logra mediante el aporte y valoración racional de los diversos medios de prueba.⁽⁶⁴⁾

Parte de la teoría pretende establecer la diferencia entre *verificación* y la *confirmación*, ya que no son conceptos equivalentes. Aquí encontramos a Rivera para quien verificar es establecer, mediante las pruebas el hecho sin dudas, es establecer la autenticidad de algo. El nivel de veracidad que se otorga a una hipótesis dependerá de la medida en que los datos empíricos apoyan lo afirmado en la hipótesis. En el campo general de la ciencia es lo que se conoce como contrastación empírica de la hipótesis o bien *proceso de validación de hipótesis*. Este proceso puede realizarse de uno o dos modos: mediante *confirmación* (para las hipótesis universales) o mediante *verificación* (para las hipótesis existenciales). En el proceso no se trata de contrastar un fenómeno

decir, ciertamente, que cada prueba adicional que confirma el resultado de pruebas ya asumidas agrega una confirmación decreciente, y se llegará a un punto en el que una nueva prueba pueda parecer superflua porque no habría otra cosa que confirmar algo que ya se conoce con un grado de confirmación suficiente. Con todo, no hay duda que en el plano epistémico vale la regla según la cual el grado de confirmación de una hipótesis aumenta con la adquisición de prueba adicional, dado que la situación óptima es aquella en la que todas las pruebas posibles han sido adquirido. Taruffo, Michele. *Simplemente la verdad, el juez y la construcción de los hechos*. Editorial Marcial Pons. Madrid 2010, p. 235-236.

(63) Ferrer Beltrán, Jordi en "El contexto de la decisión sobre los hechos probados en el Derecho" en *Proceso, prueba y estándar*. Ara Editores, Lima 2009, p. 76.

(64) Cano Jaramillo, Carlos Arturo. *Conflicto, argumentación y convivencia, el texto jurídico redacción y oralidad*. Editorial Linitopia Bolívar, Bogota 2009, p. 395.

universal mediante hipótesis universal, sino un hecho concreto, mediante una hipótesis particular, fundamentalmente existencial.⁽⁶⁵⁾

Me parece que queda claro que la abducción sirve para formular hipótesis que puede de forma probable explicar cómo ocurrieron los hechos en un determinado proceso judicial, pero no se resuelve un caso simplemente lanzando hipótesis a partir de hechos indicantes o indicios, de cómo ocurrieron los hechos, por lo cual, resulta entendible que se le ubique a este razonamiento dentro del contexto del descubrimiento.

Corresponde después de formuladas las hipótesis comprobar la veracidad de éstas. Para esta tarea ya no tiene utilidad la abducción, pues la determinación de los hechos probados o no en un proceso proviene de la prueba, pero se extrae a partir de la inferencia inductiva o deductiva.

Debemos rescatar que al igual que el argumento inductivo lo que se logra es probar con el argumento abductivo es un hecho, pero no de forma absoluta, sin dejar lugar a dudas, sino por el contrario, se trata de arribar a conclusiones probables, que expliquen de mejor forma el hecho que se busca probar.

Algunos ejemplos cotidianos y otros de naturaleza jurídica, nos podrían ayudar a identificar cuando nos encontramos con la abducción.⁽⁶⁶⁾

El clásico ejemplo en esta materia lo encontramos en el encuentro que tienen Sherlock Holmes y Watson, cuando no se conocían, sin embargo, pudo afirmar categóricamente que Watson venía de Afganistán y además pudo contestar cómo llegó a esa conclusión. El diálogo es el siguiente: “Yo descubrí que usted había venido de Afganistán. Por la fuerza de un largo hábito, el curso de mis pensamientos es tan rígido en mi cerebro, que llegué a esa conclusión sin tener si quiera conciencia de las etapas intermedias. Sin embargo, pasé por esas etapas. El curso de mi razonamiento fue el siguiente: “he aquí al caballero que responde al tipo del hombre de Medicina, pero que tiene un aire marcial. Es, por consiguiente, un médico militar con toda evidencia. Acaba de llegar de países tropicales, porque su cara es de un fuerte color oscuro, color que no es el natural de su cutis, porque sus muñecas son blancas. Ha pasado por

(65) Rivera Morales, Rodrigo. Op. Citada, p. 333-334.

(66) En un trabajo anterior hemos realizado un desarrollo más concreto sobre el razonamiento abductivo, en “El argumento abductivo y el razonamiento probatorio”, Gaceta Civil & Procesal Civil, No. 46, abril de 2017, Editorial Gaceta Jurídica, p. 223-245.

enfermedades y sufrimientos, como lo pregona su cara macilenta. Ha sufrido una herida en el brazo izquierdo. Lo manteniendo rígido y de una manera forzada... ¿En qué país tropical ha podido un médico del Ejército inglés pasar por duros sufrimientos y resultar herido en un brazo? Evidentemente en Afganistán”. Toda esa trabazón de pensamientos no me llevó un segundo. Y entonces hice la observación de que usted había venido de Afganistán, lo cual lo dejó asombrado”.⁽⁶⁷⁾

Un ejemplo de la vida cotidiana podría ser útil igualmente: Veo a mi hijo que es un niño de 2 años con las manos manchadas de tinta, su camisa también lo está, las paredes de la vivienda se encuentran pintadas con lapicero del mismo color. Podría concluirse en este caso formulando la siguiente hipótesis, que mi hijo pintó con el lapicero las paredes del departamento.

Otro ejemplo, relacionado con un caso actual en nuestro medio, donde tenemos como hechos importantes los siguientes: i) la esposa desapareció y no se le encuentra; ii) con la prueba de luminol se encontraron rastros de sangre en el inmueble que vivía con su esposo; iii) se ve al esposo en las cámaras de seguridad de la cochera del edificio donde vivían los esposos, arrastrando un pesado paquete que lo arrastra con dificultad para subirlo a su vehículo. Podría concluir en este caso lanzando la siguiente hipótesis, el esposo la mató y la desapareció.

Atienza nos proporciona un ejemplo extraído del relato corto de Sherlock Holmes (Silver Blazer): “El robo del caballo se produjo durante la noche; los perros suelen ladrar a los forasteros; por lo tanto, el ladrón del caballo, no fue un forastero sino alguien de la casa”.⁽⁶⁸⁾

7.3 Cómo se produce la calificación jurídica de los hechos

Los hechos pueden encontrarse vinculados con el *silogismo*⁽⁶⁹⁾ jurídico conocido también como operación *subsuntiva*, en el cual la premisa mayor es

(67) Extracto de la obra de Arthur Conan Doyle, “Las aventuras de Sherlock Holmes”, citado por Bonorino Ramírez, Pablo Raúl. “Ni deducción ni inducción: Abducción” en Prueba y razonamiento probatorio en Derecho, debates sobre abducción. Editorial Colmenares. Granada 2014, p. 164.

(68) Atienza, Manuel. Curso de argumentación jurídica. Op. Citada, p. 178.

(69) Aristóteles empleó *sylogismos* en sus usos comunes, asociados a *sylogidsomai* (razonar, inferir, recapitular, argüir); es decir, en el sentido de silogismo, que significa razonamiento, inferencia o

la norma jurídica aplicable y la premisa menor o llamada premisa fáctica constituye un supuesto de hecho de la norma que cuadra con el hecho que se viene desarrollando en el proceso. El trabajo subsuntivo consistirá en establecer si el caso concreto a través de los hechos corresponde al fijado como supuesto de hecho en la premisa fáctica de la norma.

Las normas jurídicas –afirma González Lagier- pueden verse como instrumentos de los que dispone el juez para resolver los conflictos que se le presentan. Tales normas tienen una estructura condicional que correlaciona un supuesto de hecho (que se refiere genéricamente a una clase o tipo de hechos) con una consecuencia jurídica. Las normas, por tanto, le dicen al juez que decisión debe tomar si se produce determinado tipo de hechos. Por ello, el juez debe establecer si estos hechos han tenido lugar, como paso previo para la resolución del conflicto.⁽⁷⁰⁾

Por ello, se parte de la idea que en el proceso desde la óptica probatoria, se deben fijar los hechos (dándolos por probado o no probados a partir de la prueba) para luego establecer en qué norma se encuentran establecidos éstos de forma abstracta o genérica y a partir de allí generar la consecuencia jurídica prevista en la disposición normativa.⁽⁷¹⁾

Sobre el modelo subsuntivo, propio del positivismo, que es congruente con el modelo de reglas –a decir de Josep Aguiló-, donde el arquetipo de razonamiento jurídico es el razonamiento subsuntivo. La justificación por subsunción consiste centralmente en mostrar que el caso concreto que se tra-

argumento. En su acepción de silogismo, se trata de un argumento deductivo algo particular: i) envuelve una relación de consecuencia lógica, de modo que la conclusión se sigue necesariamente de las premisas y es, por tanto, una deducción válida; ii) la conclusión no se encuentra entre las premisas, de modo que la relación de consecuencia no es reflexiva; iii) las premisas son más de una, cada una de ellas es necesaria y todas son en conjunto suficientes para establecer la conclusión, de modo que ninguna de ellas es superflua, ni autopredictiva, ni tácita, y todas son fuertemente pertinentes pues es a través de y en virtud de las premisas expresas como se sienta la conclusión: Vega Reñón, Luis en *Compendio de lógica, argumentación y retórica*. Editorial Trotta. Madrid 2011. Pág. 558-559.

(70) González Lagier, Daniel. Apuntes sobre la prueba y argumentación jurídica. Material de trabajo de la Academia de la Magistratura del Primer Programa de Acreditación de Docentes.

(71) Accatino precisa que las razones públicas que el juez tiene para explicitar en su sentencia deben ser, entonces, las razones de la norma legal que regula el caso. Pero, antes de resolver sobre la aplicación de la norma legal, el juez debe determinar la ocurrencia o no de los hechos constitutivos del caso que se trata de juzgar. Accatino, Daniela. Op. Citada, p. 66.

ta de resolver encaja (es subsumible) en el caso genérico descrito (regulado) por la regla. La subsunción (el encaje) de casos concretos en casos genéricos puede generar desajustes entre unos y otros. Si miramos el desajuste desde la perspectiva del caso concreto, entonces el desajuste se nos presenta como un problema de calificación (¿cómo se califican estos hechos?); y si lo miramos desde la perspectiva de la regla, del caso genérico, entonces el desajuste se nos presenta como un problema de interpretación (¿qué dice la regla?). Esto quiere decir que los desajustes entre caso y reglas (entre casos concretos y casos genéricos formulados por las reglas) son esencialmente de naturaleza semántica, de relación entre las palabras y sus significados, entre los términos y sus referencias. La lealtad a las reglas es, pues, lealtad a su expresión y a su significado; es decir, es una cuestión centralmente semántica.⁽⁷²⁾

La posición de Aguiló se vincula con los problemas que se presentan en la calificación jurídica de determinado hecho en el proceso. Esto ocurre cuando la disposición normativa utiliza un lenguaje que necesita de un trabajo interpretativo adicional para verificar si los hechos probados en el caso se pueden subsumir en la disposición que se pretende aplicar,⁽⁷³⁾ es el caso de las reglas que establecen un lenguaje complejo que requiere de un trabajo adicional del juez para cuadrar el hecho con la disposición normativa: fuerza mayor, dolo, culpa, grave negligencia, culpa inexcusable, fin ilícito, orden público, buenas costumbres, buena fe, entre otros.

Calificar jurídicamente los hechos significa conectar los hechos probados en el proceso con el supuesto de hecho establecido en la disposición normativa, cuya aplicación se pide para decidir el caso, dando la consecuencia jurídica establecida en ella.

De otro lado, tenemos que la doctrina también considera a los hechos en el estudio de la tesis del *contexto de descubrimiento* y el *contexto de justifica-*

(72) Aguiló Regla, Josep. "Positivismo y postpositivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras" en DOXA, Cuadernos de Filosofía de Derecho No. 30 (2007). Págs. 665-675.

(73) Indudablemente que la búsqueda y selección normativa aplicable al caso abre paso a la interpretación jurídica. En un sentido amplio, la interpretación del Derecho comienza cuando se pretende situar un determinado conjunto de hechos dentro de una determinada normativa jurídica. Por más que el caso sea sencillo, la operación de búsqueda y selección de la norma o criterio aplicable no solo tampoco es autónoma sino que en algunos casos es tremendamente difícil y compleja. Rivera Morales, Rodrigo. Op. Citada, p. 364.

ción.⁽⁷⁴⁾ Esto es, a la forma cómo se deben conocer (conocimiento) los hechos y cómo se deben motivar⁽⁷⁵⁾ o *justificar*.⁽⁷⁶⁾ Este tema acerca mucho más los hechos a la prueba. Los hechos se encuentran relacionados con la prueba, pues, como sabemos en el proceso se prueban hechos, los hechos controvertidos. Aun que algunos han señalado que en el proceso no se prueban hechos sino los “enunciados de los hechos”.

Se suele llamar *contexto de justificación* a las distintas pruebas, datos o demostraciones que el científico aporta para la justificación y defensa de la verdad de sus hipótesis ante la comunidad científica. En este contexto se incluyen los elementos y factores más propiamente científicos y racionales de la investigación científica. Y el contexto del descubrimiento se refiere a

(74) Sobre este tema en filosofía se ha escrito mucho, así tenemos que Bárcenas ha señalado que “la distinción entre contexto de descubrimiento y el contexto de justificación fue trazada por H. Reichenbach, para distinguir entre otras cosas, la manera cómo realizan los descubrimientos en ciencia y la manera en que se justifican y aceptan. Tradicionalmente se ha argumentado (Popper, Reichenbach, Hempel, etc.) que solo el contexto de justificación es filosóficamente importante porque en él se abordan cuestiones metodológicas y epistémicas. Según Reichenbach, en el contexto de descubrimiento se aluden a cuestiones relacionadas con la forma en que generamos nuevas ideas o hipótesis en ciencia; mientras que el contexto de justificación tiene que ver con el tipo de criterios que dichas hipótesis deben satisfacer para ser aceptadas en el corpus científico. Bárcenas, Ramón. “El contexto de descubrimiento y contexto de justificación: un problema filosófico en la investigación científica. En www.redalyc.uaemex.mx.

(75) La motivación –sostiene Rivera– constituye una exposición del razonamiento justificativo de las bases en las cuales se fundamenta la decisión judicial. Tal exposición ha de efectuarse mediante argumentos que dan cuenta de la eficacia atribuida a cada uno de los medios de prueba, del resultado de la evaluación global, y de la elección de la hipótesis fáctica asumida como verdadera reconstrucción de los hechos, en función del mayor grado de confirmación lógica; todo ello como manifestación expresa de la diversas inferencias y criterios que articulan las premisas de las cuales se parte, y que permiten llegar a las conclusiones respectivas y en qué norma encuadran tales hechos. Rivera Morales, Rodrigo. Op. Citada, p. 352.

(76) En el “(...) contexto de descubrimiento, la prueba hace referencia al *iter* que conduce a la *formulación de enunciados asertivos* como verdaderos (o al proceso de verificación de enunciados asertivos previamente formulados); por consiguiente, al descubrimiento o conocimiento de los hechos que hacen verdaderos a esos enunciados. Probar un enunciado sobre hechos significa aquí *conocer* los hechos que lo hacen verdadero. En el segundo (contexto de justificación), la prueba hace referencia a la *justificación de esos enunciados*; es decir, a las razones que permiten mantener que esos enunciados son verdaderos. Probar un enunciado sobre hechos significa aquí justificarlo. En suma, el término “prueba” se usa tanto en el sentido de que se conoce o descubren los hechos (*o se formulan o verifican los enunciados* que los describen) cuanto en el sentido de que *se justifican los enunciados* sobre hechos”. GascónAbellán, Marina. Los hechos en el derecho. Op. Citada. Pág. 76-77.

los factores que influyen en la creación de una teoría científica. En el *contexto de descubrimiento* hay que incluir elementos no estrictamente racionales o no estrictamente científicos (como los psicológicos, filosóficos, culturales, políticos, etc.) que pueden influir en el éxito de una teoría ante la comunidad científica.

En el primero contexto se descubre una teoría en el segundo contexto se justifica ésta (Newton descubre la gravedad al ver caer una manzana de un árbol, la descubre, luego debía justificarla, dando razones por las que se produce, la justifica). En la primera se determina el cómo se llegó a establecer la teoría; en la segunda se busca contrastar los hechos para establecer la validez de la teoría.

La tesis del contexto del descubrimiento y de justificación como sabemos nace como un tópico de estudio de la filosofía para explicar el conocimiento científico; pero, también son considerados como sustento de corrientes de la argumentación jurídica, concretamente sirven para explicar la teoría estándar de la argumentación jurídica.

Afirma Atienza que una cosa es el procedimiento mediante el cual se llega establecer una premisa o conclusión, y otra cosa el procedimiento que consiste en justificar dicha premisa o conclusión. Agrega que la distinción entre contexto de descubrimiento y contexto de justificación nos permite, a su vez distinguir dos perspectiva de análisis de las argumentaciones. Por un lado está la perspectiva de determinadas ciencias sociales, como la psicología social, que han diseñado diversos modelos para explicar el proceso de toma de decisiones al que se llega, en parte, por medio de argumentos. Por otro lado, está la perspectiva de otras disciplinas que estudian bajo qué condiciones un argumento puede considerarse justificado. Aquí, a su vez, cabría hablar de una justificación formal de los argumentos (cuando un argumento es formalmente correcto) y de una justificación material (cuando puede considerarse que un argumento, en un campo determinado, resulta aceptable). La teoría estándar de la argumentación jurídica se sitúa precisamente en esta segunda perspectiva, esto es, en el contexto de justificación de los argumentos y, en general, suele tener pretensiones tanto descriptivas como prescriptivas.⁽⁷⁷⁾

(77) Atienza, Manuel. Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica. Editorial Palestra. Lima 2004. Pág. 32 a 34.

Trasladando estos dos contextos al proceso, tendremos que en el contexto de descubrimiento a partir de las afirmaciones de hechos de las partes y las hipótesis que proponen y que ayudan a determinar una posible solución del caso se elige una y se descubre cómo resolverlo, se toma una decisión tentativa, se llega a una conclusión, aunque preventiva porque solo se descubre cómo solucionar el caso. Desde la óptica de la prueba, se puede decir que en el contexto del descubrimiento el juez solo descubre cómo resolver el caso, corresponderá ahora justificar la postura que se asume para la conclusión a la que se arribó.

Por su parte en el contexto de justificación, como su nombre lo indica, se justifica la decisión a la que se arribó en el contexto anterior, esto es, el juez a partir de lo que arroja la prueba justifica su decisión, dando las razones suficientes, lógicas congruentes y razonadas para justificar la decisión asumida. Se determina en esta etapa la validez de la decisión, es decir, con la justificación se valida la conclusión.

La motivación es un género de la *justificación plasmada en el documento* de la sentencia. Pero en qué haya de consistir esa motivación depende de cómo se conciben las relaciones entre descubrimiento y justificación. En el discurso sobre la prueba, el *descubrimiento* es el *iter* intelectual que ha conducido al juez a formular como verdaderas aserciones sobre hechos controvertidos; la justificación hacer referencia a las razones por las que esas aserciones puede entenderse verdaderas.⁽⁷⁸⁾

Señala Linares San Román que en el contexto de descubrimiento aparecen las motivaciones de orden psicológico o sociológico que han condicionado un conocimiento científico, una resolución judicial o una argumentación jurídica. En el contexto de justificación encontramos razones, en sede de argumentación jurídica es el conjunto de razones que se aportan para apoyar la decisión resultante. En este contexto se justifica.⁽⁷⁹⁾

La motivación de las decisiones judiciales –afirma Morales Godo al referirse a estos dos contextos– constituye uno de los elementos fundamentales

(78) Gascón Abellán, Marina y García Figueroa, Alfonso. *La argumentación en el Derecho, algunas cuestiones fundamentales*. Editorial Palestra. Lima 2003. Citada. Pág. 397.

(79) Linares San Román, Juan José. "Enfoque epistemológico de la teoría estándar de la argumentación jurídica". En www.justiciayderecho.org.

de un Estado Democrático como conquista frente a las arbitrariedades que pudiera incurrir el intérprete juzgador. Ahora, motivar no es expresar móviles íntimos psicológicos. Por ejemplo, decir que Carla mató a Otelo motivado por los celos, los celos explican la acción asesina; pero no la justifican. Igualmente, a la teoría de la argumentación estándar no le interesan los motivos del juez para dictar una determinada sentencia (ideología, fobias, problemas personales, etc.) cuanto las razones jurídicas que fundamentan esa sentencia. Se entiende por razones jurídicas no solo la exposición de razones fundadas en leyes positivas (textos escritos), sino también las sustentadas en principios constitucionales y en test de razonabilidad y proporcionalidad. Vale decir, que no es suficiente que una decisión judicial esté ajustada a lo prescrito por el texto de una ley para considerarse justificada y satisfactoriamente argumentada, sino que también deberá pasar el test de razonabilidad, bajo pena de ser tachada de irrazonable, ergo arbitraria, aunque ésta sea legalmente pulcra.⁽⁸⁰⁾

En relación con el control de la motivación de las resoluciones judiciales –afirma Zavaleta–, una cosa es el procedimiento mediante el cual se arriba a la decisión (contexto de descubrimiento) y otra es la operación de justificarla; es decir, de apoyar las premisas de la conclusión mediante razones que la hagan plausible (contexto de justificación). Agrega que el contexto de descubrimiento alude a una cadena causal anterior al efecto, consistente en la decisión expresada en la sentencia; se refiere al proceso psicológico, al iter mental del juez; responde a la pregunta: por qué se ha tomado la decisión. El contexto de justificación, en cambio, no se refiere a las causas que han provocado la sentencia, sino a las razones jurídicas que la fundamentan; puede operar a posteriori sin pretender expresar relaciones causales; responde a la pregunta: por qué se ha debido tomar la decisión o por qué la decisión es correcta.⁽⁸¹⁾

Como sabemos, desde el contexto de justificación la decisión puede tener una justificación interna y una justificación externa.⁽⁸²⁾ Tratemos de en-

(80) Morales Godo, Juan. "La función del juez en una sociedad democrática". En www.revistas.pucp.edu.pe

(81) Zavaleta Rodríguez, Roger. "Argumentación jurídica y motivación de las resoluciones judiciales" en *Revista Peruana de Derecho Procesal* No. XI. Editorial Comunitas. Lima 2008. Pág. 521-568.

(82) La justificación interna es el hilo lógico que conduce desde las premisas hasta la decisión. La justificación externa, para lo que aquí interesa, hace referencia a la panoplia de argumentos y procesos mentales que se ponen a contribución para establecer con fundamento las premisas del razonamiento. Y se viene afirmando que mientras en la justificación interna ha de prevalecer la lógica

contrar vinculación de estos dos importantes temas con la prueba y la calificación jurídica de los hechos.

La *justificación*⁽⁸³⁾*interna* requiere de una concordancia entre la premisa mayor premisa menor y la conclusión. Está justificada la decisión si se presenta una adecuada conexión lógica entre las premisas y la conclusión. Lógicamente la decisión es aceptable, el trabajo deductivo es impecable. La justificación interna define la validez solo formal de la decisión.⁽⁸⁴⁾

La *justificación externa* es mucho más compleja, pues controla a la justificación interna, la validez de sus premisas, su labor es determinar la validez de estas premisas. La decisión puede tener problemas en la premisa fáctica o en la premisa normativa, las cuales serán objeto de control para verificar su validez.

La *premisa normativa* puede presentar deficiencias de pertenencia⁽⁸⁵⁾

deductiva, en la justificación externa tal lógica juega un papel menor, o no juega papel alguno, porque la actividad de establecer las premisas normativas y fácticas consiste en un conjunto de prácticas de identificación e interpretación de enunciados y de indagación de hecho que abarcan mucho más que eso. La Porta, Francisco J. El imperio de la ley. Una visión actual. Editorial Trotta. Madrid 2007. Material de trabajo de la Academia de la Magistratura del Primer Programa de Acreditación de Docentes.

- (83) La justificación interna (IN-justificación) está relacionada con la racionalidad interna de la decisión jurídica. Una decisión está IN-justificada si se infiere de sus premisas según las reglas de la inferencia aceptadas. La condición de IN-justificación es la existencia de una regla con la que poder verificar la racionalidad interna de la decisión. La validez de las premisas se da por supuesta. La justificación externa (EX - justificación) se relaciona con la racionalidad externa de la decisión jurídica. Una decisión está EX - justificada cuando sus premisas están calificadas como buenas según los estándares utilizados por quienes hacen la calificación. Wróblewski, Jerzy. Sentido y hecho en el derecho. Editorial Doctrina Jurídica Contemporánea. México DF, 2003. Pág.52.
- (84) La justificación interna se refiere a la validez de la inferencia que culmina en la conclusión a partir de las premisas dadas. Cuando nos referimos a la justificación externa ya no hablamos de la corrección formal del razonamiento, sino de su razonabilidad, de la solidez de las premisas; pues el que una inferencia sea formalmente correcta no quita que pueda ser irrazonable. De este modo, es posible, por ejemplo, que el Juez utilice como premisa de su inferencia hechos alejados de la realidad; sin embargo, su razonamiento no atentaría contra la lógica. ZavaletaRodríguez, Roger. Op. Citada. Pág. 543 y 550.
- (85) Con carácter general –sostiene Rafael de Asís-, los criterios de justificación son herramientas que permiten justificar la utilización de un enunciado normativo en el ámbito de la decisión jurídica y por ende, la utilización de una norma. Dentro de ellos es posible diferenciar entre criterios de pertenencia y criterios de justificación en sentido estricto. Normalmente, en los Ordenamientos jurídicos modernos se tiende a subrayar la presencia de dos tipos de criterios de pertenencia que

(otros llaman problemas de relevancia),⁽⁸⁶⁾ es decir, porque la norma aplicada no resulta ser la correcta o qué norma resulta relevante para el caso; porque en el sistema jurídico se presentan situaciones de antinomias (contradicción entre reglas), o hay lagunas normativas. Porque la norma necesita ser interpretada (trabajo interpretativo) en determinado sentido al existir colisión entre regla y principio (usando test de ponderación en este último caso).

El tema de los hechos y la prueba lo encontramos involucrado en la *premisa fáctica*, es que la situación a controlar puede estar relacionada a los hechos con calificación jurídica y a la prueba de los mismos,⁽⁸⁷⁾ de un lado, porque pueden existir limitaciones establecidas por el legislador (límites normativos) para la prueba (solo se acepta ofrecer determinados medios de prueba en el caso concreto, no todos), por el sistema de prueba que impera en el sistema jurídico (prueba tasada, libre valoración o sana crítica), por los límites epistémicos que se tiene para conocer la verdad de los hechos postulados por las partes (prueba por presunciones, prueba prohibida, etc.), por la existencia de vaguedades o ambigüedad (lenguaje indeterminado o de textura abierta) de la norma que no permitan a partir de los hechos hacer una adecuada calificación jurídica de ellos, lo cual puede terminar en una incorrecta subsunción.

La premisa fáctica o menor para estar justificada necesita un tratamiento adecuado de los hechos y las pruebas, sobre todo que no haya afectado el derecho a la prueba u otros derechos fundamentales de naturaleza procesal vinculados con ella.

se proyectan en el razonamiento tanto en el ámbito del enunciado normativo cuanto en el de la norma: el formal (órgano y procedimiento establecido) y el material (contenido no contradictorio con el de norma o enunciados superiores). De Asís Roig, Rafael. El razonamiento judicial. Editorial Ara. Lima 2010. Pág. 168.

(86) Los problemas de la premisa normativa son los problemas de relevancia o interpretación. Los problemas de la premisa fáctica son de prueba y de calificación de los hechos. Gascón Abellán, Marina y García Figueroa, Alfonso. La argumentación en el Derecho, algunas cuestiones fundamentales. Editorial Palestra. Lima 2003. Pág. 168.

(87) El problema de la prueba de los hechos es ilustrado por Mac Cormick a través del caso Voisin. Probar algo significa desarrollar el test de coherencia narrativa entre un enunciado del pasado como "se cometió el acto x" y una serie de enunciados sobre el presente que son congruentes con el primer enunciado. Gascón Abellán, Marina y García Figueroa, Alfonso. La argumentación... Op. Citada. Pág. 171.

En suma, en la justificación externa podemos encontrar problemas de *relevancia* (norma aplicable), problemas de *prueba* (veracidad de un hecho), problemas de *calificación* (determinar si determinado hecho está configurado en la norma aplicable) y problemas de *interpretación* (interpretar la norma para entender el enunciado normativo).

En ese sentido, en la justificación externa se puede encontrar relacionados concretamente con la prueba respecto de la veracidad de determinado hecho, cuando hay problemas para probarlo, cuando no es un hecho que presenta complicaciones para probarlo.

CONCLUSIONES

1. Para la solución de un caso se requiere estructurar correctamente la premisa fáctica de la decisión, lo cual implica fijar los hechos, es decir, dar por probados o no los hechos relevantes del proceso y que constituyeron los enunciados fácticos realizados por las partes.
2. Si la premisa fáctica o premisa menor de la decisión no se encuentra correctamente estructurada, entonces, la premisa normativa puede presentar algunos problemas o inconvenientes, ya el trabajo de calificación jurídica de los hechos será óptima solo si se lograron fijar correctamente los hechos relevantes del proceso.
3. Calificar jurídicamente los hechos significa conectar los hechos probados en el proceso con el supuesto de hecho establecido en la disposición normativa, cuya aplicación se pide para decidir el caso, dando la consecuencia jurídica establecida en ella.
4. La prueba de los hechos relevantes para el caso debe provenir necesariamente de los medios de prueba que fueron aportados oportunamente por las partes. Se da por probado un hecho si de acuerdo al análisis crítico, lógico, racional y basado en las reglas de la ciencia y máximas de experiencia de la prueba aportada se puede considerar que el hecho afirmado por las partes se encuentra acreditado en cierto grado de probabilidad de que ocurrió en la realidad fáctica.
5. Desde el punto de vista probatorio se puede entender como enunciado fáctico a las expresiones que hacen las partes en el proceso respecto de hechos que habrían ocurrido en la realidad, los que pueden ser verda-

deros o falsos. Solo serán verdaderos si tienen correspondencia con la realidad. Podríamos decir entonces, que enunciar un hecho (enunciado fáctico) equivale a la afirmación de un hecho, el hecho no es el objeto de prueba, lo es el enunciado de tal hecho.

6. En el proceso no se prueban hechos, sino los enunciados de estos hechos o las afirmaciones de hechos efectuados por las partes. El juez al culminar la actividad probatoria da por probados o no las afirmaciones efectuadas por las partes respecto de los hechos que fueron considerados como relevantes para la solución del caso.
7. Se entiende probado el hecho afirmado por las partes cuando los medios probatorios con los que se cuenta en el proceso (aportados por las partes) permiten determinar que el enunciado fáctico se produjo en la realidad.
8. En el proceso judicial se trabaja con diversas formas de razonamiento, inferencia probatoria o argumento, aunque ellos no consten expresados necesariamente y de forma explícita en las sentencias judiciales. Se pueden identificar en las sentencias judiciales diversos tipos de razonamientos, los más comunes son el razonamiento deductivo, inductivo y abductivo. Consideramos que a través de estos razonamientos los jueces pueden llegar a dar por probado o no determinados enunciados fácticos.

LOS DERECHOS HUMANOS LABORALES ANTE EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

Víctor Malpartida Castillo (*)

RESUMEN: El presente trabajo gira en torno a un problema esencial como es la protección directa de los derechos humanos laborales como tales y no de forma indirecta como se vino dando hasta hace poco, dentro del marco de actuación del sistema interamericano de derechos humanos. Esto implica plantearse la justiciabilidad directa y la efectivización de dichos derechos humanos laborales.

De allí que, para iniciar el análisis del sistema regional de derechos humanos, se partirá de dos de sus tres componentes básicos –como señala Carlos Rafael Urquilla Bonilla–, como son el normativo y el institucional, dejando de lado, el político-cultural. La revisión del elemento normativo busca analizar la idoneidad de lo dispuesto en cuanto a la protección de los derechos laborales, mientras que la revisión de los pronunciamientos de las instituciones protectoras se dirige a evaluar lo desarrollado al respecto, a partir de la aplicación normativa.

ÍNDICE: 1.- Introducción 2.- Derechos económicos, sociales y culturales 2.1.- Concepto y origen 2.2.- Problemática 3.- Derechos Humanos Laborales 3.1.- Instrumentos Regionales a) Carta Internacional Americana de Garantías Sociales o Declaración de los Derechos Sociales del Trabajador b) Carta de la Organización de los Estados Americanos c) La Declaración Americana de los Derechos

(*) Abogado, Economista, Periodista, Magister en Derecho Civil y Comercial y Doctor en Derecho y Ciencia Política por la UNMSM, Profesor Ordinario de la Facultad de Letras y Ciencias Humanas de la UNMSM, Magister en Política Jurisdiccional de la PUCP, Master en Derecho Constitucional de la Universidad Castilla de la Mancha, Juez Superior de la Corte Superior de Justicia de Ica.

y Deberes del Hombre d) La Convención Americana de Derechos Humanos e) “Protocolo de San Salvador” 3.2.- Corte Interamericana de derechos Humanos 3.2.1.-Protección Indirecta a)Derecho a la vida, libertad de asociación y libertad sindical b)Vida digna de las personas migrantes y el disfrute de los derechos laborales c) Protección indirecta del despido - Violación del Debido Proceso d) Derecho de propiedad y derecho a la seguridad social e) Caso Baena Ricardo y Otros vs. Panamá 3.2.2.- Protección Directa a) Caso Lagos del Campo vs. Perú b)Caso Trabajadores Cesados de Petroperú y Otros vs. Perú 4.- Conclusiones 5.- Bibliografía

1. INTRODUCCIÓN

La investigación presente, tiene como punto central efectuar un análisis de la forma que se patentiza una protección directa de los derechos humanos laborales como tales y no de forma indirecta como se vino dando hasta hace poco, dentro del marco de actuación del sistema interamericano de derechos humanos.

Los derechos humanos laborales al ser parte de los derechos sociales, económicos y culturales, concitan siempre una discusión sobre su justiciabilidad –en el presente caso, en el plano internacional–, estando relacionada dicha justiciabilidad con la manera en que la normatividad ha considerado específicamente a los derechos humanos laborales y la forma en que las instituciones de protección –en este caso especialmente la Corte Interamericana de Derechos Humanos– han procedido a su discusión indirecta y directa y su exigibilidad consecuente.

La importancia de éste análisis radica en que –como han indicado los profesores Palomeque y Álvarez– “la legislación laboral de cada país no habría de ser eficaz hasta que no consiguiese una dimensión verdaderamente internacional” (2015, p. 224) así como lo advertido por el profesor Baylos, en cuanto a la importancia del “empoderamiento” de las normas internacionales del trabajo, como una manera de contrarrestar la “codicia corporativa” (2017) Además, también debe pensarse en que dicha importancia debe verse en el contexto latinoamericano, lo que suma a lo anterior, pues, como manifiesta el profesor Sanguinetti, el Derecho del Trabajo de América Latina debe “seguir su propio camino, beber de su propia experiencia renovadora” (2013).

De allí que, para iniciar el análisis del sistema regional de derechos humanos, se partirá de dos de sus tres componentes básicos –como señala Carlos Rafael Urquilla Bonilla–, como son el normativo y el institucional, dejando de lado, el político-cultural (Urquilla Bonilla, 2001) explícitamente, ya que implícitamente siempre está presente en los elementos anteriores. La revisión del elemento normativo busca analizar la idoneidad de lo dispuesto en cuanto a la protección de los derechos laborales, mientras que la revisión de los pronunciamientos de las instituciones protectoras se dirige a evaluar lo desarrollado al respecto, a partir de la aplicación normativa. A su vez, se debe tener en cuenta que el Sistema Interamericano resulta ser permanente interacción dialéctica entre los elementos orgánicos, normativos y político-subjetivos, en cada momento, donde cada elemento integrador tampoco puede comprenderse como un agregado estático de componentes, sino que dentro de cada uno de esos elementos hay un permanente tensionamiento, un debate, contradicciones y relaciones dialécticas; de esta manera cada elemento aporta una cantidad de energía resultante de su propia dinámica, y la interacción de esas dinámicas forma el sentido del Sistema Interamericano. Esto permite advertir que el Sistema Interamericano no ha tenido siempre un comportamiento lineal y constante, sino que es variable en todos sus aspectos. (IIDH, 2008, p. 69)

Esta revisión, no obstante, debe hacerse luego de establecer un contexto de conceptualización de los denominados derechos económicos, sociales y culturales, así como el tratamiento distinto que se plantea en relación a los derechos civiles y políticos. Mucho de la problemática en cuanto a la justicia-bilidad y efectivización de los derechos humanos laborales –como parte de los derechos económicos, sociales y culturales– se encuentra en la distinción planteada por “categorías” de derechos humanos –civiles y políticos, de un lado, y, económicos sociales y culturales, de otro–.

2. DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

2.1. Concepto y origen

Se dice comúnmente que los derechos económicos, sociales y culturales –a los cuales en conjunto se les denomina derechos sociales– son libertades y garantías integrantes de la segunda generación de derechos humanos. Así, se argumenta que, “si los derechos civiles y políticos provienen de las revoluciones burguesas que sustituyeron las monarquías por las repúblicas y erigieron

el constitucionalismo como sistema de frenos y contrapesos para la defensa del individuo, los derechos económicos, sociales y culturales resultan de las revoluciones nacionalistas y socialistas que reemplazaron el Estado gendarme por el Estado nodriza o de bienestar y sancionaron la irrupción de las masas en la sociedad contemporánea.” (Valencia Villa 2003, pp. 134-135) Pérez Luño, por su parte, señala al respecto: “A lo largo del siglo XIX los conflictos de clase se fueron traduciendo en una serie de exigencias de carácter socio-económico, que pusieron de relieve la insuficiencia de los derechos individuales si la democracia política no se convertía además en democracia social. Estas reivindicaciones determinarán un cambio en la actividad del estado que progresivamente abandonará su postura abstencionista y recabará como propia una función social. Dicha función se traduce en una serie de disposiciones socioeconómicas que a partir de la Constitución de Weimar se suelen incluir entre los derechos fundamentales.” (Pérez Luño, 2003, pp. 82-83)

Sin embargo, lo anterior no es del todo cierto. Habría que precisar – como lo hace Carlos Miguel Herrera (2014, p. 90)– que en relación a los derechos sociales, se pueden identificar al menos cuatro acontecimientos: en 1792, con el proyecto jacobino desarrollado por Robespierre en torno al reconocimiento de un derecho a la subsistencia; en 1848, con el proyecto socialista de establecer constitucionalmente un derecho al trabajo; en 1917, con la Constitución mexicana que enunciaba los derechos de los trabajadores, profundizado poco después por la Constitución de Weimar; y finalmente, en 1945, con el proyecto social-demócrata que buscaba reorganizar la sociedad industrial de pleno empleo a partir del principio de seguridad social.

Lo dicho por este autor es corroborado por la historia de los derechos sociales. Así, ya Robespierre, en su discurso “*Sobre las subsistencias*” del 2 de diciembre de 1792, consideró como la primera ley social “aquella que garantiza a todos los miembros de la sociedad los medios para existir: todas las demás están subordinadas a ella. La propiedad sólo ha sido instituida o garantizada para cimentarla, y es, ante todo, para vivir para lo que se tienen propiedades. No es cierto que la propiedad pueda oponerse en algunas ocasiones a la subsistencia de los hombres”. (Robespierre 1968)

Comentando lo anterior y estableciendo los reales alcances de la intervención de Robespierre, Pedro Planas señala: “Esta “primera ley social” propiciaba, en otras palabras, el establecimiento de “oportunidades vitales”

(Dahrendorf) para todos, en cuanto ciudadanos franceses. Independientemente del grave deterioro político hacia el cual degeneró (implantando el terror en nombre del “despotismo de la libertad”, el régimen de la Convención auspició una profunda legislación social gracias a la cual estos propósitos no quedaron como simples y simbólicos enunciados declarativos. Antes de iniciarse la discusión de los dos proyectos (girondino y montañés) de Constitución, el 19 de marzo de 1793, la Convención aprobó, en función de la Constitución de 1791, *las bases de organización del socorro público*”. (Planas 1993, pp. 58-59) De similar forma Carlos Miguel Herrera indica: “En verdad, el “derecho al trabajo” no será la primera formulación de lo que el pensamiento jurídico europeo denominará más tarde “derechos sociales” sino más bien el llamado “derecho a la asistencia”, al menos bajo la Revolución Francesa. En todo caso, la afirmación del carácter social de los derechos del hombre se encuentra de manera explícita en los trabajos del “Comité de Mendicidad” de la constituyente, que consideraba en su plan de trabajo de 1790 que “todo hombre tiene derecho a su subsistencia””. (Herrera, 2008, p. 21)

Entonces, cuando se habla del origen de los derechos económicos, sociales y culturales, estamos no frente a un momento en específico, sino frente a un proceso largo, que se inicia en el siglo XVIII y que culmina con la consolidación positiva a mediados del siglo XX con las declaraciones internacionales de derechos. Asimismo, el profesor Romagnoli caracteriza a los derechos sociales de la siguiente forma: “Tal generación (derechos sociales) se compone de derechos cuya esencia consiste en lo siguiente: el interés para cuya tutela son reconocidos, puede ser satisfecho sólo o fundamentalmente mediante comportamientos activos de los poderes públicos” (Romagnoli 1996, p. 7)

2.2. Problemática

Cuando se habla de los derechos humanos, aflora una característica inculcable, vale decir, que son derechos en conjunto indivisibles. Para Urquilla Bonilla es una premisa lógica la indivisibilidad. (Urquilla Bonilla, 2001) Así, esto supone: a) no es posible establecer estancos o compartimientos separados entre los derechos; b) todos los derechos se derivan de la misma esencia y causa, por lo que deben ser tratados en pie de igualdad; c) los derechos son interdependientes, que implica, esencialmente, que la afectación de un derecho es, inexorablemente, la afectación de otros derechos que forman con él

un todo coherente y armónico; d) cualquier clasificación de los derechos humanos sólo tiene valor heurístico, y probablemente, pedagógico, nunca puede tener un valor jurídico; y e) los derechos humanos no pueden ser sometidos a tratos diferenciados y no pueden existir derechos judicialmente exigibles y derechos que, formando parte del elenco de derechos humanos, no puedan ser exigibles.

Esto hace que se aprecie que los derechos humanos pedagógicamente se puedan asumir como apareciendo por “generaciones”; sin embargo, se puede también deducir que al aparecer coetáneamente o, en todo caso, ser parte en el origen de un mismo proceso, pues encontramos allí una razón histórica de la complementariedad y el carácter inescindible de ambos conjuntos de derechos.

Uno de los problemas principales de los derechos económicos, sociales y culturales estriba en el tratamiento distinto que se les dispensa en relación a los derechos civiles y políticos. Ahora bien, la raíz de ese tratamiento distinto, según Antonio Augusto Cancado Trindade (1997, p. 54), se remonta a la fase legislativa de la elaboración de los instrumentos de protección internacional de los derechos humanos, principalmente –precisa este autor– la decisión tomada por la Asamblea General de la Naciones Unidas en 1951 de elaborar, en lugar de un Pacto, dos Pactos Internacionales de Derechos Humanos (adoptados en 1966). El mismo autor citado hace notar que asumir dos “categorías” de derechos, no había sido anticipada o propugnada por los redactores de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 ni en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Así, en la primera, se establecían los derechos civiles y políticos entre los artículos 3º y 21º y, los derechos económicos, sociales y culturales entre los artículos 22º y 27º; mientras que en la Declaración Americana, aparecen conjuntamente ambos tipos de derechos. Interesante y coincidente resulta la observación de Mejía Rivera: “(...) resulta injustificable la supuesta superioridad de unos derechos sobre otros, ya que además, la dignidad humana no puede fraccionarse como si se tratase de dos mundos distintos: el de los derechos civiles y políticos (...); y el mundo casi retórico de los derechos económicos, sociales y culturales “de naturaleza prestacional, esfera que la que se desarrollarían libremente las disputas legislativas sin que el juez tuviera casi nada que decir” (Mejía Rivera 2009). Asimismo, Esteban Feldman señala: “La Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su Dictamen (Segunda Parte) expresó lo siguiente: “La

Comisión, al estudiar el capítulo relacionado con los derechos económicos, sociales y culturales del proyecto de Convención del Consejo Interamericano de Jurisconsultos y de los Proyectos presentados por los Gobiernos de Uruguay y Chile, tuvo serias dudas respecto de la inclusión de tales derechos en el presente instrumento, pues consideró, a la luz de la experiencia del Consejo de Europa y de las Naciones Unidas, que dichos derechos, por su naturaleza, deberían ser objeto de un régimen especial de protección internacional a que deben estar sometidos (...) Sin embargo, la Comisión cree que, en vista de la importancia que tienen los derechos económicos, sociales y culturales, la futura Convención Interamericana sobre Derechos Humanos debería contener disposiciones en la cuales los Estado Partes de la Convención reconozcan la necesidad de adoptar progresivamente, en sus legislaciones internas, las garantías que permitan la plena vigencia de esos derechos (...)” (Esteban Feldman, s/f, pp. 72-73).

Cancado Trindade (1997, p. 57) hace una observación valiosa adicional en relación a nuestro sistema de protección regional de derechos humanos. Menciona que en lo que al continente americano se refiere, hubo también la asunción del sesgo de “categorías” de ambos conjuntos de derechos. Refiere que dejando de lado las propuestas de inserción de los derechos económicos, sociales y culturales en el Proyecto de la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969, presentadas en 1959 por el Consejo Interamericano de Jurisconsultos y en 1965 por Chile y Uruguay, el sistema interamericano de protección de los derechos humanos siguió la solución prevaleciente en la época en Naciones Unidas y en el sistema europeo – vale decir de asumir diferenciada y separadamente ambas “categorías” – con la diferencia de que la Convención Americana se limitó a remitir en el artículo 26°, a las normas económicas, sociales y culturales contenidas en los artículos 29 al 50 de la Carta enmendada de la OEA.

Sin embargo, este camino ha entrado en un punto de inflexión. Y esto ha ocurrido a raíz de la I Conferencia Mundial de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, realizada en Teherán en 1968. Esta conferencia como advierte Cancado, proclamó la indivisibilidad de los derechos humanos, afirmando que la realización plena de los derechos civiles y políticos sería imposible sin el goce de los derechos económicos, sociales y culturales. (Cancado Trindade, p. 59)

Lo cierto es que esta nueva tendencia al parecer también ha influenciado en el actuar de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en sede regional. Así, se ha comenzado, en un primer momento, a interpretar y proteger los derechos económicos, sociales y culturales, utilizando los derechos civiles y políticos, mediante una lectura de éstos últimos en “clave social”, como manifiesta Urquilla Bonilla (2001, pp. 280 y 262), lo que reflejó una voluntad de fortalecer el sistema de protección interamericano de derechos humanos, a través de una transformación cualitativa de orden institucional. Pero, seguidamente, se comienza con la denominada justiciabilidad directa de los derechos sociales –específicamente en cuanto derechos humanos laborales– a partir de los casos Lagos del Campo y Trabajadores Cesados de Petroperú, ambos contra el Estado peruano en el 2017.

Debe recordarse en este punto que la problemática sobre el valor simplemente declarativo de los derechos sociales ya era advertido por Courtis cuando señalaba que: “La cuestión de las garantías de los derechos sociales es un tema complejo, en la medida en que aún hay pocas certezas sobre cómo abordarlo conceptualmente. En general, en nuestra región los derechos sociales, reconocidos tanto en instrumentos constitucionales como internacionales, han tenido un valor más bien declarativo: existen grandes carencias en el modo en que se han traducido en mecanismos concretos de garantía” (Courtis, 2009). Asimismo, el autor citado, conjuntamente con Abramovich advierten: “(...) Si bien, los principales derechos económicos, sociales y culturales han sido consagrados en diversas constituciones y – en el plano internacional – en numerosos instrumentos, su reconocimiento universal como derechos plenos no se alcanzará hasta superar los obstáculos que impiden su adecuada justiciabilidad, entendida como la posibilidad de reclamar ante un juez o tribunal de justicia el cumplimiento al menos de algunas de las obligaciones que se derivan del derecho” (Abramovich y Courtis, 2009).

3. DERECHOS HUMANOS LABORALES

3.1. Instrumentos regionales

Existen diversos instrumentos que corresponden a la región, los cuales establecen un conjunto de derechos de orden laboral.

a) ***Carta Internacional Americana de Garantías Sociales o Declaración de los Derechos Sociales del Trabajador***

Se puede considerar como el primer documento regional que incorporó una serie de derechos laborales. Fue adoptada en Rio de Janeiro en 1947, antes que la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Si bien, no tiene carácter obligatorio, sino declarativo, lo cierto es que posee una fuerza histórica y persuasiva importante pues ha influenciado en los países de la región.

Esta Declaración prescribe en su artículo 1° que tiene por objeto declarar los principios fundamentales que deben amparar a los trabajadores de toda clase y constituye el *mínimum* de derechos de que ellos deben gozar en los Estados Americanos, sin perjuicio de que las leyes de cada uno puedan ampliar esos derechos o reconocerles otros más favorables. Asimismo, luego de señalar que hombres y mujeres son protegidos por la Declaración, reconoce que la superación de tales derechos y el mejoramiento progresivo de los niveles de vida de la comunidad en general, dependen en extensa medida del desarrollo de las actividades económicas, del incremento de la productividad y de la cooperación de los trabajadores y los empresarios, expresada en la armonía de sus relaciones y en el respeto y cumplimiento recíproco de sus derechos y deberes.

Igualmente, en el artículo 2°, bajo un sustento principista, se expresa: a) El trabajo es una función social, goza de la protección especial del Estado y no debe considerarse como artículo de comercio. b) Todo trabajador debe tener la posibilidad de una existencia digna y el derecho a condiciones justas en el desarrollo de su actividad. c) Tanto el trabajo intelectual como el técnico y el manual deben gozar de las garantías que consagre la legislación del trabajo, con las distinciones que provengan de las modalidades en su aplicación. d) A trabajo igual debe corresponder igual remuneración, cualquiera que sea el sexo, raza, credo o nacionalidad del trabajador. e) Los derechos consagrados a favor de los trabajadores no son renunciables y las leyes que los reconocen obligan y benefician a todos los habitantes del territorio, sean nacionales o extranjeros.

La Declaración en forma detallada trata una serie de derechos: a) libertad de empleo (artículo 3°), b) formación educacional profesional y técnica para el trabajo (artículo 4°), c) Derecho a participar en la equitativa distribu-

ción del bienestar nacional (artículo 5°), d) Derecho a un salario mínimo (artículo 8°), e) Derecho a una prima anual (artículo 9°), f) Inembargabilidad de los salarios y las prestaciones sociales (artículo 10°), g) Derecho a participar en las utilidades de las empresas (artículo 11°), h) Derecho a que la jornada ordinaria de trabajo efectivo no debe exceder de 8 horas diarias o de 48 semanales (artículo 12°), i) Derecho a que el trabajo nocturno y el que se efectúe en horas suplementarias esté sujeto a una remuneración extraordinaria (artículo 12°), j) Derecho a un descanso semanal remunerado en la forma que fije la ley (artículo 13°), k) Derecho a descanso remunerado en los días feriados civiles y religiosos (artículo 14°), l) Derecho a vacaciones anuales remuneradas (artículo 15°), ll) Prohibición de trabajo de menores de 14 años y regulación del trabajo de menores de 16 (artículo 16°), m) Prohibición del trabajo nocturno y en las labores insalubres o peligrosas a los menores de 18 años (artículo 17°), n) Regulación del trabajo de mujeres (artículo 18°), o) Derecho a la estabilidad laboral (artículo 19°), p) Que los empleados públicos tengan derecho a ser amparados en la carrera administrativa (artículo 24°), q) Derecho a la higiene, seguridad y moralidad en los lugares de trabajo (artículo 30°), q) Derecho al seguro social obligatorio (artículo 31°).

No deja de considerar la Declaración, el trabajo a domicilio (artículo 21°), trabajo doméstico (artículo 22°), trabajo de la marina mercante y aeronáutica (artículo 23°), trabajo intelectual (artículo 25°), trabajo rural (artículo 38°).

Cabe destacar que la Declaración también trata sobre la inspección de trabajo (artículo 35°), jurisdicción del trabajo (artículo 36°), y, sobre la conciliación y arbitraje (artículo 37°).

Por otro lado, contempla que la ley reconozca y reglamente los contratos y convenciones colectivos de trabajo (artículo 7°); además recoge la libertad y el fuero sindical (artículo 26°), así como la huelga (artículo 27°).

b) *Carta de la Organización de los Estados Americanos*

Esta Carta fue suscrita en Bogotá, Colombia el 30 de abril de 1948 en la Novena Conferencia Internacional Americana, entrando en vigor el 13 de diciembre de 1951. Ha sido reformada en cuatro oportunidades: por el “Protocolo de Buenos Aires”, suscrito el 27 de febrero de 1967, en la Tercera Conferencia Interamericana Extraordinaria; por el “Protocolo de Cartagena de Indias”, aprobado el 5 de diciembre de 1985, en el decimocuarto período

extraordinario de sesiones de la Asamblea General; por el “Protocolo de Washington”, aprobado el 14 de diciembre de 1992, en el decimosexto período extraordinario de sesiones de la Asamblea General; y por el “Protocolo de Managua”, adoptado el 10 de junio de 1993, en el decimonoveno período extraordinario de sesiones de la Asamblea General.

Uno de los aspectos primeros en considerar es lo establecido en el artículo 3°, literal l) en donde dice que “los Estados americanos proclaman los derechos fundamentales de la persona humana sin hacer distinción de raza, nacionalidad, credo o sexo”, principio en esencia de no discriminación, indispensable en las relaciones de trabajo.

Ahora bien, entre las mencionadas reformas, merece especial consideración la efectuada por el “Protocolo de Buenos Aires” antes dicho, pues incluyó el Capítulo VII, denominado Desarrollo Integral, capítulo en el cual se establecen diversos derechos laborales.

Así, en el artículo 34°, literal g), se establecen como una de las metas básicas de los Estados miembros, salarios justos, oportunidades de empleo y condiciones de trabajo aceptables para todos.

También es necesario hacer hincapié en lo señalado en el artículo 45° en cuanto principios para que el hombre pueda alcanzar la plena realización de sus aspiraciones dentro de un orden social justo, acompañado de desarrollo económico y verdadera paz. Entre estos se encuentran: a) Todos los seres humanos, sin distinción de raza, sexo, nacionalidad, credo o condición social, tienen derecho al bienestar material y a su desarrollo espiritual, en condiciones de libertad, dignidad, igualdad de oportunidades y seguridad económica; b) El trabajo es un derecho y un deber social, otorga dignidad a quien lo realiza y debe prestarse en condiciones que, incluyendo un régimen de salarios justos, aseguren la vida, la salud y un nivel económico decoroso para el trabajador y su familia, tanto en sus años de trabajo como en su vejez, o cuando cualquier circunstancia lo prive de la posibilidad de trabajar; c) Los empleadores y los trabajadores, tanto rurales como urbanos, tienen el derecho de asociarse libremente para la defensa y promoción de sus intereses, incluyendo el derecho de negociación colectiva y el de huelga por parte de los trabajadores, el reconocimiento de la personería jurídica de las asociaciones y la protección de su libertad e independencia, todo de conformidad con la legislación respectiva; h) Desarrollo de una política eficiente de seguridad social.

c) *La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*

La Declaración, fue aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana Bogotá, Colombia, en 1948. Salmón (2011, p. 7) señala: “Es recién a mediados del siglo XX, luego de la barbarie de la Segunda Guerra Mundial, que la comunidad internacional tomó conciencia de la importancia de hacer valer los derechos del individuo en el orden internacional. Este hecho –reciente desde un punto de vista histórico– se encuentra estrechamente ligado al movimiento de los derechos humanos y a la necesidad de plasmar, en el ámbito internacional, la protección de estos. El primer gran paso dado a este nivel para regular los derechos humanos lo encontramos en la Declaración Americana (...)”

En sus considerandos, se deja establecido “que los pueblos americanos han dignificado la persona humana y que sus constituciones nacionales reconocen que las instituciones jurídicas y políticas, rectoras de la vida en sociedad, tienen como fin principal la protección de los derechos esenciales del hombre y la creación de circunstancias que le permitan progresar espiritual y materialmente y alcanzar la felicidad”; asimismo, se reconoce que “los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana”; además, señala “que la protección internacional de los derechos del hombre debe ser guía principalísima del derecho americano en evolución”; para finalmente, apuntalar lo siguiente: “que la consagración americana de los derechos esenciales del hombre unida a las garantías ofrecidas por el régimen interno de los Estados, establece el sistema inicial de protección que los Estados americanos consideran adecuado a las actuales circunstancias sociales y jurídicas, no sin reconocer que deberán fortalecerlo cada vez más en el campo internacional, a medida que esas circunstancias vayan siendo más propicias”.

Se establecen como fundamentos de esta Declaración entonces, la centralidad de los derechos esenciales del hombre, que éstos no tienen que ver con la nacionalidad sino con el hecho mismo de ser persona, y, asimismo, un aspecto sustancial, como es calificar a esta Declaración como un sistema inicial de protección, un mínimo requerido en derechos de la persona, de acuerdo a las circunstancias sociales y jurídicas, lo que irá cambiando, en un sentido progresivo conforme a otras circunstancias más propicias.

En el Capítulo Primero - Derechos, se reconocen como derechos laborales: derecho al trabajo y a una remuneración justa (artículo XIV), derecho al descanso (artículo XV), derecho a la seguridad social (artículo XVI), derecho de asociación, donde se encuentra la específicamente asociación sindical (artículo XXII). Asimismo, cabe mencionar que el derecho de igualdad ante la ley y no discriminación (artículo II), es contemplado de manera genérica, pero plenamente aplicable a las relaciones laborales.

Asimismo, resulta especialmente significativo, el incorporar en el Capítulo Segundo – Deberes, el deber de trabajar, (artículo XXXVII) en el cual se establece que “toda persona tiene el deber de trabajar, dentro de su capacidad y posibilidades, a fin de obtener los recursos para su subsistencia o en beneficio de la comunidad”.

d) *La Convención Americana de Derechos Humanos*

Esta Convención –también denominada Pacto de San José de Costa Rica– fue suscrita, tras la Conferencia Especializada efectuada el 22 de noviembre de 1969 en la ciudad de San José en Costa Rica, entrando en vigencia el 18 de julio de 1978.

La Convención reconoce en su Capítulo II denominado Derechos Civiles y Políticos, una serie de derechos aplicables a las relaciones laborales, como la prohibición de la esclavitud y la servidumbre (artículo 6° inciso 1)); la prohibición del trabajo forzoso u obligatorio (artículo 6° incisos 2 y 3); la libertad sindical (artículo 16°); derecho a la no discriminación (artículos 24° y 1°). Asimismo, en el Capítulo III, en su artículo 26° se destina específica y genéricamente para los derechos económicos, sociales y culturales, con una norma de remisión.

Ahora bien, para algunos comentaristas de la Convención, existirían dos reglas en relación a la obligación de aplicación de los derechos establecidos en la misma. Una, de carácter general, contenida en los artículos 1° y 2°, como parte del Capítulo I, Enumeración de Deberes, de la Parte I, Deberes de los Estados y Derechos Protegidos. La otra regla, contenida en el artículo 26° del Capítulo III, Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Así, el artículo 1° párrafo 1 establece que: “Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades recono-

cidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.”

Y, asimismo, el artículo 2 señala: “Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.”

Entonces, estos dos artículos se aplicarían para los derechos que expresamente han sido recogidos en la Convención Americana –según Canessa Montejo (2014, p. 44)–, como por ejemplo y para el caso de derechos laborales: la prohibición de la discriminación, la prohibición de la esclavitud y la servidumbre, la prohibición del trabajo forzoso u obligatorio, la libertad sindical y la protección al menor trabajador. Estos derechos humanos laborales –remarca el autor peruano– se rigen por el marco general de obligaciones de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Por otra parte, se encuentra lo dispuesto en el artículo 26° correspondiente al Capítulo III de la Convención, para los derechos económicos, sociales y culturales, dentro de los que se incluyen los derechos humanos laborales. Así, éste artículo prescribe: “Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados”.

Se puede decir, al respecto, en primer lugar, que éste artículo 26° contempla a los derechos económicos, sociales y culturales, contenidos en la Carta de la Organización de los Estados Americanos. Ahora bien, en lo que corresponde a los derechos laborales, Rossi y Abramovich (2007, pp. 49-52) ensayan una lista de los mismos –sin pretender agotar el tema, remarcan–,

como el derecho al trabajo en ciertas condiciones dignas, derecho a un salario justo, entre otros.

Igualmente, éste artículo implica varios aspectos a dilucidar, como por ejemplo, entre los principales, en qué consiste “lograr progresivamente la plena efectividad” de los derechos económicos, sociales y culturales, sobre todo cuando se añade que todo lo anterior quedaba sujeto a “la medida de los recursos disponibles”; asimismo, si la violentación del artículo 26° es justiciable o no.

Sobre la interpretación de éste artículo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, solo en dos casos dedica – como señala Christian Courtis (2014, p. 657) – al menos algunos párrafos, como en las sentencias de *Cinco Pensionistas vs. Perú* y *Acevedo Buendía y otros vs. Perú*, desestimando pronunciarse en ambos sobre la alegada violación del artículo 26° en mención.

En el primer caso, *Cinco Pensionistas vs. Perú*, la Corte establece que: “Los derechos económicos, sociales y culturales tienen una dimensión tanto individual como colectiva”. Igualmente aclaran que “su desarrollo progresivo, sobre el cual ya se ha pronunciado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, se debe medir, en el criterio de este Tribunal, en función de la creciente cobertura de los derechos económicos, sociales y culturales en general, y del derecho a la seguridad social y a la pensión en particular, sobre el conjunto de la población, teniendo presentes los imperativos de la equidad social, y no en función de las circunstancias de un muy limitado grupo de pensionistas no necesariamente representativos de la situación general prevaleciente.” (Párrafo 147)

Esta interpretación fue muy criticada. Así, Rossi y Abramovich señalan que. “(...) el pronunciamiento no es claro”; añadiendo a lo dicho que “(...) la interpretación efectuada por la Corte no se compadece con los estándares que viene desarrollando el Comité y parece obligarla a realizar en el marco de un caso individual la supervisión de situaciones generales, lo que no está dentro de su limitada competencia.” (2007, pp. 44-45)

Mientras que, en el *Caso Acevedo Buendía y otros vs. Perú*, la Corte señala que el desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales ha sido materia de pronunciamiento por parte del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas “en el sentido de que la plena efectividad de aquéllos “no podrá lograrse en un breve

período de tiempo” y que, en esa medida, “requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo [...] y las dificultades que implica para cada país el asegurar [dicha] efectividad” (Párrafo 102). Ahora bien, añade a lo dicho que: “En el marco de dicha flexibilidad en cuanto a plazo y modalidades, el Estado tendrá esencialmente, aunque no exclusivamente, una obligación de hacer, es decir, de adoptar providencias y brindar los medios y elementos necesarios para responder a las exigencias de efectividad de los derechos involucrados, siempre en la medida de los recursos económicos y financieros de que disponga para el cumplimiento del respectivo compromiso internacional adquirido. Así, la implementación progresiva de dichas medidas podrá ser objeto de rendición de cuentas y, de ser el caso, el cumplimiento del respectivo compromiso adquirido por el Estado podrá ser exigido ante las instancias llamadas a resolver eventuales violaciones a los derechos humanos.” (Párrafo 102)

e) “Protocolo de San Salvador”

El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, como en puridad se denomina a éste Protocolo, fue adoptado el 17 de noviembre de 1988 en la ciudad de San Salvador –de allí su nombre característico– para entrar en vigencia casi once años después el 16 de noviembre de 1999.

La falta de un tratamiento apropiado de los derechos económicos, sociales y culturales en la Convención Americana, hizo que se planteara la necesidad de un Protocolo Adicional. Es así que entre los Considerandos del Protocolo de San Salvador se establece que se debe tener en cuenta, la estrecha relación que existe entre la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales y la de los derechos civiles y políticos, por cuanto las diferentes categorías de derechos constituyen un todo indisoluble que encuentra su base en el reconocimiento de la dignidad de la persona humana, por lo cual exigen una tutela y promoción permanente con el objeto de lograr su vigencia plena, sin que jamás pueda justificarse la violación de unos en aras de la realización de otros.

Cuando los Estados Partes ratifican o se adhieren al Protocolo Adicional, se comprometen a varias obligaciones que les serán exigibles. Así en el primer artículo se establece la obligación de adoptar medidas: “Los Estados

Partes en el presente Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos se comprometen a adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo”. Esta obligación es de orden económico, cuando se señala el compromiso de los Estados de disponer sus recursos para lograr la efectividad plena de los derechos, de acuerdo al grado de desarrollo del país en cuestión y a la legislación interna. Precisamente y, de manera correlativa, el artículo segundo establece la obligación de los Estados Partes de adoptar las disposiciones normativas, con el objetivo también de la efectivización de los derechos reconocidos en el Protocolo Adicional. Asimismo, debe garantizarse el ejercicio de los derechos reconocidos bajo el principio de no discriminación.

Por otro lado, este Protocolo Adicional incluye diversos derechos laborales como: derecho al trabajo (artículo 6°), que el derecho al trabajo se de en condiciones justas, equitativas y satisfactorias (artículo 7°), remuneración mínima y salario equitativo (artículo 7° literal a), libertad de trabajo (artículo 7° literal b), derecho de ascenso en el trabajo (artículo 7° literal c), a la estabilidad laboral (artículo 7° literal d), seguridad e higiene en el trabajo (artículo 7° literal e), la prohibición del trabajo nocturno o en labores insalubres o peligrosas para los menores de 18 años de edad (artículo 7° literal f), la jornada de trabajo en caso de menores de 16 años deberá subordinarse a las disposiciones sobre educación obligatoria (artículo 7° literal f), la limitación razonable de las horas de trabajo, tanto diarias como semanales (artículo 7° literal g), derecho al descanso y disfrute del tiempo libre (artículo 7° literal h), derecho a las vacaciones (artículo 7° literal h), derecho a la remuneración de los días feriados nacionales (artículo 7° literal h), derechos sindicales, como derecho a organizar sindicatos y afiliarse al de su elección y el derecho a la huelga (artículo 8), derecho a la seguridad social (artículo 9°).

3.2. Corte Interamericana de Derechos Humanos

Este tribunal, ha actuado de la manera más imaginativa en cuanto a los derechos económicos, sociales y culturales. Así, ha ido de responder a aquellos casos de desapariciones forzadas de dirigentes sindicales, hasta proteger

los derechos económicos, sociales y culturales ejerciendo o aplicando un enfoque “social” a los derechos civiles y políticos.

3.2.1. Protección Indirecta

a) Derecho a la vida, libertad de asociación y libertad sindical

Gran parte de los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con relación al tema laboral, han tenido que ver con casos de desaparición forzada de dirigentes sindicales, por lo menos en un primer momento. Es lo que puede también inferirse de lo dicho por Javier Mujica (2014, p. 358), cuando al tratar del derecho de reunión y asociación, señala: “El hecho de que los derechos de reunión y asociación no hayan constituido un tema recurrente en los pronunciamientos de los órganos de control del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, no se debe tanto a la ausencia de violaciones en este campo sino a la gravedad de otros tipos de violaciones a los derechos humanos, como el derecho a la vida y la integridad de las personas, lo que ha marcado las prioridades del sistema interamericano”.

Es el *Caso Huilca Tecse vs Perú*. La demanda presentada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos es por la ejecución extrajudicial de un líder sindical peruano, Pedro Huilca Tecse, ocurrida el 18 de diciembre de 1992. Al momento de los hechos, la víctima se desempeñaba como Secretario General de la Confederación General de Trabajadores del Perú, CGTP. La Comisión señaló que dicha ejecución fue llevada a cabo por miembros del Grupo Colina, un escuadrón de eliminación vinculado al Servicio de Inteligencia del Ejército del Perú. Además, la demanda también se refirió a la presunta falta de una investigación completa, imparcial y efectiva de los hechos.

En este caso, hay un claro tratamiento sobre la libertad de asociación. Así, la Corte señala que “el artículo 16.1 de la Convención comprende el “derecho a asociarse libremente con fines ideológicos, religiosos, políticos, económicos, laborales, sociales, culturales, deportivos o de cualquier otra índole”. Seguidamente, la Corte relaciona la libertad de asociación con la materia laboral, considerando que “el contenido de la libertad sindical, una forma de la libertad de asociación, implica la potestad de elección respecto de cómo ejercerla”, concluyendo que: “En este sentido, un individuo no goza del pleno ejercicio del derecho a la libertad de asociación, si en realidad esta potestad

es inexistente o se reduce de tal forma que no pueda ponerla en práctica. El Estado debe garantizar que las personas puedan ejercer libremente su libertad sindical sin temor de que serán sujetos a violencia alguna, de lo contrario, se podría disminuir la capacidad de las agrupaciones de organizarse para la protección de sus intereses”. (Párrafo 77). De allí que la Corte aplicando el razonamiento anterior al caso en mención señale que “el ejercicio legítimo que hizo el señor Pedro Huilca Tecse del derecho a la libertad de asociación, en materia sindical, le provocó una represalia fatal, que a su vez consumó una violación en su perjuicio del artículo 16 de la Convención Americana. Asimismo, el Tribunal considera que la ejecución del señor Pedro Huilca Tecse tuvo un efecto amedrentador en los trabajadores del movimiento sindical peruano y con ello disminuyó la libertad de un grupo determinado de ejercer ese derecho.” (Párrafo 78).

En forma similar la Corte Interamericana se pronunció en el *Caso Cantoral Huamaní y García Santa Cruz vs. Perú*, en donde la Comisión Interamericana de Derechos Humanos demandó por secuestro, tortura y ejecución extrajudicial de Saúl Isaac Cantoral Huamaní y Consuelo Trinidad García Santa Cruz el día 13 de febrero de 1989, en Lima, Perú, y que transcurridos más de 17 años, los familiares de las víctimas no hayan conseguido conocer la verdad y sin que sus responsables hayan sido sancionados.

Por último, tenemos el *Caso García y Familiares vs. Guatemala*. Este caso se inicia cuando la Comisión demanda la desaparición forzada de Edgar Fernando García, sindicalista y dirigente estudiantil, quien fue baleado y detenido el 18 de febrero de 1984 por miembros de la Brigada de Operaciones Especiales de la Policía Nacional guatemalteca, sin que se conozca su paradero.

Lo más importante de ésta sentencia es el reconocimiento de la Corte que “cuando la violación del derecho a la vida, la integridad o la libertad personal tiene como objetivo impedir el ejercicio legítimo de otro derecho protegido en la Convención, tal como las libertades de asociación o de expresión, se configura a su vez una violación autónoma a este derecho protegido en la Convención Americana”.

b) *Vida digna de las personas migrantes y el disfrute de los derechos laborales*

Dentro de lo que se ha venido en llamar “una lectura social de los derechos civiles y políticos”, al decir de Salmón y Bregaglio, se encuentra la

Opinión Consultiva N° 18/03, en relación a la condición de los migrantes y sus respectivos derechos, entre ellos, los laborales. Uno de los aspectos a resaltar es que la Corte considera que el ejercicio de los referidos derechos laborales fundamentales garantiza al trabajador y a sus familiares el disfrute de una vida digna. Así, señala seguidamente que los trabajadores tienen derecho a desempeñar una actividad laboral en condiciones dignas y justas, y recibir como contraprestación de su trabajo una remuneración que permita a ellos y sus familiares gozar de un estándar de vida digno. Asimismo, el trabajo debe ser una forma de realización y una oportunidad para que el trabajador desarrolle sus aptitudes, habilidades y potencialidades, y logre sus aspiraciones, en aras de alcanzar su desarrollo integral como ser humano. (Párrafo 158)

c) *Protección indirecta del despido - Violación del Debido Proceso*

Como manifiestan Salmón y Bregaglio, estamos ante casos que representan una “mirada social al tema de las garantías judiciales y el debido proceso”. Para ambas autoras “la Corte reafirma la necesidad de que el trabajo, y los derechos que ello implica, tengan acceso a la justicia y todas las garantías judiciales. Es decir, reafirma el carácter general de estos derechos independientemente de si lo que se reclama es un derecho de tipo civil y político o de carácter económico, social o cultural”.

Un ejemplo de lo anterior, es el *Caso Acevedo Jaramillo y Otros vs. Perú*, en donde la Comisión demanda por la violación de la protección judicial, artículo 25° numeral 2, literal c, de la Convención Americana, así como por el incumplimiento de la obligación de respetar los derechos, contemplada en el artículo 1° párrafo 1 de la misma. Se alega el incumplimiento de sentencias emitidas entre 1996 y 2000 expedidas por la Corte Superior de Justicia de Lima y el Tribunal Constitucional del Perú por vía de acción de amparo. En dichas sentencias se ordenó a la Municipalidad de Lima que reintegre a los trabajadores de la referida entidad, que fueran despedidos. Frente a lo alegado por el Estado peruano, en cuanto supeditar el cumplimiento de las sentencias a la existencia de plaza y presupuesto, la Corte considera que tratándose de sentencias que resuelven acciones de garantía, por la especial naturaleza de los derechos protegidos, el Estado debe darles cumplimiento en el menor tiempo posible, adoptando todas las medidas necesarias para ello.

Similares pronunciamientos encontramos en los siguientes casos: Caso de los Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y Otros) vs. Perú, Caso Abril Alosilla y Otros vs. Perú, Caso Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y Otros) vs. Ecuador, Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y Otros) vs. Ecuador.

Coincidimos, por tanto, en esta parte también con Salmón y Bregaglio, quienes señalan: “(...) a los derechos laborales también se les aplican las garantías judiciales y el debido proceso (conclusión que puede fácilmente extraerse de los propios artículos de la Convención) y los intereses laborales son vistos como prioritarios al momento de evaluar la posible vulneración de los artículos 8 y 25 (aporte social a la lectura de tales normas). (...)”.

d) *Derecho de propiedad y derecho a la seguridad social*

Se debe mencionar el *Caso “Cinco Pensionistas” Vs. Perú*. Dos son los aspectos a resaltar en este caso. Así, en primer lugar, la Corte establece la protección de las pensiones a través del derecho de propiedad privada señalando que “el artículo 21 de la Convención protege el derecho de los cinco pensionistas a recibir una pensión de cesantía nivelada de acuerdo al Decreto-Ley N° 20530, en el sentido de que se trata de un derecho adquirido, de conformidad con lo dispuesto en la normativa constitucional peruana, o sea, de un derecho que se ha incorporado al patrimonio de las personas.” (Párrafo 102)

En segundo lugar, interesa resaltar aquí, lo expuesto por la Corte, en cuanto a lo alegado por la Comisión por la violentación del artículo 26° de la Convención Americana. Concluye la Corte que “los derechos económicos, sociales y culturales tienen una dimensión tanto individual como colectiva. Su desarrollo progresivo, sobre el cual ya se ha pronunciado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, se debe medir, en el criterio de este Tribunal, en función de la creciente cobertura de los derechos económicos, sociales y culturales en general, y del derecho a la seguridad social y a la pensión en particular, sobre el conjunto de la población, teniendo presentes los imperativos de la equidad social, y no en función de las circunstancias de un muy limitado grupo de pensionistas no necesariamente representativos de la situación general prevaleciente (Párrafo 147), por lo cual desestima la Corte pronunciarse al respecto.

Un segundo caso, es el *Caso Acevedo Buendía y Otros* (“*Cesantes y Jubilados de la Contraloría*”), en donde se ratifica lo dicho en el caso anteriormente expuesto.

e) **Caso Baena Ricardo y Otros vs. Panamá**

La Comisión sometió este caso con el fin de que la Corte decidiera si hubo violación, por parte de Panamá, de los artículos 1° párrafo 1 (Obligación de Respetar los Derechos); 2° (Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno); 8° (Garantías Judiciales); 9° (Principio de Legalidad y de Retroactividad); 10 (Derecho a Indemnización); 15° (Derecho de Reunión); 16° (Libertad de Asociación); 25° (Protección Judicial), y 33° y 50.2° de la Convención, como resultado de los hechos ocurridos a partir del 6 de diciembre de 1990 y especialmente a partir del 14 de diciembre de dicho año, fecha en que se aprobó la Ley No. 25, con lo que fueron arbitrariamente destituidos de sus cargos 270 empleados públicos que habían participado en una manifestación por 2 reclamos laborales, a quienes se acusó de complicidad con una asonada militar. Posterior al despido arbitrario de los trabajadores, en el procedimiento de sus quejas y demandas se cometieron en su contra una sucesión de actos violatorios de sus derechos al debido proceso y la protección judicial.

El presente caso es emblemático por muchos aspectos. En primer lugar, por ser un caso límite entre la protección indirecta y la directa de los derechos laborales tramitado ante la Corte. Como se ha podido ver del rápido recuento hecho, se tienen una serie de casos en los que ha predominado una protección indirecta de los derechos laborales. En éste, se puede decir que hay una proto protección directa.

Como consecuencia de lo anterior, se tiene en este caso, la necesidad de acomodar por parte de la Corte, de una serie de aspectos de la Convención Americana a los aspectos laborales de manera directa. Así lo hace en relación a la aplicación del artículo 8° de la Convención, cuando esclarece si éste artículo sólo está destinado para el orden penal. Señala el tribunal internacional que “el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del artículo 8 de la Convención se aplica a los órdenes mencionados en el numeral 1 del mismo artículo, o sea, la determinación de derechos y obligaciones de orden “civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”. Esto revela el amplio alcance del debido proceso; el individuo tiene el derecho al debido proceso entendido en

los términos del artículo 8.1 y 8.2, tanto en materia penal como en todos estos otros órdenes.” (Párrafo 125).

Asimismo, la Corte se preocupa por configurar un concepto de libertad sindical. Establece que “La libertad de asociación, en materia sindical, consiste básicamente en la facultad de constituir organizaciones sindicales y poner en marcha su estructura interna, actividades y programa de acción, sin intervención de las autoridades públicas que limite o entorpezca el ejercicio del respectivo derecho. Por otra parte, esta libertad supone que cada persona pueda determinar sin coacción alguna si desea o no formar parte de la asociación. Se trata, pues, del derecho fundamental de agruparse para la realización común de un fin lícito sin presiones o intromisiones que puedan alterar o desnaturalizar su finalidad.” (Párrafo 156).

En esta línea de desarrollo, la Corte concluye al respecto: “La libertad de asociación, en materia laboral, en los términos del artículo 16 de la Convención Americana, comprende un derecho y una libertad, a saber: el derecho a formar asociaciones sin restricciones distintas a las permitidas en los incisos 2 y 3 de aquel precepto convencional y la libertad de toda persona de no ser compelida u obligada a asociarse. El Protocolo de San Salvador de 17 de noviembre de 1988, en su artículo 8.3, recoge la misma idea y precisa que, en materia sindical, “[n]adie podrá ser obligado a pertenecer a un sindicato.” (Párrafo 159)

3.2.2. Protección Directa

a) Caso Lagos del Campo vs. Perú

Con el **Caso Baena Ricardo y Otros vs. Panamá**, se señaló que se llega al límite de la protección indirecta de los derechos humanos laborales. Para muchos era un camino indiscutible hacia la protección directa, que ya no admitía marcha atrás. Lo opinado en este sentido, es confirmado por el **Caso Lagos del Campo vs. Perú**, en el cuál, por primera vez, se dicta una sentencia cuyo objeto en específico es por la violación del derecho al trabajo, específicamente el derecho a la estabilidad laboral y libertad de asociación.

Alfredo Lagos del Campo es despedido el 26 de junio de 1989 como consecuencia de manifestaciones realizadas siendo presidente del Comité Electoral de la Comunidad Industrial de la empresa Ceper-Pirelli, pretendien-

do con dichas manifestaciones llamar la atención sobre actos de injerencia indebida de los empleadores en la organización del cual era su representante. La Corte IDH, mediante sentencia del 31 de agosto de 2017, resuelve este caso.

En el Caso Lagos del Campo vs. Perú finalmente se pronuncian por derechos no específicamente laborales –el profesor Palomeque hablaría en este caso de derechos laborales inespecíficos– como los derechos laborales directamente.

Así, encuentran al Estado peruano responsable por la violación a los derechos de pensamiento y expresión y garantías judiciales, así como responsable de la violentación del derecho a la estabilidad laboral, reconocido en el artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos. Y el derecho a la libertad de asociación reconocido en los artículos conjuntamente interpretados 16 y 26 del mismo cuerpo normativo internacional.

b) *Caso Trabajadores Cesados de Petroperú y Otros vs. Perú*

Mediante sentencia del 23 de noviembre de 2017 se determinó que el Estado peruano había violado los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial y asimismo violentado el derecho al trabajo de en total 164 trabajadores del sector público cesados en los años 90. Un rápido recuento de los hechos, es que en la década de los 90 en el Perú, se llevaron a cabo una serie de ceses colectivos. Frente a éstos se produjeron una serie de impugnaciones como fue el caso de 85 trabajadores de Petroperú, 25 trabajadores de ENAPU, 39 trabajadores del Ministerio de Educación, y, finalmente, 15 trabajadores del Ministerio de Economía y Finanzas. Al no ser escuchados judicialmente sus reclamos, la Corte señala la violentación de las garantías judiciales y protección judicial.

Pero, lo más sustancial en lo que ésta investigación se refiere, es la aplicación directa del artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos, artículo que contempla los derechos económicos, sociales y culturales. Especialmente se declara la violentación del derecho al trabajo, fundamentando la Corte en lo ya expuesto en el Caso Lagos del Campo, sobre todo aquel argumento en el que se señala que hay una interdependencia e indivisibilidad entre los derechos civiles y políticos y los de orden social como el derecho al trabajo. Asimismo agrega el tribunal en mención, que el derecho al trabajo incluye el derecho a garantizar el derecho de acceso a la justicia y a la tutela

judicial efectiva, tanto en el ámbito público como en el ámbito privado de las relaciones laborales.

4. CONCLUSIONES

4.1.- Los derechos económicos, sociales y culturales tiene un tratamiento distinto que se les dispensa en relación a los derechos civiles y políticos, no obstante que tanto los derechos civiles y políticos como los derechos económicos, sociales y culturales se originan en el siglo XVIII. En el caso de los últimos mencionados asistimos a un proceso largo de maduración que se inicia en el siglo antes dicho y que culmina con su consolidación positiva a mediados del siglo XX con las declaraciones internacionales de derechos.

4.2.- El profesor Cancado Trindade es muy claro al especificar que el problema de la consideración de dos “categorías” de derechos humanos se origina a partir de la fase legislativa de elaboración de los instrumentos de protección internacional de los derechos humanos, principalmente –precisa este autor– la decisión tomada por la Asamblea General de la Naciones Unidas en 1951 de elaborar, en lugar de un Pacto, dos Pactos Internacionales de Derechos Humanos. Esta forma de afrontar los derechos humanos, ha sido revertido luego, a partir de la I Conferencia Mundial de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, realizada en Teherán en 1968. Esta conferencia, como advierte Cancado, proclamó la indivisibilidad de los derechos humanos, afirmando que la realización plena de los derechos civiles y políticos sería imposible sin el goce de los derechos económicos, sociales y culturales.

4.3.- No está demás recordar que la posible razón del diferenciado y persistente tratamiento en dos “categorías” de derechos humanos –en civiles y políticos y sociales, económicos y culturales– y la renuencia consecuente a una justiciabilidad directa de los DESC y dentro de éstos, los derechos humanos laborales, sea parte o consecuencia de la “ambivalencia” del derecho del trabajo, que caracteriza a éste derecho a lo largo de su historia, como anota el profesor Baylos. Así, señala: “(Este rasgo) puede ser descrito como una expresión jurídica que deforma y condiciona las relaciones de producción basadas en la explotación de la fuerza de trabajo y a la vez enmienda y modifica el propio sistema capitalista sin desnaturalizar su esencia”. Por mucho tiempo se apeló a una justiciabilidad indirecta de los derechos económicos, sociales y culturales –justiciabilidad a través de la que se daba a los derechos civiles y po-

líticos–, porque allí residía el equilibrio de esa tensión entre “la relación entre economía y democracia, entre el dominio de la producción y del dinero frente a la lógica de los derechos y de la solidaridad” –como explica nuestro citado autor–. Hoy, con una justiciabilidad directa aunque tímida aún de los derechos humanos laborales, la tensión presente sempiternamente en el derecho del trabajo, se ha resuelto una vez más políticamente –como manifiesta también el propio profesor Baylos–, a partir de la actuación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La comprensión del derecho del trabajo pasa como afirma el profesor Baylos (2013, pp. 15 y ss) por situarlo en un horizonte de confines precisos: “De un lado, se despliega en una organización económica basada sobre la libertad de empresa y de mercado que incluye el trabajo asalariado como mercancía peculiar y que somete la actividad productiva que éste implica a una situación de dominio y de subordinación no sólo técnica de las personas que trabajan. De otro, el modelo de derecho del trabajo del que se parte se realiza en un marco de democracia que se organiza sobre el reconocimiento de derechos individuales y colectivos en directa relación con la posición subalterna en el plano económico, social y cultural de los trabajadores, y que crea una dimensión esencialmente político-democrática en la que éstos se conciben como ciudadanos y como sujetos colectivos capaces de producir reglas vinculantes para el ordenamiento estatal”. Relacionado con lo anterior, se encuentra lo expuesto por el profesor Romagnoli cuando dice: “En suma, el Derecho del Trabajo no nace para cambiar el mundo, sino para volverlo más aceptable, no sólo para la “clase trabajadora” que se yergue inmaculada en el cielo despejado y radiante de las ideologías, sino para la indiferenciada agregación humana, que más amable y banalmente, se suele llamar “gente”, gente común, gente cualquiera. Pero esto no quita que él haya contribuido también al cambio; tomó parte en él, favoreciendo la cotidiana adaptación a la transformación de las formas de vida y de trabajo de “hombres y mujeres reales, aunque a menudo ignorantes, miopes y llenos de prejuicios”. Y bastante más de los hombres que de las mujeres (...)” (Romagnoli 1997, p. 31).

4.4.- No se requiere para fortalecer al sistema de protección interamericano de derechos humanos, en cuanto a los DESC, por lo menos en un primer momento, un cambio en el componente normativo sino, sobre todo, en el elemento institucional, el cual debe auspiciar una transformación cualitativa. Es lo que ha ocurrido con la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La Corte Interamericana ha iniciado en un primer momento, frente a la desaparición forzada de dirigentes sindicales y atentados contra su vida, una lectura como llama Urquilla Bonilla, en “clave social”, de los derechos civiles y políticos para que a través de estos se pueda proteger a los derechos económicos sociales y culturales –específicamente los derechos humanos laborales—. Los hechos graves en relación a los dirigentes sindicales fueron interpretados como vulneración de los derechos civiles y políticos para así proteger finalmente a los derechos humanos laborales. En la misma línea se ha observado plantear la protección de los derechos laborales a través de la calificación a los hechos de la violentación, de las garantías procesales y en definitiva del debido proceso. Para, asimismo, entrar a tratar de proteger directamente a un derecho humano laboral como la libertad sindical.

4.5.- En la tarea de asumir un enfoque social a los derechos civiles y políticos y encontrar una protección indirecta a los derechos sociales, se “amplio” el concepto de derecho de propiedad privada, lo que ha servido para proteger el derecho a las pensiones contra su disminución así como las remuneraciones, como se ha visto en las sentencias de la Corte atrás reseñadas.

4.6.- La justiciabilidad de los derechos económicos sociales y culturales ha sido aceptada al ser controlada su efectividad a través de órganos jurisdiccionales. Es así que con los casos Lagos del Campo y Trabajadores Cesados de Petroperú, ambos coincidentemente contra el Estado peruano, en fallos del 2017, se arriba a una protección directa de los derechos laborales, en base a un fundamento básico de interpretación de los derechos humanos, pero que no había sido expresamente aplicado, como es la interdependencia e indivisibilidad de los derechos civiles y políticos con los derechos económicos, sociales y culturales, dentro de los cuales están los derechos humanos laborales. Es cierto que aún con un margen muy pequeño de dicha justiciabilidad directa, pero con un inocultable avance en su consolidación.

5. BIBLIOGRAFÍA

ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian: *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Editorial Trotta. Segunda edición, Madrid 2014.

BAYLOS, Antonio: “*Modelos de Derecho del Trabajo y cultura jurídica del trabajo*” en: Baylos, Antonio (Coordinador): *Modelos de Derecho del Trabajo y cultura de los juristas*. Editorial Bomarzo, Albacete 2013.

- BAYLOS, Antonio: *“El futuro de las normas del trabajo que queremos”* en: Mora Cabello de Alba, Laura y Rodríguez Fernández, María Luz (Coordinadoras): *El futuro del trabajo que queremos*. Editorial Bomarzo, Albacete 2017.
- CANCADO TRINDADE, Antonio Augusto: *“La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el plano internacional”*. <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/69-70-71/la-justiciabilidad-de-los-derechos-economicos-sociales-y-culturales-en-el-plano-internacional.pdf>
- CANCADO TRINDADE, Antonio Augusto: *“La protección internacional de los derechos económicos, sociales y culturales”* en: www.codehupy.org/.../wp.../Proteccion_internaciones_DESC_Cancado_Trindade1.pdf
- CANESSA MONTEJO, Miguel: *El Sistema Interamericano de derechos Humanos y la protección de los derechos humanos laborales*. Editorial Palestra, Lima 2014.
- COURTIS, Christian: *Ecos Cercanos. Estudios sobre derechos humanos y justicia*. Siglo del Hombre Editores. Universidad de los Andes. Bogotá 2009.
- COURTIS, Christian: Comentario al artículo 26° de la Convención Americana. En: Steiner, Christian y Uribe, Patricia (Coordinadores): *Convención Americana sobre Derechos Humanos – Comentario*. Konrad Adenauer Stiftung, México 2014.
- ESTEBAN FELDMAN, Gustavo: *El Pacto de San José de Costa Rica*. Rubinzal-Culzoni Editores. Buenos Aires s/f.
- FAÚNDEZ LEDESMA, Héctor: *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos institucionales y procesales*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. San José de Costa Rica, 2003
- HERRERA, Carlos Miguel: *Los derechos sociales, entre estado y doctrina jurídica*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá 2008.
- HERRERA, Carlos Miguel: *“Los derechos sociales y los fundamentos del constitucionalismo democrático”* en: *Paradigmas y desafíos del constitucionalismo democrático*. Garrido Gómez, Ma. Isabel y Espinoza de los Monteros, Javier (Editores). Editorial Comares. Granada 2014.

- INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS: *La justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. San José de Costa Rica 2008.
- MEJIA RIVERA, Joaquín Armando: *Análisis de la protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos desde la Teoría y la Filosofía del Derecho*. Tesis Doctoral. Instituto “Bartolomé de las Casas” Universidad Carlos III de Madrid, Getafe, junio 2009.
- MUJICA, Javier: “*Comentario al artículo 15° y 16° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*” – Comentario Steiner, Christian y Uribe, Patricia (Coordinadores) Konrad Adenauer Stiftung, México 2014.
- NIKKEN, Pedro: “*La Declaración Universal y la Declaración Americana. La formación del moderno derecho internacional de los derechos humanos*”. www.corteidh.or.cr/tablas/R06857-3.pdf
- PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos y ÁLVAREZ DE LA ROSA, Manuel: *Derecho del Trabajo*. Editorial Universitaria Ramón Areces. Vigésimotercera edición. Madrid 2015.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique: *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Editorial Tecnos, Octava edición, Madrid 2003.
- PLANAS, Pedro: *El Estado Moderno (Una nueva biografía)*. Centro de Estudios y Promoción del Desarrollo -DESCO. Lima 1993.
- ROBESPIERRE, Maximiliano: *Discursos e Informes en la Convención*. Editorial Ciencia Nueva. Madrid 1968.
- ROMAGNOLI, Umberto: *Del trabajo declinado en singular, a los trabajos en plural*. Investidura como Doctor “Honoris Causa” por la Universidad de Castilla-La Mancha del Prof. D. Umberto Romagnoli. Universidad de Castilla-La Mancha. Albacete 1996.
- ROMAGNOLI, Umberto: *El derecho, el Trabajo y la Historia*. Consejo Económico y Social, Madrid 1997.
- ROSSI, Julieta y ABRAMOVICH, Víctor: “*La tutela de los derechos económicos, sociales y culturales en el artículo 26 de la Convención Americana*”.

- na sobre Derechos Humanos*”, en: *Estud. Socio-Jurid.*, Bogotá(Colombia), 9(Número especial), abril 2007.
- SALMÓN, Elizabeth y BREGAGLIO, Renata: “*Estándares jurisprudenciales de derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano*”, disponible en: http://idehpucp.pucp.edu.pe/images/publicaciones/jurisprudencia_cidh_desc_tomo1.pdf
- SALMÓN, Elizabeth: *Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Editorial Universidad del Rosario, Bogotá 2011.
- SARLET, Ingo Wlfgang: “*Los derechos sociales en el constitucionalismo contemporáneo: algunos problemas y desafíos*”. En: Presino Linera, Miguel Ángel y Sarlet, Ingo Wolfgang(Editores):*Los derechos sociales como instrumento de emancipación*. Aranzadi – Thomson Reuters, Pamplona 2010.
- SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo: *Derecho del Trabajo. Tendencias Contemporáneas*. Editorial Grijley. Lima 2013.
- URQUILLA BONILLA, Carlos Rafael: “*Los derechos económicos, sociales y culturales en el contexto de la reforma al sistema interamericano de protección de los derechos humanos*”, en: *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*. San José. Instituto interamericano de Derechos Humanos, N° 30-31. San José de Costa Rica 2001.
- VALENCIA VILLA, Hernando: *Diccionario Espasa- Derechos Humanos*. Editorial Espasa. Madrid 2003.

**DERECHO PROCESAL
ADMINISTRATIVO Y TRIBUTARIO Y
DERECHO JUDICIAL**



EL ARBITRAJE TRIBUTARIO Y OTROS MECANISMOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS DENTRO DE UN DEBIDO PROCESO

Daniel Yacolca Estares (*)

1. INTRODUCCIÓN

Los procedimientos por controversias tributarias se han incrementado estos últimos años provocando que la carga procesal resulte imposible de resolver por la vía jurisdiccional. Ahí nace la posibilidad de dar una mirada en los otros mecanismos de resolución de conflictos que sirvan de apoyo para enfrentar dicha problemática. En esa perspectiva, el presente artículo desarrolla los aspectos más relevantes del arbitraje tributario y otros mecanismos de resolución de conflictos dentro de un debido proceso, puesto que consideramos que resulta necesaria su regulación y aplicación como vía alternativa a la ordinaria.

2. IMPORTANCIA DEL DEBIDO PROCESO EN LA VÍA JURISDICCIONAL Y EN VÍAS ALTERNATIVAS

El debido proceso tiene su origen en el due process of law anglosajón, que se descompone en: el debido proceso sustantivo, que protege a los ciudadanos de las leyes contrarias a los derechos fundamentales y, en el debido proceso adjetivo, que está referido a las garantías procesales que aseguran los derechos fundamentales⁽¹⁾. Para su efectividad no es suficiente utilizar los pro-

(*) Abogado, Master en Derecho Empresarial de la Universidad de Lima, Master en Derecho Tributario de la Universidad de Barcelona, Doctor en Derecho de la PUCP, Doctor en Política Fiscal y Sistema Tributario de la UNMSM, Profesor Principal de la Facultad de Ciencias Contables de la UNMSM.

(1) NOWAK, John y ROTUNDA, Ronald, *Constitutional law*, St. Paul, Minn., 1995, pp. 380-451. Vid. HART ELY, John, *On constitutional ground*, Princenton University Press, New Jersey, 1996 pp. 311 y ss.

cedimientos administrativos y procesos judiciales sino también otros medios de resolución de conflictos como el arbitraje, la transacción, la conciliación y los acuerdos conclusivos. Respetando en todos ellos el debido proceso.

3. EL DEBIDO PROCESO COMO DERECHO FUNDAMENTAL Y COMO PRINCIPIO Y DERECHO

La incorporación del debido proceso al constitucionalismo Latinoamericano ha matizado sus raíces, señalando que el debido proceso sustantivo se refiere a la necesidad de que las sentencias sean valiosas en sí mismas, esto es, que sean razonables; mientras que el debido proceso adjetivo alude al cumplimiento de ciertos recaudos formales, de trámite y de procedimiento, para llegar a una solución judicial mediante la sentencia^{(2),(3)} Del mismo modo, mediante laudos o actas que tiene fuerza de sentencia.

El debido proceso nace sustentado como principio y derecho dentro del marco de un Estado Constitucional y Social de Derecho. Esta doble naturaleza, como lo precisa JAVIER Coripuna⁽⁴⁾, por un lado, se expresa al debido proceso como un principio constitucional que orienta la función jurisdiccional y, por otro, se constituye al debido proceso como un derecho fundamental del ciudadano. Así el debido proceso como principio inspira el ordenamiento jurídico peruano y exige que todos los poderes públicos, en especial los jueces, así como los ciudadanos en general, coadyuven en la consecución de un proceso, con el propósito de que se desarrolle con todas las garantías procesales de los justiciables contenidos en la Constitución Política.

Por su parte, Cesar Landa⁽⁵⁾, menciona que la doctrina y la jurisprudencia nacionales han convenido en que el debido proceso es un derecho fundamental

(2) PEDRO SAGÜÉS Néstor, Elementos de derecho constitucional, tomo 2, Astrea, Buenos Aires, 1993, pp. 328 y ss.

(3) LANDA, Cesar, "El derecho fundamental al debido proceso y a la tutela jurisdiccional", En: Pensamiento Constitucional, Año VIII N° 8, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, Lima, 2002, Páginas: 445-461

(4) CORIPUNA, Javier Adrián. Los principios y derechos del debido proceso en algunos casos de amparo en materia constitucional tributaria. Jurisprudencia y Doctrina Constitucional Tributaria, Gaceta Jurídica, Lima, 2006, primera edición. Páginas 335 y 336.

(5) LANDA, Cesar, "El derecho fundamental al debido proceso y a la tutela jurisdiccional", En: Pensamiento Constitucional, Año VIII N° 8, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, Lima, 2002, Páginas: 445-461

de toda persona -peruana o extranjera, natural o jurídica- y no sólo un principio o derecho de quienes ejercen la función jurisdiccional. En esa medida, el debido proceso comparte el doble carácter de los derechos fundamentales: es un derecho subjetivo y particular exigible por una persona y, es un derecho objetivo en tanto asume una dimensión institucional a ser respetado por todos, debido a que lleva implícito los fines sociales y colectivos de justicia⁽⁶⁾.

En tal virtud, cuando se incorporé el arbitraje tributario en la legislación de un país, se debe tomar en consideración al debido proceso en su doble carácter y de este modo se pueda garantizar su efectividad.

4. DIFERENCIA ENTRE PROCESO Y PROCEDIMIENTO

La diferencia entre proceso y procedimiento es un tema controvertido. Se entiende al proceso como el conjunto de actos recíprocamente coordinados entre sí, conforme a reglas preestablecidas, que tiene por fin decidir una controversia entre partes (litigio), por una autoridad imparcial e independiente (juez) y con fuerza legal (cosa juzgada)⁽⁷⁾. El proceso disciplina el ejercicio de la función jurisdiccional y tiene por finalidad decir el Derecho (ius dicere) y decirlo con fuerza de verdad definitiva, mediante la cosa juzgada.⁽⁸⁾ Mientras que, al referirnos al procedimiento, este viene a ser el conjunto de actos desarrollados en sede administrativa, con la finalidad de promover el dictado de un acto administrativo. La inmutabilidad del acto administrativo sólo es de carácter formal, por cuanto el mismo está sujeto a revisión administrativa por el superior jerárquico y aún ulterior examen jurisdiccional.⁽⁹⁾ El principio del debido procedimiento, consiste en la aplicación en sede administrativa de una regla esencial de convivencia en un Estado de Derecho: el debido proceso.⁽¹⁰⁾

(6) BUSTAMANTE, Reynaldo, *Derechos fundamentales y proceso justo*, Lima, 2001, pp. 236 ss.; asimismo, revisar el documento de la CAJ elaborado por HUERTA, Luis con la colaboración de AGUILAR, Enrique, *El debido proceso en las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* (análisis del artículo 8º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), en www.cajpe.org.pe.

(7) PALACIO, Lino. *Manuel de Derecho Procesal Civil*. 4ta. Edición, Buenos Aires, 1973, páginas. 57 y ss.

(8) REAL, Alberto. *La regulación del procedimiento administrativo en el Uruguay*. Plus Ultra, Buenos Aires, 1975, página. 150.

(9) FOLCO, Carlos María. *Procedimiento tributario. Naturaleza y estructura*. Bublinzal – Culzoni Editores. 2004, páginas. 30 y 34.

(10) MORON URBINA, Juan Carlos, *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, Novena edición, 2011, página 63.

El debido proceso tributario, entendido desde una perspectiva más detallada se puede entender como procedimiento y proceso tributario, que contiene principios fundamentales para su correcto desarrollo, con la finalidad de garantizar un debido procedimiento o proceso, buscando un equilibrio entre la Administración y el administrado cuando necesiten solucionar una incertidumbre o conflicto. La senda donde se recorre puede ser administrativa, judicial o utilizar otros medios de resolución de conflictos como es arbitraje, puesto que dada la magnitud del crecimiento de los conflictos el plazo razonable en resolverlos implica usar todas las formas de resolución de conflictos según las especializaciones que se presentan en un mundo más complejo. El uso del avance de la ciencia y la tecnología nos ayuda a que se puede ingresar a los denominados procesos electrónicos.

4.1. El proceso tributario como garantía del Estado de Derecho

El principio de la legalidad de los actos administrativos encuentra uno de sus elementos previos fundamentales en el procedimiento regular⁽¹¹⁾. Por constituir un elemento esencial dentro de la estructura del Estado de derecho, la propia Carta Magna reconoce el debido proceso como un derecho fundamental de aplicación directa o inmediata (como se regula en la Constitución de Colombia y en Perú, al igual que en muchos países). En ese sentido, debe descartarse un efecto programático de su vigencia y ejecución, supeditado al

(11) Citamos un ejemplo de procedimiento regular, en el cual la Administración Tributaria cumplió con lo establecido en las normas procedimentales, mientras que el contribuyente erróneamente consideró la supuesta existencia de resolución ficta en 30 días, correspondiendo 6 meses, dado que la exoneración del impuesto a la renta está relacionada a la determinación de la obligación tributaria: EXP. N.º 2496-2003-AA/TC, SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL de fecha 02 de julio de 2004.

“El objeto de la presente demanda es que se declaren inaplicables la Resolución de Intendencia N.º 0690400007/SUNAT, de fecha 16 de abril de 2002, y la Resolución Coactiva N.º 06307019930, de fecha 6 de febrero 2002; y, consecuentemente, se disponga la vigencia de la Resolución de Intendencia N.º 063050006166, que consideraba a la Asociación Civil Promotora de Servicios Educativos “Talentos” como entidad exonerada del impuesto a la renta.

Conforma se desprende del tenor de la demanda, con fecha 21 de mayo de 2002 la accionante presentó recurso de reclamación contra la Resolución de Intendencia N.º 0690400007/SUNAT, fecha a partir de la cual la Administración Tributaria cuenta con 6 meses –y no 30 días como considera la demandante– para resolverlo, conforme lo dispone el artículo 142º del Código Tributario, por lo que, habiéndose interpuesto la demanda antes de que fenezca el plazo para que se resuelva el recurso en la vía administrativa, debe desestimarse la demanda.”

respectivo desarrollo legislativo; es decir, deberá ser respetado sin ningún tipo de condicionamiento por todas y cada una de las autoridades estatales.⁽¹²⁾

Es así como, sin dicho procedimiento, el funcionario o agente público no puede actuar, pues no está reglada la forma del ejercicio del poder conferido. En tales condiciones, el procedimiento se halla definido como garantía del Estado de derecho que limita la actividad ejecutiva en la aplicación de los actos administrativos de carácter general relacionados con determinado servicio público.⁽¹³⁾ El estado de derecho, es un estado de seguridad⁽¹⁴⁾. Por ello, si se incorpora el arbitraje tributario u otros mecanismos de resolución de conflictos alternativos, estos deben ser regulado por ley y respetando el debido proceso.

En tal virtud, se entiende que las funciones no se deben presumir, sino deben ser expresas o implícitas en normas vigentes; respetando la jerarquía normativa y las instituciones debidamente representadas por funcionario competente y acreditado conforme a ley, esto es, dentro de un estado de derecho.

4.2. La competencia tributaria en el ámbito administrativo, judicial u otros mecanismos de resolución de conflictos alternativos.

A. *La competencia como manifestación de voluntad legalmente autorizada*

Si el derecho administrativo se ocupa del régimen jurídico de las manifestaciones de voluntad que se producen con objeto de la prestación de los servicios públicos, tal régimen supone un poder o competencia por parte del funcionario encargado de la función respectiva. La competencia es una manifestación de voluntad legalmente autorizada, un “querer de poder”, como dice Jéze⁽¹⁵⁾, y que se divide en tres elementos fundamentales:

(12) El debido proceso debe ser respetado por todas las autoridades sin condicionamiento alguno. (Corte Constitucional de Colombia, Sent. T-082-02, 12/12/2002).

(13)

(14) GARCIA NOVOA, Cesar. Principios Constitucionales Tributarios. Ponencia del II Congreso Internacional de Derecho Tributario organizado por la Academia Internacional de Derecho Tributario – AIDET, Lima, los días 25 y 26 de agosto de 2011.

(15) JÈZE, Gastón (Toulouse, 2 mars 1869 - Deauville, 5 août 1953) est un professeur de droit public français, président de l'Institut de droit international, fondateur et directeur de la Revue de science

- a) Competencia o poder de querer el resultado jurídico;
- b) El ejercicio del poder de querer o manifestación de voluntad; y
- c) La manifestación de la voluntad en forma concreta, en cuanto a su resultado o acto jurídico.⁽¹⁶⁾

et de législation financière (à partir de 1903), directeur de la Revue de droit public (de 1904 à 1953). JÈZE fut l'un des principaux promoteurs de la science financière comme enseignement autonome dans les universités. Dans les milieux universitaires il est souvent considéré comme le «pape» des finances publiques. C'est également l'un des juristes qui ont contribué à remplacer la notion de puissance publique par celle de service public comme justification de l'État et du droit public, ce qui explique qu'on le rattache généralement à l'«École du service public» de Léon Duguit. Son engagement dans le conflit qui opposa au milieu des années 1930 l'Éthiopie à l'Italie mussolinienne suffira pour enflammer une jeunesse étudiante en majorité acquise alors aux idéaux d'une droite nationaliste et xénophobe.

M. MILET, La Faculté de droit de Paris face à la vie politique : de l'affaire Scelle à l'affaire Jèze, 1925-1936, LGDJ, 1996. http://fr.wikipedia.org/wiki/Gaston_J%C3%A8ze#cite_ref-0.

- (16) EXP. N.º 2721-2003-AA/TC, SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, de fecha 03 de noviembre de 2003.

La recurrente interpone acción de amparo para que se dejen sin efecto la Resolución N.º 2, expedida por el ejecutor coactivo de la Municipalidad Distrital de Paramonga en el expediente N.º 001-00-MDP/EC, y el proceso coactivo que se sigue en su contra; asimismo, solicita que la demandada se abstenga de proseguir las retenciones y embargos de sus fondos y valores, alegando que se están vulnerando sus derechos constitucionales al debido proceso, de defensa y de propiedad.

El artículo 139º, inciso 3), de la Constitución establece como principio de la función jurisdiccional la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional, criterio que no sólo se limita a las formalidades propias de un procedimiento judicial, sino que se extiende a los procedimientos administrativos sancionatorios. En efecto, el debido proceso está concebido como el cumplimiento de todas las garantías, requisitos y normas de orden público que deben observarse en las instancias procesales de todos los procedimientos, incluidos los administrativos, a fin de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado que pueda afectarlos. Vale decir, que cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea éste administrativo (procedimiento de ejecución coactiva) –como en el caso de autos–o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso.

El derecho al debido proceso comprende, a su vez, un haz de derechos que forman parte de su estándar mínimo: el derecho al juez natural –jurisdiccional predeterminada por la ley–, el derecho de defensa, a la pluralidad de instancias, a los medios de prueba y a un proceso sin dilaciones. En el caso de autos, lesionar el derecho al debido proceso implicaba que, durante el proceso de ejecución coactiva, al demandante se le privara, por lo menos, del ejercicio de alguno de los referidos derechos, lo que ocurrió, como se ha verificado al no habersele notificado oportunamente a la entidad demandante, en su domicilio fiscal, dicho procedimiento.

B. *La competencia funcional, territorial y jerárquica*

La competencia es funcional, territorial y jerárquica, en virtud de las funciones encomendadas al agente, en relación con el territorio adscrito y respecto del grado de ratificación de los actos por el superior administrativo.

C. *Jurisdicción y competencia de los empleados públicos*

La jurisdicción es la facultad genérica que tienen todas las autoridades del Estado para administrar justicia en todos los órdenes. Competencia es la limitación de la jurisdicción a ciertos y determinados funcionarios, de acuerdo con la naturaleza del asunto, la cuantía, la calidad de las partes, o el lugar.

El derecho al debido proceso implica el respeto, dentro de todo proceso, de los derechos y garantías mínimas con las que debe contar todo justiciable, para que una causa pueda tramitarse y resolverse con justicia.

Del estudio de autos se puede observar que la entidad demandante interpuso recurso de queja contra la Municipalidad Distrital de Paramonga - Barranca, por haberle iniciado procedimiento de cobranza coactiva de la Resolución de Determinación N.º 017-2000-UAT-MDP, sin haberle notificado previamente dicho valor y por haberle impedido el acceso al Expediente Coactivo N.º 001-00-MDP/EC, conforme se desprende de los documentos que adjunta, obrantes de fojas 18 a 19; habiendo emitido el Tribunal Fiscal la Resolución Fiscal N.º 00769-2-2002, mediante la cual se dispuso la suspensión del procedimiento de cobranza coactiva de la Resolución de Determinación N.º 017-2000-UAT-MDP (Expediente N.º 001-00-MDP/EC), en tanto el Tribunal emitiese pronunciamiento definitivo respecto a la queja interpuesta.

Es necesario señalar que la demandante no ha podido ejercer su derecho de defensa ni interponer los medios impugnatorios correspondientes; deducir la nulidad –si fuere el caso– y recurrir a las instancias administrativas respectivas y, en todo caso, no pudo haber contradicho alguna resolución que la perjudicara a través de la acción contencioso-administrativa.

Asimismo, el artículo 11º del Código Tributario precisa que “[...] El domicilio fiscal es el lugar fijado dentro del territorio nacional para todo efecto tributario; sin perjuicio de la facultad del deudor tributario de señalar expresamente un domicilio procesal al iniciar cada uno de sus procedimientos tributarios [...]”.

También es necesario señalar que el artículo 103º del referido Código Tributario establece que “[...] La notificación de los mismos se considera válida cuando se realice en el domicilio fiscal del deudor tributario, mientras éste no haya comunicado el cambio de domicilio [...]. Asimismo, el artículo 104º de la citada norma establece que “[...] La notificación de los actos administrativos se hará: Por correo certificado o por mensajero, en el domicilio fiscal, con acuse de recibo o con certificación de la negativa a la recepción. En este último caso, adicionalmente se podrá fijar la notificación en la puerta principal del domicilio fiscal [...]”. Por consiguiente, al no haber sido notificada la entidad demandante en su domicilio fiscal, como lo establece la ley, se han violado sus derechos.

No todos los empleados públicos tienen jurisdicción y competencia. Solamente aquellos que por ley están facultados para aplicar la normatividad jurídica aún por medios coactivos, puede decirse que son competentes.⁽¹⁷⁾

D. *Etapas y competencia procesal en vía administrativa*

Los órganos competentes dentro del procedimiento contencioso tributario para conocer y resolver las reclamaciones son los siguientes:

- En primera instancia, ante la Administración Tributaria, que en el Perú comprende a la Superintendencia Nacional de Aduanas y Administración Tributaria - SUNAT, respecto de los tributos que administra por encargo del gobierno central y otros señalados por la Norma II del Título Preliminar del Código Tributario. También, a los gobiernos regionales, mediante sus propios órganos internos y a los gobiernos locales, mediante sus propios órganos internos y, en algunos casos, como la Municipalidad de Lima Metropolitana, por la Superintendencia de Administración Tributaria – SAT. Asimismo, cuando la resolución sobre las reclamaciones haya sido emitido por órgano sometido a jerarquía, los reclamantes deberán apelar ante el superior jerárquico antes de recurrir al Tribunal Fiscal, teniendo en consideración que no debe haber más de dos instancias antes de recurrir al referido Tribunal y la competencia de los órganos de resolución de reclamaciones no puede ser extendida ni delegada a otras entidades, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 124° y 133° del Código Tributario peruano.
- En última instancia administrativa, la autoridad competente que resuelve las apelaciones es el Tribunal Fiscal, cuya resolución que agota la vía administrativa, puede ser impugnar en la vía judicial por el contribuyente o por la procuraduría de la SUNAT, de los gobiernos regionales o de los gobiernos locales, respectivamente.
- De otro lado, es importante hacer notar que existe la apelación de puro derecho que puede interponerse ante el Tribunal Fiscal contra actos de la Administración Tributaria, cuando la impugnación sea

(17) RAMIREZ CARDONA, Alejandro, Op Cit, págs. 10 y 11.

de puro derecho, no siendo necesario interponer reclamación ante instancias previas, de acuerdo con lo estipulado en el Artículo 151° del Código Tributario.

Del mismo modo, es importante destacar que la competencia de los órganos antes descritos es irrenunciable e improrrogable y no puede ser alterada por la sumisión de los interesados.⁽¹⁸⁾

E. Competencia funcional y de delegación de firmas de la Administración Tributaria

En el Perú, los preceptos del Código Tributario son aplicables, con las salvedades que trascienden del propio Código y otras normas con rango de ley, a todos los tributos (impuestos, contribuciones y tasas) del sistema tributario peruano y a las relaciones jurídicas que los tributos y la aplicación de las normas tributarias generen; por tanto, son aplicables a todas las Administraciones Tributarias y no solo a (por) la SUNAT⁽¹⁹⁾. El tributo es el concepto fundamental del Derecho Tributario⁽²⁰⁾. Por ello, el Código tributario es un conjunto orgánico y sistémico de las disposiciones y normas que regulan la materia tributaria en general⁽²¹⁾.

Como se precisó anteriormente, la Administración Tributaria en el Perú, tiene establecido competencias en tres niveles, nacional (SUNAT), regional (gobiernos regionales) y local (gobiernos locales), así como, cada Administración Tributaria dentro de su competencia establece competencias funcionales debidamente acreditadas por disposiciones legales pertinentes. Internamente la Administración Tributaria se estructura dentro de una competencia funcional y de delegación de firmas para establecer su actuación administrativa y procedimental.

(18) MENDEZ MORENO, Alejandro, Derecho Financiero y Tributario, Op Cit, pp. 398 y 399.

(19) HUAMANÍ CUEVA, Rosendo. Código Tributario Comentado. Jurista Editores EIRL. 2009, p. 16.

(20) VILLANUEVA GUTIERREZ, Walker. Código Tributario: Doctrina y Comentarios. Coautores ROBLES MORENO, Carmen Del Pilar, RUIZ DE CASTILLA, Francisco, BRAVO, Jorge,. Pacífico Editores, 2009, página 21.

(21) ROBLES MORENO, Carmen Del Pilar. Código Tributario: Doctrina y Comentarios. Coautores RUIZ DE CASTILLA, Francisco, BRAVO, Jorge, VILLANUEVA, Walker. Pacífico Editores, 2009, página 12.

Por ejemplo, SUNAT como Administración Tributaria ha establecido su competencia nacional, mediante la creación de Intendencias de Principales Contribuyentes Nacionales, Intendencias Regionales y Oficinas Zonales, creando directorios de administrados dentro de dichas competencias funcionales, acreditándose debidamente y respetando las disposiciones legales vigentes. Asimismo, la referida Administración Tributaria ha creado Centros de Servicios al contribuyente en lugares estratégicos de Lima. Lugares en los cuales también se puede presentar los escritos respecto de recursos de reclamos, apelaciones e iniciar los demás procedimientos administrativos contemplados en el TUPA de SUNAT, así como recibir orientación tributaria sobre cualquier aspecto tributario.

En lo que respecta a los procedimientos tributarios del derecho procedimental y procesal, los actos administrativos y tributarios emitidos y debidamente notificados son aquellos de los cuales se discuten su contenido (la obligación tributaria principal: fondo del asunto) y su forma (nulidad o anulabilidad de dichos actos). La competencia para recibir y resolver se da debido a lo indicado en los párrafos precedentes. Del mismo modo, teniendo en cuenta las actuaciones que se realizan por medios electrónicos.

4.3. El carácter público del procedimiento tributario

Las normas de procedimiento, siguiendo a Ramírez⁽²²⁾, son de orden público, máxime cuando regulan la actuación de derechos eminentemente públicos, o sean aquellos que se refieren a las relaciones entre el Estado y los particulares y la función misma del Estado.

En ese sentido, las normas procedimentales y procesales tienen que cumplir con los siguientes requisitos para ser considerados públicos:

- a) Irrenunciables, y por lo tanto, de carácter “absoluto, inmediato y obligatorio”; se pueden renunciar en procedimientos solamente los términos no perentorios, o los periodos aprobatorios en favor de la parte actora;
- b) Irretroactivas, lo cual significa su aplicación inmediata en el tiempo.

En ese sentido, el procedimiento y proceso como conjunto de formalidades y ritualidades que señalan legalmente los sistemas y medios de probar

(22) RAMIREZ CARDONA, Alejandro, Óp. Cit. pág. 12.

el derecho sustantivo no admite interpretaciones analógicas, por ser de orden público.⁽²³⁾ Deben estar expresas o implícitamente en la norma jurídica vigente.

4.4. El ciclo del proceso tributario

El ciclo del proceso tributario⁽²⁴⁾ se desarrolla en un ciclo (ascertamiento) que en la vía gubernativa es de carácter declarativo de la obligación tributaria. En ese ciclo participa, en primer término, el documento inicial emanado del contribuyente o declaración jurada, luego la liquidación o acto administrativo tributario (Orden de Pago o Resoluciones de Determinación y de Multa), el pago u otras formas de extinción de la obligación tributaria, y paralelamente el apercibimiento coactivo, los embargos y la ejecución forzada. El ciclo del proceso tributario puede desarrollarse sin necesidad de una discusión del gravamen por parte del contribuyente, en uso de los recursos legales. Cuando se impugna la obligación tributaria declarada en la liquidación oficial u orden de pago, dicha discusión forma parte del ciclo indicado⁽²⁵⁾. Si el contribuyente no entabla acción contra el tributo u obligación tributaria principal y lo paga voluntariamente o se extingue la obligación tributaria en sus otras formas, la etapa del cobro coactivo no se presenta. De todas maneras, las etapas fundamentales del ciclo del proceso tributario son la declaración jurada, la liquidación y el pago del tributo. El procedimiento de cobranza coactiva es una etapa de dicho ciclo que no implica la cancelación total o definitiva del impuesto si media reclamación contra él, pues no siempre tiene carácter de finiquito, dicho ciclo sigue hasta la etapa de apelación ante el Tribunal Fiscal o el superior jerárquico que agota la vía administrativa. Asimismo, nos sobra señalar que en la parte de la discusión del tributo se ha incluido el proceso contencioso administrativo, haciendo más completo el cuadro del desenvolvimiento del

(23) RAMIREZ CARDONA, Alejandro, Óp. Cit. pág. 15.

(24) YACOLCA ESTARES, Daniel. "Manual de Procedimientos y Procesos Tributarios. Aproximación al derecho procesal y procedimental tributario." Ara Editores, 2007. página 36.

(25) EXP. N.º 1628-2003-AA/TC, SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL de fecha 29 de agosto de 2004.

Todo ejercicio de la potestad administrativa debe observar la Ley del Procedimiento Administrativo General, ley marco que regula la actuación administrativa. Al respecto, el artículo IV del Título Preliminar, consagra, entre otros, el derecho al debido procedimiento, que garantiza que los administrados gocen de derechos tales como el de exponer sus argumentos, de ofrecer y producir pruebas y obtener una decisión motivada y fundamentada en el derecho.

proceso tributario.⁽²⁶⁾ Por ende, cabe indicar que en el ciclo del proceso tributario existen varios procedimientos y procesos tributarios paralelos, como lo determinado en los procedimientos no vinculados a la obligación tributaria y el proceso penal tributario, entre otros, respetando incluso los plazos para las diversas impugnaciones.⁽²⁷⁾

A continuación, se presenta un esquema del parte del ciclo del proceso tributario, según la normativa peruana, en la cual se incluye las diversas etapas y flujos por las que discurre el proceso, que tiene vital importancia por su calidad de principio fundamental:

(26) RAMIREZ CARDONA, Alejandro, Óp. Cit. página 23.

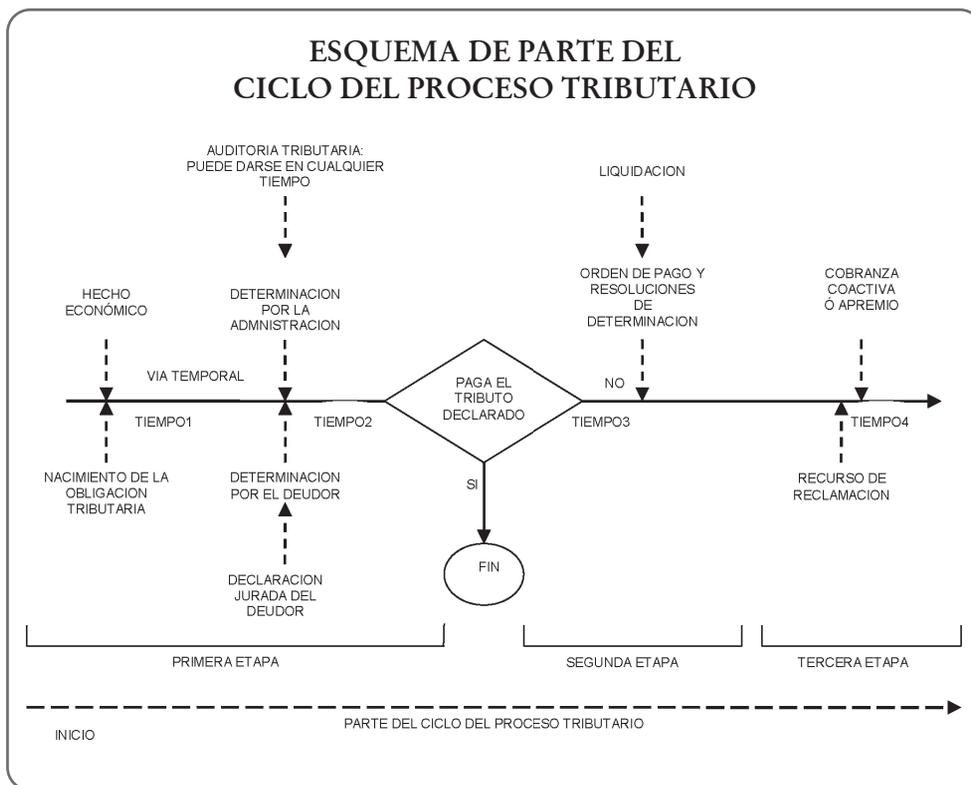
(27) EXP. N.º 1409-2002-AA/TC, SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, de fecha 29 de enero de 2003.

El objeto de la demanda es que se declare inaplicable al actor tanto lo establecido en el artículo 136.º del Código Tributario, como la resoluciones mencionadas en los antecedentes, y así admitirse a trámite su reclamación contra órdenes de pago que le han sido giradas sin tener que realizar el pago previo que exige la Administración Tributaria para su admisión; solicitando, además, que se dejen sin efecto las órdenes de pago.

El segundo párrafo del artículo 136º del Código Tributario, establece que “...Para interponer reclamación contra la Orden de Pago es requisito acreditar el pago previo de la totalidad de la deuda tributaria actualizada hasta la fecha en que realice el pago, excepto en los casos establecidos en el segundo y tercer párrafo del artículo 119º. De otro lado, el segundo párrafo inciso f) del artículo 119º del Código precitado dispone que:“(...) tratándose de Órdenes de Pago y cuando medien otras circunstancias que evidencien que la cobranza podría ser improcedente, la Administración Tributaria está facultada a disponer la suspensión de la cobranza de la deuda, siempre que el deudor tributario interponga la reclamación dentro del plazo de veinte (20) días hábiles de notificada la Orden de Pago”; y, el tercer párrafo establece que:“(...) para la admisión a trámite de la reclamación se requiere, además de los requisitos establecidos en este Código, que el reclamante acredite que ha abonado la parte de la deuda no reclamada actualizada hasta la fecha en que se realice el pago”.

El propio texto de la normativa acotada desvirtúa el argumento de la demanda respecto a que el artículo 136.º del Código Tributario resulta atentatorio del debido proceso y la tutela judicial efectiva, al exigir el pago de la deuda como condición para efectuar algún reclamo. Ello porque el propio Código ha establecido la posibilidad de que se pueda reclamar sin esa condición, siempre y cuando la reclamación se haga dentro del plazo de 20 días y se acredite el pago de la deuda que no es materia de impugnación. Ninguno de los requisitos fue cumplido por el actor al interponer sus reclamaciones a las órdenes de pago, y como consecuencia de ello, tanto la Intendencia de la SUNAT como el Tribunal Fiscal las declararon inadmisibles, por lo que este Tribunal no encuentra que las resoluciones cuestionadas resulten violatorias de derecho constitucional alguno.

Respecto a la inaplicación de las órdenes de pago, materia también del petitorio, este extremo también debe desestimarse, pues en autos no obran dichas órdenes, lo cual no permite crear convicción en este Colegiado sobre los hechos alegados.



Del esquema se desprende que el ciclo del proceso tributario se origina desde el nacimiento de la obligación tributaria y que genera obligaciones sustanciales (pago del tributo) y formales (la determinación de la obligación tributaria por el obligado o por la propia administración). Luego, si el contribuyente voluntariamente extingue la obligación tributaria, no se genera un litigio. Caso contrario, si el contribuyente no está de acuerdo con la naturaleza del tributo o con la forma de su aplicación, se generaría un conflicto que se encausa dentro del proceso tributario, que se inicia con la utilización de los procedimientos administrativos en la vía administrativa hasta agotarlo. Posteriormente, el contribuyente, si aún no está de acuerdo con la última decisión administrativa que desestimó su apelación, puede recurrir a la vía judicial (en lo contencioso o constitucional). Por parte de la Administración Tributaria tiene expedito el inicio de procedimientos de apremio o coactivo o penal, siempre dentro del estricto cumplimiento de la Constitución y la Ley.

5. EL ARBITRAJE TRIBUTARIO COMO MEDIO DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS ENTRE OTROS MECANISMOS NECESARIO FRENTE A LA CARGA PROCESAL ADMINISTRATIVA Y JUDICIAL

Según lo descrito antes, evidentemente en nuestro país solo existe la posibilidad de resolver conflictos en la vía administrativa y en la vía judicial. No existe otras formas de resolver conflictos como el arbitraje, la conciliación, la transacción u otro similar.

Si bien se perfila en países como Francia, Portugal, EE. UU., Venezuela, Brasil, en nuestro país es aún no se ha tomado en serio el problema de la carga procesal en la SUNAT, los municipios, el Tribunal Fiscal, el Poder Judicial y otros entes, dado que lo resuelven en el plazo de ley y se vulnera constantemente el principio constitucional de plazo razonable y una verdadera tutela efectiva.

Lo mismo que pasa en Perú sucede en países como España, según precisa Francisco Adame, en julio de 2001 se publicó el Informe de la Comisión para el estudio y propuesta de medidas para la reforma de la Ley General Tributaria, que había sido constituida un año antes. En la parte final de dicho Informe se analizaba con enorme acierto y por primera vez en un Informe oficial la posibilidad de introducir en nuestro ordenamiento sistemas alternativos de resolución de conflictos (diferentes de los judiciales), con especial referencia al arbitraje y a la conciliación judicial o ante los Tribunales Económico-Administrativos. Veinte años después aún no contamos en España con ninguno de estos mecanismos, lo que contrasta llamativamente con la situación en otros países donde el arbitraje, instrumento en el que me centraré en esta entrada, está contribuyendo de forma notable a la reducción de la litigiosidad⁽²⁸⁾.

Pon ende, la problemática de la carga procesal y la evolución de la ciencia y la tecnología hacen posible que se mejore las vías administrativa y judicial. Mejor aún si se utiliza el arbitraje tributario, evitando confundirse con idea de fanatismo de la indisponibilidad del tributo o la burda frase que no se puede utilizar mecanismos alternativos en materia tributaria. Sin duda son errores usuales de perderse en lo abstracto huyendo de la realidad que pide su aplicación para ser parte de la solución ante la constante vulneración del plazo razonable y la poco o casi nula especialización tributaria en el ámbito judicial.

(28) ADAME MARTÍNEZ, Francisco. Arbitraje tributario. Taxlandia Blog Fiscal y Tributaria. 11 de julio de 2019. <https://www.politica-fiscal.es/equipo/francisco-adame-martinez/el-arbitraje-tributario>.

6. CONCLUSIÓN

De acuerdo con lo expuesto, el debido proceso nace sustentado como principio y derecho dentro del marco de un Estado Constitucional y Social de Derecho que los ciudadanos y los poderes públicos deben respetar. El debido proceso tributario tiene su fuente constitucional y legal, que sirve para resolver los conflictos o incertidumbres que se generan en la sociedad. El íter del proceso tributario está compuesto por dos vías: los procedimientos en vía administrativa y los procesos en vía judicial, cuyos actos administrativos inmersos dentro de sus cauces gozan de la presunción de legalidad admitiendo prueba en contrario y respetando los principios fundamentales del proceso tributario, como son el Estado de derecho, la función administrativa, el procedimiento como garantía del estado de derecho, la competencia tributaria, el carácter público del procedimiento, la acción, pretensión y recurso y el ciclo del proceso tributario.

La resolución de conflictos e incertidumbre jurídica deben ser resueltos dentro de un plazo razonable y respetando el debido proceso. Sin embargo, dada la carga procesal que se tiene en el ámbito administrativo y con mayor énfasis en la vía judicial, es pertinente y acertado pensar en incorporar otros mecanismos de resolución de conflictos como es el caso del arbitraje tributario. Es una oportunidad su aplicación y con el apoyo de la tecnología e información que cuentan las Administraciones Tributarias es sin duda una alternativa para contar con procedimientos y procesos tributarios electrónicos administrativos y judiciales y, porque no con procesos arbitrales que deben respetar los principios de tutela y debido proceso.

7. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADAME MARTÍNEZ, Francisco. Arbitraje tributario. Taxlandia Blog Fiscal y Tributaria. 11 de julio de 2019. <https://www.politica-fiscal.es/equipo/francisco-adame-martinez/el-arbitraje-tributario>.

BUSTAMANTE, Reynaldo, Derechos fundamentales y proceso justo, Lima, 2001, pp. 236 ss.; asimismo, revisar el documento de la CAJ elaborado por HUERTA, Luis con la colaboración de AGUILAR, Enrique, El debido proceso en las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (análisis del artículo 8º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), en www.cajpe.org.pe.

- CORIPUNA, Javier Adrián. Los principios y derechos del debido proceso en algunos casos de amparo en materia constitucional tributaria. *Jurisprudencia y Doctrina Constitucional Tributaria*, Gaceta Jurídica, Lima, 2006, primera edición. Páginas 335 y 336.
- FOLCO, Carlos María. Procedimiento tributario. Naturaleza y estructura. Bublinzal – Culzoni Editores. 2004, páginas. 30 y 34.
- GARCIA NOVOA, Cesar. Principios Constitucionales Tributarios. Ponencia del II Congreso Internacional de Derecho Tributario organizado por la Academia Internacional de Derecho Tributario – AIDET, Lima, los días 25 y 26 de agosto de 2011.
- HUAMANÍ CUEVA, Rosendo. Código Tributario Comentado. Jurista Editores EIRL. 2009, página 16.
- JÈZE, Gastón (Toulouse, 2 mars 1869 - Deauville, 5 août 1953)
- LANDA, Cesar, “El derecho fundamental al debido proceso y a la tutela jurisdiccional”, En: *Pensamiento Constitucional*, Año VIII N° 8, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, Lima, 2002, Páginas: 445-461
- M. MILET, La Faculté de droit de Paris face à la vie politique : de l'affaire Scelle à l'affaire Jèze, 1925-1936, LGDJ, 1996. http://fr.wikipedia.org/wiki/Gaston_J%C3%A8ze#cite_ref-0.
- MENDEZ MORENO, Alejandro, Derecho Financiero y Tributario, Op Cit, pp. 398 y 399.
- MORON URBINA, Juan Carlos, Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General, Novena edición, 2011, página 63.
- NOWAK, John y ROTUNDA, Ronald, Constitutional law, St. Paul, Minn., 1995, pp. 380-451. Vid. HART ELY, John, On constitutional ground, Princenton University Press, New Jersey, 1996 pp. 311 y ss.
- PALACIO, Lino. Manuel de Derecho Procesal Civil. 4ta. Edición, Buenos Aires, 1973, páginas. 57 y ss.
- PEDRO SAGÜÉS Néstor, Elementos de derecho constitucional, tomo 2, Astrea, Buenos Aires, 1993, pp. 328 y ss.
- RAMIREZ CARDONA, Alejandro, El proceso tributario, segunda edición, Editorial Temis Bogotá, 1967, páginas 1 y 2.

- REAL, Alberto. La regulación del procedimiento administrativo en el Uruguay. Plus Ultra, Buenos Aires, 1975, página. 150.
- ROBLES MORENO, Carmen Del Pilar. Código Tributario: Doctrina y Comentarios. Coautores RUIZ DE CASTILLA, Francisco, BRAVO, Jorge, VILLANUEVA, Walker. Pacifico Editores, 2009, página 12.
- VILLANUEVA GUTIERREZ, Walker. Código Tributario: Doctrina y Comentarios. Coautores ROBLES MORENO, Carmen Del Pilar, RUIZ DE CASTILLA, Francisco, BRAVO, Jorge,. Pacifico Editores, 2009, página 21.
- YACOLCA ESTARES, Daniel. “Manual de Procedimientos y Procesos Tributarios. Aproximación al derecho procesal y procedimental tributario.” Ara Editores, 2007. página 36.

IMPLICANCIAS ESPECIALES EN EL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR DE PROTECCIÓN EL CONSUMIDOR

Julio Durand Carrión (*)

RESUMEN

El presente artículo ha sido elaborado, sobre la base de nuestra línea de pensamiento jurídico expresada algunos de los votos singulares emitido en mi función como Vocal de la Sala Especializada en Protección del Consumidor , y en los cuales planteo una nueva dimensión de la cuestiones procedimentales en materia de protección el consumidor.

En este artículo planteamos un debate en torno a ciertas implicancias especiales del procedimiento administrativo sancionador, para que este sea más garantista, eficaz y eficiente, proponiendo nuevas reflexiones en torno a la tutela especial de los consumidores, algunas de las cuales están difundidas en nuestra plataforma virtual “La Cátedra del Consumidor”⁽¹⁾.

(*) Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Estudios de posgrado en Derecho de la Competencia (Escuela Iberoamericana de Defensa de la Competencia-TDC, España), Propiedad Intelectual (Universidad de Buenos Aires, Argentina), Derecho Internacional (CJI de la OEA, Brasil) y Derecho de la Empresa y Arbitraje (Washington College of Law American University, USA). Profesor de la Facultad de Derecho y Escuela de Postgrado de la Pontificia Universidad Católica del Perú, la Universidad San Martín de Porres, Universidad de Lima y Universidad ESAN. Premio Nacional a la investigación universitaria en postgrado 2007, nivel doctoral, área Humanidades por la Asamblea Nacional de Rectores. Vicepresidente de la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del Indecopi (2002-2006), Presidente de la Sala Especializada en Protección del Consumidor del Tribunal del INDECOPI (2012-2017). Vocal de la Sala Especializada en Protección del Consumidor del Tribunal del INDECOPI (desde el 2021)

(1) La Cátedra del Consumidor, es portal académico , creado como un espacio virtual para compartir con la comunidad, ideas y líneas de pensamiento jurídico innovadoras en materia de protección al consumidor, publicidad comercial, competencia desleal, libre competencia y barreras de acceso al mercado, entre otros: <http://blog.pucp.edu.pe/blog/competenciayconsumidor/>

PALABRAS CLAVE

Legitimidad para obrar, legítimo interés, idoneidad, información, tutela procesal, recurso de apelación, expresión de agravios, protección de datos personales

PALABRAS AL PROFESOR JUAN MORALES GODO

Cuando ingresé a la Escuela de Graduados de la Pontificia Universidad Católica del Perú, para estudiar una maestría en Derecho Civil, allá por el año 1990 conocí al Dr. Juan Morales Godo , con quien ingresamos a ese nuevo reto académico. Con el tiempo coincidimos en la cátedra, tanto en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, la Pontificia Universidad Católica del Perú y la Universidad de Lima, en cada oportunidad entablábamos una amena conversación y lo saludaba con el reconocimiento que corresponde hacer a un maestro.

Así lo conocí y con el tiempo fui tomando más confianza. Después volvimos a coincidir en nuestros viajes para dictar clases en universidades de provincia, siendo la más destacada la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo de Chiclayo, viajábamos y compartimos muchas veces los vuelos, las clases y grandes conversaciones con otros profesores en largas jornadas.

Es así como fui haciendo amistad con el Dr. Juan Morales Godo , hasta formar parte de este respetable grupo llamado “Los Mochileros”, en honor a nuestros viajes y formado por grandes profesores. La vida nos siguió dando más oportunidades para conocer sus grandes dotes académicas y su gran calidad como persona, y sobre todo su calor humano como amigo y gran anfitrión, tuve el privilegio de compartir en el seno de su casa en La Molina entretenidos almuerzos con un selecto grupo de profesores del grupo de Los Mochileros, con quienes compartimos buenos vinos y grandes tertulias.

Puedo decir de Juan muchas cosas como profesional y como persona, pero debo destacar su gran capacidad para crear consensos, y sostener entretenidas conversaciones académicas.

La amistad se forma sobre la base de la empatía, confianza, respeto, admiración, entre otras consideraciones que se pueden tener entre dos personas. A Juan, siempre le tuve un reconocimiento profesional y gran estima personal, me siento orgulloso de haber cultivado su amistad, y creo que este

homenaje a su persona como maestro de muchas generaciones de abogados en el país, es muy merecido por todo lo que aportó al Derecho y a las nuevas generaciones de abogados y de docentes que tuvimos en él, todo un ejemplo de profesional, de maestro y de persona.

Termino diciendo que a veces, la caballerosidad, el profesionalismo, la sabiduría, la empatía, la nobleza, suelen estar juntas en una persona y Juan Morales Godo, tuvo estas y muchas otras virtudes y por ello agradezco a Dios haber sido ser su amigo.

INTRODUCCIÓN

Cuando dictamos el curso de Protección al Consumidor, uno de los temas que más debate genera son las cuestiones procedimentales propias del procedimiento administrativo sancionador y que responden a los principios del derecho Administrativo y que proponen soluciones nuevas a veces incompatibles con el derecho tradicional.

El primer tema es analizar la procedencia de los recursos de apelación, donde no se haya expresado agravios y solo se hay interpuesto el recurso sin mayor fundamentación y donde solo se apela y se cuestiona en líneas generales la resolución impugnada. El otro tema es el de la atención de reclamos y la legitimidad para obrar en función del legítimo interés de los administrados en la resolución de los conflictos de consumo y finalmente el análisis de la naturaleza jurídica de las clausulas abusivas y el debate en de si el Indecopi es competente para resolver los conflictos derivadas de la contratación de consumo en el mercado.

1. LA PROCEDENCIA DEL RECURSO DE APELACIÓN EN EL PROCEDIMIENTO ESPECIAL DE PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR

La Ley 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor (en adelante, el Código) establece las normas de protección y defensa de los consumidores, instituyendo como un principio rector de la política social y económica del Estado la protección de sus derechos, dentro de un régimen de economía social de mercado en el marco del artículo 65° de la Constitución Política del Perú. Esto quiere decir que el Estado se impone una agenda pública de cara a la protección de los consumidores en el mercado, sobre todo

en aquellos colectivos ciudadanos mas vulnerables, orientando su labor de protección y defensa con especial énfasis en quienes resulten más propensos a ser víctimas de prácticas contrarias a sus derechos por sus condiciones especiales, como es el caso de las gestantes, niñas, niños, adultos mayores y personas con discapacidad así como los consumidores de las zonas rurales o de extrema pobreza.

Ahora bien, el deber de protección de los intereses de los consumidores, a la luz de este dispositivo constitucional, se desarrolla en una doble dimensión. Por un lado, constituye un principio rector para la actuación desplegada por las entidades del Estado, en búsqueda de la efectiva defensa de los mencionados intereses; de otra parte, otorga un derecho subjetivo a favor de los consumidores ante infracciones de sus intereses protegidos, lo cual importa, asimismo, la obligación estatal de desplegar actuaciones a fin de cautelar los mismos.

En ese orden de ideas, mediante Sentencia recaída en el Expediente 0008- 2003-AI/TC, el Tribunal Constitucional abordó la naturaleza bipartita de la obligación contemplada, en los términos siguientes: “28. *El consumidor –o usuario- es el fin de toda actividad económica; es decir, es quien cierra el círculo económico satisfaciendo sus necesidades y acrecentando su bienestar a través de la utilización de una gama de productos y servicios (...)* 29. (...) *la condición de consumidor o usuario no es asignable a cualquier individuo o ente, sino a aquel vinculado a los agentes proveedores dentro del contexto de las relaciones generadas por el mercado, las cuales tienen como correlato la actuación del Estado para garantizar su correcto desenvolvimiento. (...)* 30. *La Constitución prescribe en su artículo 65° la defensa de los intereses de los consumidores y usuarios, a través de un derrotero jurídico binario; vale decir, establece un principio rector para la actuación del Estado y, simultáneamente, consagra un derecho subjetivo. En lo primero, el artículo tiene la dimensión de una pauta básica o postulado destinado a orientar y fundamentar la actuación del Estado respecto a cualquier actividad económica Así, el juicio estimativo y el juicio lógico derivado de la conducta del Estado sobre la materia, tienen como horizonte tuitivo la defensa de los intereses de los consumidores y los usuarios. En lo segundo, la Constitución reconoce la facultad de acción defensiva de los consumidores y usuarios en los casos de transgresión o desconocimiento de sus legítimos intereses; es decir, apareja el atributo de exigir al Estado una actuación determinada cuando se produzca alguna forma de*

amenaza o afectación efectiva de los derechos de consumidor o usuario, incluyendo la capacidad de acción contra el propio proveedor. (...)”.

Este deber especial de protección al que alude el Tribunal Constitucional en su ya histórica resolución, implica muchas cosas por parte del Estado, pero en esencia significa que se debe garantizar mecanismos eficaces y expeditivos para la solución de conflictos entre proveedores y consumidores. Para tal efecto, el Estado promueve que los proveedores atiendan y solucionen directa y rápidamente los reclamos de los consumidores, el uso de mecanismos alternativos de solución como la mediación, la conciliación y el arbitraje de consumo voluntario, y sistemas de autorregulación; asimismo, garantiza el acceso a procedimientos administrativos y judiciales ágiles, expeditos y eficaces para la resolución de conflictos y la reparación de daños. Igualmente, facilita el acceso a las acciones por intereses colectivos y difusos

A efectos de cumplir con el deber especial de protección al consumidor previsto en la Constitución, el artículo 105° del Código ha establecido que el Indecopi es la autoridad con competencia primaria y de alcance nacional para conocer las presuntas infracciones a las disposiciones contenidas en dicho cuerpo normativo, así como para imponer las sanciones y medidas correctivas pertinentes.

En concordancia con ello, el artículo 2° literal d) de la Ley de Organización y Funciones del Indecopi encomienda a dicha institución la misión de proteger los derechos de los consumidores, vigilando que la información en los mercados sea correcta, asegurando la idoneidad de los bienes y servicios en función de la información brindada y evitando la discriminación en las relaciones de consumo

Con arreglo a los dispositivos normativos invocados, el Indecopi se encuentra conminada a desplegar acciones de naturaleza tuitiva, teniendo en consideración la situación de asimetría informativa en la que se encuentran los consumidores que acuden a la autoridad administrativa en defensa de sus derechos; ello, en aras de otorgarles protección y cautelar sus intereses de forma efectiva.

En atención a esta finalidad de conceder amplia tutela a los consumidores es que el artículo 106° del Código dispone que en los procedimientos administrativos sancionadores de protección al consumidor no resulta obligatoria la intervención de abogado, siendo este dispositivo replicado en el artículo

10° de la Resolución 000049-2021-PRE-INDECOPI que aprueba la Directiva 001-2021/COD-INDECOPI que regula los Procedimientos de Protección al Consumidor previstos en el Código de Protección y Defensa del Consumidor. En este sentido, se advierte que la normativa citada elude imponer al consumidor la carga de acudir a la asistencia de un letrado para la defensa de sus derechos ante el Indecopi (lo que importaría la efectiva exclusión de usuarios que no cuentan con acceso a los servicios de profesionales del derecho) y le permite solicitar la protección respectiva. Por el contrario, en tanto se verifica que la autoridad administrativa requiere a los consumidores el abono de una tasa administrativa para el inicio de un procedimiento administrativo sancionador de protección al consumidor - conforme se aprecia del Texto Único de Procedimientos Administrativos del Indecopi, aprobado por Decreto Supremo 085-2010-PCM50- resulta posible colegir que el deber de conducir, interpretar y aplicar el derecho, en cautela de la observancia de la normativa orientada a la protección al consumidor recae en la autoridad de consumo. Consecuentemente, este deber no puede ser trasladado, en el ámbito de este tipo de procedimientos al denunciante; imponiéndole asumir cargas para la defensa de sus intereses y derechos como consumidor, cuyo efecto adverso puede traducirse un desincentivo de acudir a la autoridad para recibir tutela.

Por ello acudir al Indecopi a defender nuestros derechos como consumidores, es libre y directo y no existe la obligación de acudir con abogado, porque se trata de defender prerrogativas humanas de las personas en el mercado y no se puede mediatizar el ejercicio de un derecho constitucional imponiendo una carga de abogado que no se condice con la lógica de la protección del consumidor. En ese sentido los consumidores plantean sus reclamos y todas las diligencias que corresponden al procedimiento sin obligación de tener abogado y en ese sentido pueden redactar sus escritos a su leal saber y entender, con tal que se pueda identificar con acierto y precisión objetiva la infracción denunciada. Asimismo, si tuviera un resultado desfavorable en primera instancia, podrá presentar su recurso de apelación señalando únicamente que no esta de acuerdo con lo resuelto e interpone apelación solicitando se eleve el expediente al superior jerárquico. No tiene porque exigirse al consumidor mayor fundamentación de su apelación como la expresión de agravios y la identificación concreta desde el punto de vista técnica legal del agravio y del porque interpone su recurso, lo cual es ilógico porque se trata de un procedimiento administrativo y no uno judicial.

La Sala Especializada de Protección del Consumidor del tribunal del Indecopi, desde el año 2018 cambió el criterio anterior que establecía que no se necesitaba fundamentar y expresar agravios al interponer recurso de apelación y a partir del 2018 al cambiar el criterio, hoy se exige fundamentar técnicamente el recurso de apelación y expresar los agravios, tomando como base legal, el Código Procesal Civil, que se trata de una norma adjetiva a través de la cual se resuelven conflictos de interés privado y por ello la exigencia de la expresión de agravios, olvidando que el Derecho del Consumidor es una disciplina autónoma que tiene su propia dinámica procedimental y que se trata de un procedimiento administrativa sancionador porque al violara el Código se esta violando una norma de orden publico y en ese sentido no es exigible lo que establece el Código Procesal Civil.

Con esta interpretación se declaran improcedentes una serie de recurso de apelación interpuestos por ciudadanos de a pie, lo cual es inadmisibile para una institución como el Indecopi que es precisamente derechos de los el órgano tutelar de la defensa y la protección de los consumidores, cuya función le es impuesta incluso por mandato constitucional, tal como lo establece el artículo 65 de la Constitución; sin embargo paradójicamente se está dejando sin tutela jurídica a muchos consumidores que acuden al Indecopi, y es un contrasentido que se desproteja a los consumidores por una tecnicismo legal y una interpretación que no es sistémica, que no contextualiza la realidad y que se aparta de lo que debe ser su rol tutelar en la protección y defensa de los derechos d ellos consumidores.

A mayor abundamiento, a modo de ejemplo, el Principio de Verdad Material, acogido en el numeral 1.11 del Texto Único Ordenado de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo 004-2019-JUS (en adelante, TUO de la LPAG) impone a la autoridad administrativa el deber de verificar los hechos que sustentan sus pronunciamientos, siendo que tal disposición cobra especial dimensión, en el marco de la tramitación de los procedimientos de protección al consumidor. , y no se mediatizar sus decisiones en exigencias que no corresponden a la lógica misma del procedimiento , como es la expresión de agravios derivada de la legislación procesal civil, cuando todos sabemos que una resolución que declara infundada una denuncia de protección al consumidor, conlleva en si mismo un agravio para el consumidor que ha interpuesto su denuncia y es lógico que pueda interponer su recurso de apelación, entonces de que agravio hablamos si éste es implícito.

En el mismo sentido, la interpretación de la normativa que rige que el desarrollo de los mencionados procedimientos administrativos requiere atender al fin máximo de protección, así como al deber de la autoridad de consumo de garantizar la misma, y, en tal sentido, acorde al principio de informalismo que rige a los procedimientos administrativo, corresponde a la autoridad mantener el objetivo de su actuación, esto es, la protección de los derechos e intereses de los consumidores ante su afectación en el mercado.

El artículo 220° del TUO de la Ley de Procedimiento Administrativo General, en adelante LPAG señala que el recurso de apelación se interpondrá cuando la impugnación se sustente en diferente interpretación de las pruebas producidas o cuando se trate de cuestiones de puro derecho, y si bien dicha norma establece los extremos que deberían ser comprendidos en un recurso de apelación, su lectura debe ser menos restringida, reiterando que en tanto los procedimientos administrativos se rigen por el principio de informalismo, recogido en el numeral 1.6 del artículo IV del Título Preliminar del TUO de la LPAG, el mismo que recoge lo siguiente: *“1.6. Principio de informalismo. - Las normas de procedimiento deben ser interpretadas en forma favorable a la admisión y decisión final de las pretensiones de los administrados, de modo que sus derechos e intereses no sean afectados por la exigencia de aspectos formales que puedan ser subsanados dentro del procedimiento, siempre que dicha excusa no afecte derechos de terceros o el interés público”*. En virtud a dicho principio, las normas del procedimiento deben ser interpretadas en forma favorable para la continuación del mismo, máxime cuando, en el marco de un procedimiento de protección al consumidor, es deber de la autoridad administrativa interpretar y encausar los argumentos de las partes, en aras de privilegiar su prosecución y garantizar la protección efectiva de los derechos del consumidor. Una interpretación contraria, que implique imponer exigencias formales excesivas a los consumidores en esta etapa del procedimiento, como es el caso de la fundamentación de la apelación y la expresión de agravios, tendría como consecuencia que estos se vieran forzados a requerir asesoría jurídica para conseguir el amparo de sus pretensiones. Ello, a pesar de que el propio Código excluye atribuir tal requisito a su cargo.

En virtud de tales consideraciones, cuando un consumidor denunciante, interpone su recurso de apelación dentro del plazo de ley, es decir ejerció su derecho a impugnar el acto administrativo válidamente, corresponde

determinar si el contenido del mismo resulta suficiente para efectos de dar admitido el recurso impugnatorio, no tiene porque fundamentarse o solicitar al consumidor la expresión de agravios, en virtud a los principios de informalismo y eficacia, así como al amparo del deber del Estado de garantizar la protección de los intereses de los consumidores (consagrada constitucionalmente). En efecto, es ilógico que se solicite al consumidor fundamentar por qué apela, toda vez que es obvio que al haber obtenido el administrado un pronunciamiento contrario a su pretensión, se evidencia un agravio implícito a sus intereses que no requiere ser invocado de forma textual por éste, a lo que se adiciona que la disconformidad con lo resuelto nos remite a los términos de su denuncia y de los alegatos esgrimidos a lo largo del procedimiento, de los cuales ha tenido conocimiento el proveedor; por lo que no podría alegar una vulneración a su derecho de defensa.

Complementariamente, cobra relevancia destacar que, en la medida que no corresponde a la primera instancia evaluar la validez de los argumentos deducidos a efectos de cuestionar su pronunciamiento (toda vez que dicha labor recae en la Sala) deviene en innecesario el imponer al administrado el deber de fundamentar y expresar agravios en su apelación, sin reparar que estamos frente a un tema de carácter administrativo, donde el procedimiento además de ser célere, debe ser eficaz, eficiente e informal, de cara a hacer respetar los derechos fundamentales de los administrados.

2. EL LEGÍTIMO INTERÉS PARA INICIAR UN PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR, CUANDO SE INCUMPLE EL PLAZO DE CONTESTACIÓN DE RECLAMOS

De conformidad con el principio de legalidad, las autoridades administrativas deben actuar dentro del marco legal establecido, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas

Todo consumidor que presenta una carta de reclamo espera que la misma sea respondida en el plazo establecido legalmente, a fin de tener conocimiento oportuno sobre la respuesta que brinde el proveedor. De ello, a mi juicio, no sólo dependen las decisiones y acciones que el consumidor vaya a adoptar, sino que permite, además, eliminar una situación de incertidumbre sobre el asunto materia de reclamo.

Conforme al marco normativo, los proveedores se encuentran obligados a cursar una respuesta al reclamo de los consumidores dentro del plazo establecido; aún cuando no se manifieste, en la denuncia expresamente, cuestionamiento alguno sobre su oportunidad de atención. Efectivamente, así debe ser entendido por la Autoridad de Consumo cuando se trate de denuncias por falta de atención de reclamos, esto es, enfocarse en determinar si fueron absueltos dentro del plazo legal

En tal sentido, en este tipo de infracción a las normas de protección al consumidor (falta de atención de reclamo) por su propia naturaleza, al estar vinculada a un hecho ya producido (de verificarse el plazo trascurrido sin respuesta), no se presentará el supuesto de improcedencia de la denuncia, por lo que, consecuentemente no será aplicable a estos casos el artículo 108° del Código, modificado por el Decreto Legislativo 1308, que destaca, entre otras causales, que se pondrá fin al procedimiento administrativo bajo el supuesto de la falta de interés para obrar.

En efecto, la Administración no puede presumir que en este tipo de conducta denunciada, el interés del consumidor es -únicamente- obtener una respuesta al reclamo y, de ocurrir ello, inclusive excediendo los plazos, invocar la carencia de una de las condiciones de la acción como es el interés para obrar, pues el hecho en cuestión conforme he señalado previamente abarca también determinar la oportunidad de su atención tal como prescribe la normativa, de modo que si lo anterior se acredita, ese hecho que contraviene el orden público debe ser sancionado. De ahí que el consumidor tiene el derecho de activar los mecanismos legales para tales efectos, dado que justamente el proveedor no cumplió con atender los reclamos que debieron ser absueltos bajo el plazo establecido por ley (30 días), al margen si finalmente fueron atendidos o no antes de la interposición de la denuncia.

Cuando un consumidor activa los mecanismos para iniciar un procedimiento administrativo sancionador, su interés principal es que se sancione a un proveedor que ha incumplido una norma de orden público violentando las disposiciones del Código de Protección y Defensa del Consumidor, esa es la motivación e interés principal de un consumidor que acude a la autoridad para buscar su tutela y su acción sancionatoria conforme a ley. Es necesario diferenciar el interés que se relaciona con la prestación, la cual tiene relación con la medida correctiva, y por otro lado el interés natural en la sanción a un proveedor que in-

cumple la ley. Es decir, si una persona denuncia que no le han entregado un producto o no le contestan un reclamo y luego se lo entregan, o le contestan tardíamente fuera del plazo, eso servirá para declarar no ha lugar la medida correctiva solicitada, porque la prestación ya se ha cumplido. Pero, de ninguna manera eso anula o deja sin efecto el interés que tiene el consumidor para que se sancione al proveedor que ha incumplido la ley, ese interés primigenio del consumidor que es la búsqueda de la tutela del Estado para que se sancione a un proveedor que incumple el Código, se mantiene incólume, ese interés no se ha perdido.

Ese es el asunto que debe quedar claro, caso contrario se creará un incentivo para incumplir la ley y nunca podrán ser sancionados los proveedores que incumplen con sus obligaciones y atienden a los consumidores fuera de plazo legal o cumplen sus prestaciones de manera tardía afectando los derechos del consumidor. El sistema de protección al consumidor tiende a corregir las conductas de los proveedores que incumplen las normas, y no solo se corrige con las sanciones, sino que el mensaje que en esencia conlleva la resolución, por ello considero necesario repensar este criterio y en ese sentido ratifico la línea de pensamiento jurídico expresada en mis votos en discordia respecto a este tema en el colegiado de la Sala Especializada en Protección al Consumidor del Tribunal del Indecopi.

El colegiado de la Sala , por mayoría ha determinado lo contrario a lo expuesto en estas líneas, no obstante considero, que una interpretación en contrario, generaría un incentivo para que los proveedores no acaten el plazo que tienen para contestar los reclamos, ya que podrían efectuar tal acción, sin observar el referido plazo, a sabiendas que no serían sancionados si es que la contestación a los reclamos se dio finalmente con anterioridad a la denuncia, invocándose la alegada figura del interés para obrar, cuando en realidad es labor de la autoridad sancionar la inobservancia, por parte de los proveedores, de los plazos establecidos por ley, tal como sucede en muchos casos. La autoridad de consumo debe incentivar el cumplimiento de la ley y no paradójicamente su impunidad.

3. EL TRATAMIENTO DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LA CONTRATACIÓN DE CONSUMO Y LA COMPETENCIA DEL INDECOPI PARA SU REMOCIÓN Y LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR

El artículo 1.1° literal c) del Código de Protección y Defensa del Consumidor dispone que los consumidores tienen el derecho a ser prote-

gidos frente a cláusulas abusivas insertas en los contratos celebrados con los proveedores⁽²⁾.

Asimismo, el artículo 48° literal c) complementado con el artículo 49° del Código, señala que en los contratos por adhesión y cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, se consideran cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que coloquen al consumidor en una situación de desventaja o desigualdad o anulen sus derechos. Para su evaluación, se tiene en cuenta la naturaleza del producto o servicio objeto del contrato, así como las circunstancias que concurrieron al momento de su celebración, la información brindada al consumidor, así como el resto de las cláusulas estipuladas en el contrato⁽³⁾.

Como puede desprenderse, nos encontramos frente a una cláusula abusiva cuando: (i) este contenida en un contrato de adhesión o cláusulas generales de contratación; (ii) no haya sido negociada individualmente; y, (iii) coloque al consumidor en una situación de desventaja, desigualdad o que anulen sus derechos. .Resulta importante indicar que el análisis de una cláusula abusiva debe realizarse de manera conjunta con los artículos 50°⁽⁴⁾ y

(2) **LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Artículo 1°.- Derechos de los consumidores.** 1.1 En los términos establecidos por el presente Código, los consumidores tienen los siguientes derechos:

(...)

c. Derecho a la protección de sus intereses económicos y en particular contra las cláusulas abusivas, métodos comerciales coercitivos, cualquier otra práctica análoga e información interesadamente equívoca sobre los productos o servicios.

(3) **LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Artículo 49°.- Definición de cláusulas abusivas.**

49.1 En los contratos por adhesión y en las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, se consideran cláusulas abusivas y, por tanto, inexigibles todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente que, en contra de las exigencias de la buena fe, coloquen al consumidor, en su perjuicio, en una situación de desventaja o desigualdad o anulen sus derechos.

49.2 Para la evaluación de las cláusulas abusivas, se tiene en cuenta la naturaleza de los productos o servicios objeto del contrato, todas las circunstancias que concurren en el momento de su celebración, incluida la información que se haya brindado, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que este dependa.

(...).

(4) **LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Artículo 50°.- Cláusulas abusivas de ineficacia absoluta.**

51^{o(5)} del Código, los mismos que enumeran determinados supuestos que per-

Son cláusulas abusivas de ineficacia absoluta las siguientes:

- a. Las que excluyan o limiten la responsabilidad del proveedor o sus dependientes por dolo o culpa, o las que trasladen la responsabilidad al consumidor por los hechos u omisiones del proveedor.
- b. Las que faculten al proveedor a suspender o resolver unilateralmente un contrato, salvo disposición legal distinta o la aplicación de normas prudenciales debidamente sustentadas emitidas por la autoridad correspondiente.
- c. Las que faculten al proveedor a resolver un contrato sin comunicación previa o a poner fin a un contrato de duración indeterminada sin un plazo de antelación razonable, salvo disposición legal distinta o la aplicación de normas prudenciales debidamente sustentadas emitidas por la autoridad correspondiente.
- d. Las que establezcan a favor del proveedor la facultad unilateral de prorrogar o renovar el contrato.
- e. Las que excluyan o limiten los derechos legales reconocidos a los consumidores, como el derecho a efectuar pagos anticipados o prepagos, o a oponer la excepción de incumplimiento o a ejercer el derecho de retención, consignación, entre otros.
- f. Las que establezcan respecto del consumidor limitaciones a la facultad de oponer excepciones procesales, limitaciones a la presentación de pruebas, inversión a la carga de la prueba, entre otros derechos concernientes al debido proceso.
- g. Las que establezcan la renuncia del consumidor a formular denuncia por infracción a las normas del presente Código.
- h. Las que sean contrarias o violatorias a normas de orden público o de carácter imperativo.

(5) **LEY 29571. CÓDIGO DE PROTECCIÓN Y DEFENSA DEL CONSUMIDOR. Artículo 51°. - Cláusulas abusivas de ineficacia relativa.**

De manera enunciativa, aunque no limitativa, son cláusulas abusivas atendiendo al caso concreto, las siguientes:

- a. Las que impongan obstáculos onerosos o desproporcionados para el ejercicio de los derechos reconocidos al consumidor en los contratos.
- b. Las que permitan al proveedor modificar unilateralmente las condiciones y términos de un contrato de duración continuada, en perjuicio del consumidor, salvo que obedezca a motivos expresados en él y el consumidor goce del derecho a desvincularse del mismo sin penalización alguna. Lo dispuesto en el presente literal no afecta las cláusulas de adaptación de los precios a un índice de ajuste legal ni la fijación de tarifas de los servicios públicos sujetos a regulación económica.
- c. Las que establezcan la prórroga automática del contrato fijando un plazo excesivamente breve para que el consumidor manifieste su voluntad de no prorrogarlo.
- d. Las que establezcan cargas económicas o procedimientos engorrosos para efectuar quejas ante el proveedor, así como las que establezcan procedimientos engorrosos para proceder a la reparación del producto no idóneo, o supongan cualquier acto previo o acción por parte del consumidor que imposibilite la debida protección de sus derechos.
- e. Las que permitan al proveedor delegar la ejecución de su prestación a un tercero cuando aquel fue elegido por sus cualidades personales.

miten identificar los casos en los cuales se configuraría una cláusula abusiva, sea de ineficacia absoluta o relativa.

Ahora bien, como puede evidenciarse de los artículos antes citados, el Código no distingue de forma expresa, o siquiera de manera implícita, que el análisis de aquellas cláusulas que establezcan penalidades -entendidas estas últimas como un incentivo para el cumplimiento oportuno de las obligaciones contractuales⁽⁶⁾- no sean competencia del Indecopi. Ello, en la medida que, con la inclusión de las mismas también se podría ocasionar un perjuicio en contra del consumidor, quien ya de por sí, se encuentra en una situación de desventaja frente al proveedor al celebrar contratos previamente redactados en una relación de consumo.

Por otra parte, si bien el Colegiado de la Sala Especializada en Protección del Consumidor del Indecopi, en mayoría, ha señalado que un denunciante tiene expedito su derecho -a la luz del artículo 1346° del Código Civil- de cuestionar el monto impuesto por penalidad (retención del cien por ciento (100%) de lo cancelado) en la vía jurisdiccional correspondiente⁽⁷⁾, cabe precisar que el Código no restringe la vía administrativa como la idónea para cuestionar el presunto carácter abusivo de dichas cláusulas, siendo que por el contrario el artículo 65° de la Constitución, establece inequívocamente como un deber del Estado la defensa de los intereses de los consumidores y usuarios⁽⁸⁾.

Con respecto a lo señalado en el párrafo anterior, el propio Tribunal Constitucional mediante la Sentencia recaída en el Expediente N° 0008-2003-AI/TC ha establecido -al interpretar el artículo 65° de la Constitución- que el Estado tiene un deber especial de protección de los consumidores conforme a

f. Las que establezcan que el proveedor puede cambiar unilateralmente en perjuicio del consumidor el tipo de moneda con la que fue celebrado el contrato.

(6) **CASTILLO FREYRE, MARIO y OSTERLING PARODI, FELIPE. Obligaciones con cláusula penal.** *“La cláusula penal es la estipulación en un contrato que se refiere a la pena o penalidad convenida para el caso de incumplimiento.”*

(7) **CÓDIGO CIVIL. Artículo 1346°.** - **Reducción judicial de la pena.** El juez, a solicitud del deudor, puede reducir equitativamente la pena cuando sea manifiestamente excesiva o cuando la obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida.

(8) **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ.**

Artículo 65°.- El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado. Asimismo, vela, en particular, por la salud y la seguridad de la población.

lo siguiente: “(...) 30. *La Constitución prescribe en su artículo 65° la defensa de los intereses de los consumidores y usuarios, a través de un derrotero jurídico binario; vale decir, establece un principio rector para la actuación del Estado y, simultáneamente, consagra un derecho subjetivo. En lo primero, el artículo tiene la dimensión de una pauta básica o postulado destinado a orientar y fundamentar la actuación del Estado respecto a cualquier actividad económica. Así, el juicio estimativo y el juicio lógico derivado de la conducta del Estado sobre la materia, tienen como horizonte tuitivo la defensa de los intereses de los consumidores y los usuarios. En lo segundo, la Constitución reconoce la facultad de acción defensiva de los consumidores y usuarios en los casos de transgresión o desconocimiento de sus legítimos intereses; es decir, apareja el atributo de exigir al Estado una actuación determinada cuando se produzca alguna forma de amenaza o afectación efectiva de los derechos de consumidor o usuario, incluyendo la capacidad de acción contra el propio proveedor. (...)”.*

En ese sentido, lo señalado líneas arriba implica el “rol tuitivo” del Estado en protección de los derechos de los consumidores, por lo tanto, no se puede desplazar la defensa de los derechos del consumidor en materia de cláusulas penales abusivas hacia el Poder Judicial, cuando es el Indecopi quien tiene la competencia para hacerlo según el mandato del propio Código. Además, establecer que es en la vía jurisdiccional en donde se deben conocer las denuncias de los consumidores por cláusulas penales contenidas en contratos por adhesión -que evidentemente no han sido negociadas individualmente por los ciudadanos- significaría un sobrecosto y una vía que eventualmente resultaría más gravosa para los consumidores ante la rémora y falta de especialización en materia de protección al consumidor por parte del Poder Judicial.

Asimismo, cabe precisar que en la contratación civil interindividual las cláusulas penales se entienden negociadas, conversadas y por ende consensuadas entre las partes, de tal manera que ya se conoce el contenido de las mismas, en tanto hay una aceptación expresa previamente acordada, por ello cualquier discusión al respecto se lleva a cabo en la vía judicial, al tratarse de intereses privados propios de una relación contractual. Sin embargo, en el presente caso estamos frente a contratación masiva donde una de sus modalidades la constituye los contratos por adhesión y es desde esta perspectiva que debemos analizar el carácter abusivo de las cláusulas penales, tal como lo establece el Código.

El procedimiento de protección al consumidor tiene una naturaleza especial porque es un procedimiento administrativo sancionador, toda vez

que subyace en él una cuestión de interés público, aunque sea el consumidor quien presenta la denuncia. En efecto, es el consumidor quien expresa ante el Indecopi la “*notitia criminis*” sobre la vulneración de una norma de orden público como es el Código y es esta norma la que precisamente determina la competencia del Indecopi para conocer y sancionar aquellos casos donde este de por medio una denuncia en materia de cláusulas abusivas, sin hacer ningún tipo de distinción al respecto, ni señalar excepción alguna con relación a las cláusulas penales.

4. COMPETENCIA DEL INDECOPI EN LOS CONFLICTOS DE CONSUMO DONDE EXISTA DE POR MEDIO UNA VULNERACIÓN A LA PROTECCIÓN DE LOS DATOS PERSONALES DE LOS CONSUMIDORES

En atención a ello, el artículo 105° del Código⁵¹ dispone que el Indecopi es la autoridad con competencia primaria y de alcance nacional para conocer las presuntas infracciones por parte de los proveedores a las disposiciones contenidas en dicha norma, a fin de que se sancionen aquellas conductas que impliquen el desconocimiento de los derechos reconocidos a los consumidores, competencia que solo puede ser negada cuando ella haya sido asignada o se asigne a favor de otro organismo por norma expresa con rango de ley.

En materia de protección de datos personales, la Ley 29733, Ley de Protección de Datos Personales (en adelante, la LPDP), establece las normas que tienen por finalidad garantizar el derecho fundamental a la protección de datos personales⁵²; en tal sentido, contiene disposiciones que regulan su adecuado tratamiento.

Así, el artículo 2° de la LPDP⁽⁹⁾ define como datos personales a toda información sobre una persona natural que la identifica o la hace identificable a través de medios que pueden ser razonablemente utilizados. Por su parte, el artículo 3° de dicha ley⁽¹⁰⁾ establece que su objeto de aplicación son los datos

(9) LEY N° 29733. LEY DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES. Artículo 2°.- Definiciones.- Para todos los efectos de la presente Ley, se entiende por: (...) 4. Datos personales. Toda información sobre una persona natural que la identifica o la hace identificable a través de medios que pueden ser razonablemente utilizados

(10) LEY N° 29733. LEY DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES. Artículo 3°.- La presente Ley es de aplicación a los datos personales contenidos o destinados a ser contenidos en bancos de datos personales de administración pública y de administración privada, cuyo tratamiento se realiza en

personales contenidos (o destinados a ser contenidos) en bancos de datos personales⁽¹¹⁾ de administración pública y de administración privada, cuyo tratamiento se realiza en el territorio nacional, siendo objeto de especial protección, los datos sensibles.

En concordancia con la finalidad de la LPDP, el artículo 28° de dicha ley, contempla una serie de obligaciones a los encargados de bancos de datos personales, entre las cuales se encuentra el efectuar el tratamiento de dichos datos, solo previo consentimiento informado, expreso e inequívoco del titular de los mismos. Asimismo, el artículo 38° señala que constituye una infracción sancionable, toda acción u omisión que contravenga o incumpla alguna de las disposiciones contenidas en dicha ley o su reglamento y califica las posibles infracciones en función a su gravedad.

En tal sentido, el artículo 32° de la LPDP⁽¹²⁾, señala que el Ministerio de Justicia, a través de la Dirección Nacional de Justicia, es la Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales, a la cual corresponde realizar todas las acciones necesarias para el cumplimiento del objeto y demás disposiciones de

el territorio nacional. Son objeto de especial protección los datos sensibles. Las disposiciones de esta Ley no son de aplicación a los siguientes datos personales: 1. A los contenidos o destinados a ser contenidos en bancos de datos personales creados por personas naturales para fines exclusivamente relacionados con su vida privada o familiar. 2. A los contenidos o destinados a ser contenidos en bancos de datos de administración pública, solo en tanto su tratamiento resulte necesario para el estricto cumplimiento de las competencias asignadas por ley a las respectivas entidades públicas, para la defensa nacional, seguridad pública, y para el desarrollo de actividades en materia penal para la investigación y represión del delito.

- (11) Un Banco de Datos Personales es el conjunto organizado de datos personales, automatizado o no, independientemente del soporte, sea este físico, magnético, digital, óptico u otros que se creen, cualquiera fuere la forma o modalidad de su creación, formación almacenamiento, organización y acceso, conforme a las definiciones establecidas en el artículo 2° de la LPDP.
- (12) LEY N° 29733, LEY DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES. Artículo 32°.- Órgano competente y régimen jurídico.- El Ministerio de Justicia, a través de la Dirección Nacional de Justicia, es la Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales. Para el adecuado desempeño de sus funciones, puede crear oficinas en todo el país. La Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales se rige por lo dispuesto en esta Ley, en su reglamento y en los artículos pertinentes del Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Justicia. Corresponde a la Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales realizar todas las acciones necesarias para el cumplimiento del objeto y demás disposiciones de la presente Ley y de su reglamento. Para tal efecto, goza de potestad sancionadora, de conformidad con la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, o la que haga sus veces, así como de potestad coactiva, de conformidad con la Ley 26979, Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva, o la que haga sus veces.

dicha ley y su reglamento, siendo que para tal efecto goza de potestad sancionadora, así como de potestad coactiva.

Así, dicha ley establece que la competencia para conocer las reclamaciones que versen sobre el uso inadecuado de datos personales, corresponde a la Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales, la cual puede aplicar las sanciones administrativas correspondientes, medidas cautelares y correctivas.

No obstante lo anterior, dichas normas no afectan la competencia primaria del Indecopi para sancionar infracciones al derecho de los consumidores que, en el marco de las relaciones de consumo (en este caso, una relación de consumo financiera) que entablan en el mercado, vean afectados sus datos personales por proveedores de bienes o servicios, en tanto la LPDP no otorga expresamente a la Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales potestades de sanción respecto de infracciones a las normas de protección al consumidor, similares a las atribuidas al Indecopi en esta materia

Cabe indicar que la protección de los derechos de los consumidores constituye un mandato consagrado en el artículo 65° de la Constitución Política del Perú⁽¹³⁾, el cual dispone que, en el marco de una economía social de mercado, es deber del Estado defender el interés de los consumidores y usuarios.

Tal derecho constitucionalmente consagrado se encuentra materializado en el artículo 107° del Código, el cual establece que los consumidores afectados o potencialmente afectados pueden denunciar ante el Indecopi las infracciones cometidas por los proveedores .

De esta forma, el Indecopi tiene la facultad para conocer y, de ser el caso, sancionar aquellas conductas de los proveedores que, en el marco de las relaciones de consumo que entablen, vulneren la protección de los datos personales de los consumidores, pues en ese contexto la normativa especial de datos personales constituye un parámetro para evaluar la idoneidad del servicio. En tal sentido, la inobservancia de las disposiciones previstas en la normativa específica por parte de un proveedor en el ám-

(13) CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ. Protección al consumidor. Artículo 65.- El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado. Asimismo vela, en particular, por la salud y la seguridad de la población.

bito de una relación de consumo configura una infracción al derecho de los consumidores.

Es importante resaltar que la relación de consumo es una categoría conceptual del Derecho del Consumidor con mucho contenido y propiedad; es un concepto complejo que no se refiere solamente a una relación traslativa de cosa-precio o de servicio-precio, sino que implica un conjunto de prestaciones a las que se encuentra obligado un proveedor en función a su propuesta ofertable dirigida a los consumidores y se obliga, por lo tanto, a varios entregables que condensan lo que se denomina idoneidad. En ese sentido, cualquier incumplimiento significa una falta de idoneidad y eso es lo que debe analizarse cuando se denuncia el incumplimiento de deberes de una entidad en una relación de consumo financiera, entre las cuales se puede denunciar el uso indebido de sus datos personales.

En efecto, el Indecopi se encuentra obligado a conocer y sancionar aquellas conductas que constituyan infracciones a la normativa de protección al consumidor, de tal manera que, si una denuncia es presentada ante la Autoridad Administrativa por diversos hechos que podrían conllevar infracciones al Código, ocurridos en el marco de una relación de consumo, no podría Indecopi apartarse de uno de los hechos denunciados ni dejar de conocer el fondo de la denuncia, en atención a la competencia primaria de esta autoridad para sancionar infracciones a los derechos de los consumidores.

Por tanto, el Indecopi no puede dejar de conocer uno de los extremos de una denuncia en la que se alegue un indebido uso de los datos personales, porque estará obligando al consumidor a apartarse de la competencia de la autoridad de consumo y obligándolo a acudir a otra organización del Estado para que inicie otro procedimiento administrativo sancionador por un hecho que este ya ha denunciado ante el Indecopi, y que tiene relación directa con la relación de consumo principal. Eso en esencia, es obligar al ciudadano a que asuma sobrecostos económicos y de tiempo para dirigirse a otras instituciones, cuando él ya ha denunciado un hecho ante la autoridad de consumo.

Apartarse de la competencia que naturalmente le corresponde a una autoridad cuyo mandato es el deber especial de protección de los consumidores -como lo establece el artículo 65 de la Constitución antes citado-, significa crear una crisis de confiabilidad ciudadana en sus instituciones tutelares y en el Estado, y eso no suma ni aporta a la construcción de un sistema de protec-

ción al consumidor que piense en la persona humana, que es el fin supremo de la sociedad y del Estado, como lo establece el artículo 1 de la Constitución⁽¹⁴⁾.

Un sistema de protección como el que tiene a su cargo el Indecopi, debe ponderar los derechos de la persona en tanto consumidor, en vez del interés por el rigorismo formal administrativista sin respetar sus propios principios⁶⁰ y el positivismo jurídico sobre la competencia, que no ayuda a un sistema de mercado más competitivo y transparente.

El Indecopi tiene competencia para pronunciarse sobre el fondo de una controversia en la que se denuncie una infracción a las normas de protección al consumidor y se haya a su vez violentado la protección de los datos personales de un consumidor, ello sin perjuicio de las actuaciones y disposiciones que la Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales del Ministerio de Justicia pueda adoptar, pues el proceder de esta autoridad no afecta la competencia del Indecopi para conocer denuncias que versen sobre afectación de datos personales siempre que se den en una relación de consumo, conforme se ha indicado anteriormente.

Finalmente, tanto la Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales del Ministerio de Justicia como el Indecopi, de acuerdo a sus normas y procedimientos especiales, velan y persiguen la protección de bienes jurídicos distintos. Mientras que el primero cautela la protección de datos personales, en función a un derecho constitucionalmente protegido; el segundo protege y defiende - desde todo ángulo- los derechos de los consumidores que se hayan visto afectados por una conducta del proveedor en el mercado, los cuales, claro está, pueden abarcar la discusión de la vulneración de datos personales.

(14) Constitución Política del Perú. Defensa de la persona humana. Artículo 1.- La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado.

VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y DISCRIMINACIÓN EN EMIGRANTES VENEZOLANOS DEL PERÚ

Máximo Ugarte Vega Centeno (*)

INTRODUCCIÓN

Actualmente, la migración se estudia desde diferentes perspectivas por ser un tema interdisciplinario y multidimensional, por lo tanto, ya no es solo un problema jurídico social que ha ido creciendo y algunas veces desbordando las posibilidades de los países receptores, ocasionando que estas personas que se desplazan se encuentren muchas veces sin protección legal y susceptibles a la vulneración de sus derechos humanos en sus diferentes formas de discriminación que se ha ido configurando de forma sutil y otras veces de forma extrema. La presente investigación analiza la migración de los ciudadanos venezolanos, buscando visibilizar y analizar la discriminación, vulneración de derechos, y el desarrollo inclusivo; en otras palabras, buscamos demostrar la relación entre la discriminación y la vulnerabilidad de los derechos humanos en emigrantes venezolanos del Perú.

1. SITUACIÓN PROBLEMÁTICA

En la historia de la humanidad los movimientos migratorios siempre tuvieron consecuencias sociales, económicas y políticas en el país receptor. La migración no es un tema desconocido ni mucho menos nuevo para los peruanos. Perú pasó de ser un país de emigrantes a ser un país receptor por la ola migratoria intrarregional (dentro de la región) más significativa y nunca vista

(*) Dr. En Derecho por la universidad de Cordoba- España. Mgrister en Derecho por la Universidad Autnoma de Barcelona- España. Profesor Principal de la UNMSM, past Director Nacional de la Academia de la Magistratura . Docente investigador adscrito al Vicerectorado de Investigaciones de la UNMSM

en su historia, lo que ha traído fricciones entre la población nativa y los grupos migrantes atribuidas a ciertas conductas que muchas veces son contrarias a la legalidad y a la normatividad del país, desvirtuando la imagen y condición de personas que por el accionar de unos cuantos, sufrieron situaciones de vulnerabilidad de sus derechos humanos debido a usos y prácticas sociales de los individuos de la sociedad peruana, alcanzando algunas veces a las autoridades del orden público con comportamientos que restringían su reconocimiento y goce de derechos y libertades por su origen étnico. Estas formas de discriminación y otras formas conexas de intolerancia fueron formando estereotipos y prejuicios hacia la comunidad venezolana que fue encontrándose en situaciones de riesgo y vulnerabilidad, a pesar de existir normatividad legal que los protege y que les permitiría vivir e integrarse con dignidad, lo que todo estado de derecho y sociedad democrática garantiza.

Estos problemas se originaron fundamentalmente por la masiva e irregularidad migratoria venezolana que otros denominan como éxodo humanitario como consecuencia de la ruptura del orden democrático en su país, lo que trajo falta de desarrollo económico e inestabilidad socio-política; en otras palabras, crisis política, social y económica generada por el régimen autoritario de Venezuela, desbordando las expectativas de los países receptores de la región por la masiva emigración, siendo que un elevado porcentaje de migrantes indocumentados ingresaron irregularmente al Perú que no estaba preparado para recibir esta ola masiva de migrantes. Esto incrementó la ya existente informalidad laboral del país que alcanza a 11.2 millones de personas, que viene a ser el 75% de la Población Económicamente Activa Ocupada (PEAO). Además, ingresaron personas con antecedentes de criminalidad que agudizaron la inseguridad ciudadana, cuyos delitos fueron difundidos por los distintos medios de comunicación, así como en las redes sociales. Esta forma de emitir opinión o juzgar a los grupos sociales sin distinción hizo que el desconocimiento sea perjudicial. Este temor o rechazo a lo diferente no solo desarrolla una opinión desfavorable hacia los migrantes venezolanos, sino que la sociedad se vuelva intolerante, lo que muchas veces imposibilita la convivencia entre los diferentes grupos sociales o personas.

En la búsqueda de la paz social, la igualdad y el desarrollo inclusivo, la tolerancia es fundamental en un sociedad; es decir, para que se dé una convivencia solidaria y armoniosa entre los distintos grupos y personas se debe tener en consideración la normatividad legal nacional e internacional en re-

lación a los derechos humanos para ubicar al migrante dentro de las políticas migratorias y de gobernanza de un país, garantizando de esa manera su incorporación dentro de los planes y estrategias nacionales, tales como los proyectos de salud, educación, luchando contra todo tipo de discriminación y demás formas conexas de vulneración de los derechos fundamentales de este grupo de migrantes.

2. IDENTIFICACIÓN DEL PROBLEMA Y LOS OBJETIVOS

Estos cambios en todos los países traen nuevos retos y oportunidades a las sociedades, entre estos la interrelación entre población refugiada y migrante y población de acogida, identificando uno de los problemas principales de la presente investigación: ¿existe relación entre la vulneración de los derechos fundamentales y la discriminación en emigrantes venezolanos del Perú?

En ese contexto en los últimos años han ido aumentando los actos de discriminación hacia los ciudadanos venezolanos, debido a una percepción negativa y discriminatoria de esta población migrante, que se siente vulnerada ante la fragilidad de sus derechos económico, sociales y culturales, así como en los mecanismos de protección en sus derechos, situación que nos lleva a indicar que el objetivo del presente estudio es demostrar la relación entre la vulneración de los derechos fundamentales y discriminación en emigrantes venezolanos del Perú.

3. IRREGULARIDAD Y MASIVA MIGRACIÓN

3.1 Análisis conceptual

La migración es una de las prácticas más utilizadas por el ser humano. En un principio, al igual que la migración animal, funcionó para garantizar la supervivencia de la especie (Tovar, 2017). En la historia de la humanidad los movimientos migratorios se dieron, indistintamente por distintos factores como la migración interna (nacional), externa (internacional), temporal, permanente, voluntaria, forzada, voluntaria, legal (regular) e ilegal (irregular). Todas estas personas que se desplazan algunos son migrantes otros refugiados, entendiendo por migrante a toda persona que decide voluntariamente trasladarse en busca de mejores condiciones de vida, trabajo, mejores oportunidades económicas, entre otras; en cambio, el refugiado es aquella persona

ante la persecución se ve obligado a abandonar su país por estar en riesgo su vida, libertad, seguridad o violación de sus derechos fundamentales. Como se aprecia, en ese complejo proceso existen diferentes causas al momento de decidir emigrar, y para comprenderlas se han postulado diferentes teorías desde diferentes especialidades como demografía, economía, historia, psicología, sociología, geografía, ecología, ciencia política, y el derecho, entre otras.

En cambio, al referirnos a la discriminación nos estamos refiriendo a ese trato desfavorable a una persona o grupo social. El Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas entiende por discriminación a “[...] toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas” (Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, 1989, párr. 7).

En la antigüedad las migraciones se dieron de África hacia Europa y Asia, y de este último continente hacia América por el congelamiento del mar en el estrecho de Bering, luego –con el paso del tiempo– el mundo ha tenido sucesivas olas de migración. Entre las más importantes podemos señalar la acontecida a inicios del siglo XIX entre 1820 y 1950, conocida como el éxodo rural donde más de 60 millones de europeos pobres emigraron principalmente hacia los continentes de América y Australia; luego, a inicios de 1990 fueron los grandes flujos de migración internacional como consecuencia de la globalización y la mayor variedad de los medios de transporte que vienen generando más flujo de movilidad, entendida como la movilización de personas de un lugar a otro en ejercicio de su derecho a la libre circulación, por diversas razones (voluntarias o forzadas), que se realiza con la intención de permanecer en el lugar de destino por períodos cortos o largos, o incluso, para desarrollar una movilidad circular (Comisión de Ayuda al Refugiado en Euskadi [CEAR], 2014).

3.2 Desborde y migración masiva

Este fenómeno complejo a veces supera la ficción debido a los padecimientos que sufren las personas que emigran debido a las condiciones preca-

rias en sus viajes. Según datos de la Organización No Gubernamental (ONG) Plataforma Regional de Coordinación Interagencial para Refugiados y Migrantes de Venezuela (R4V, 2021), se calcula al mes de noviembre del 2021 que son más de 6'038,937 millones de personas refugiadas y emigrantes de Venezuela que suman entre refugiados, migrantes y solicitantes de asilo en el mundo, de los cuales 4,9 millones, es decir el 80%, están en América Latina y El Caribe (R4:Home2021). Según reporte de la Superintendencia Nacional de Migraciones, entre enero de 2016 y mayo de 2021, 1'553,449 personas venezolanas habrían ingresado por punto de control migratorio y de ellas, 788,295 permanecen en el Perú. Sin embargo, la cifra no oficial se estima en, aproximadamente, 1.2 millones, convirtiendo al Perú en el segundo país de destino (Banco Mundial, 2020).

3.3 El perfil del migrante venezolano que atrae el Perú

Venezuela, país sudamericano conocido también como el país llanero, está ubicado en el norte de América del Sur y sus costas fueron conocidas por sus atracciones naturales, las risas y el buen humor de su gente que hoy se ve apagada por las distintas razones. Claudia Vargas (2018) señala lo siguiente:

“La emigración desde Venezuela debe ser considerada como forzada, ya que es causada por coacción, amenazas a la vida, situaciones que ponen en riesgo la integridad y los derechos humanos, percepción de violencia generalizada, conflictos internos tales como la falla o ausencia de servicios públicos, escases de medicinas y alimentos, altas tasa de criminalidad e hiperinflación. Las causas obedecen a la huida de ciudadanos desde un país con una crisis humanitaria compleja causada por la inestabilidad del Estado y sus instituciones, que no brinda a sus habitantes confianza ni protección, lo cual trae como consecuencia pobreza, desigualdad social y la destrucción de la economía nacional acompañado de una ruptura del tejido social, lo cual es resultado de una polarización de sectores afectados por la violencia y el colapso generalizado” (p. 116).

El camino del migrante venezolano que huye por la crisis humanitaria se inicia en el 2015, el camino es largo y empieza al salir de su país buscando mejores condiciones de vida en otro país distinto al suyo. Muchos los lla-

man los caminantes del desierto, se les ve principalmente en las fronteras de Colombia, Ecuador y Perú que son los países que más migrantes acogen. Se calcula que unas 4,000 a 5,000 personas diarias salen en busca de nuevas esperanzas en otras tierras a quedarse en Venezuela, la mayoría lo hacen caminando por falta de medios económicos, cruzan ríos, montañas, nada les impide y no les importa arriesgar sus vidas; hombres y mujeres, y niños sin sus padres fugan para escapar del hambre y muchos no tienen un destino final, los movimientos humanitarios ayudan en lo posible y orientan de las dificultades del camino y cuidados al cuerpo, la vida y la salud para llegar al destino escogido

Los migrantes y refugiados son grupos heterogéneos, en su mayoría son jóvenes, un porcentaje numeroso declaraban estar casados o en pareja, con estudios secundarios, y una notable proporción indican tener un título como técnicos o profesionales de educación superior, más de la mitad de los encuestados eran solteros y trabajan en la economía informal; la mayoría sin perspectiva de retorno a corto o mediano plazo a Venezuela, y que se quedaban en el Perú con visa temporal o de turismo, y un sector minoritario tiene el estatus de irregular, situación importante a tener en consideración para la toma de decisiones en materia de políticas sectoriales en el ámbito interno (trabajo, salud, educación, orden interno y seguridad nacional, entre otros), y en el externo (seguridad fronteriza, entre otras) (Chávez & Echevarría, 2020).

De una parte, la salida de estos grupos migratorios hacia el exterior también genera cambios, ya sea en el lugar de destino como en el lugar que salieron, como la pérdida de Población Económicamente Activa (PEA) de jóvenes; por lo tanto, hablamos de envejecimiento de la población, desintegración familiar, problemas psicosociales que la migración produce como los ocasionados por la pérdida de un miembro de la familia, problemas personales y emocionales que las parejas casadas tienen que afrontar por la separación física, así como el envío de remesas monetarias y no monetarias a familiares que se quedaron que, en los últimos años, se ha incrementado, así como la salida de profesionales y estudiantes que puede llegar a ser perjudicial para el futuro productivo de su país de origen

De otra parte, esta migración comprende algunos efectos positivos y negativos. Desde el lado positivo, la composición de la emigración venezolana, a nivel latinoamericano, es beneficiosa para emplear mano de obra útil para distintos sectores y beneficiar al Producto Bruto Interno (PBI), desde el pun-

to de vista macroeconómico, como señala Reátegui (2019). La entrada de los venezolanos al Perú beneficia a nuestro PBI porque la mayoría forma parte de la PEA. Hay médicos, ingenieros, enfermeras, y distintos profesionales que nos ayudarían mucho, pero debemos sacarlos de la informalidad y hacer que no se concentren todos en Lima. Hay escasez de mano de obra en provincias que ellos podrían cubrir (párrafo 1).

A pesar de la profunda recesión mundial desatada por el Covid-19, los venezolanos han activado la economía peruana pese a que ganan 16,7% menos que los peruanos. En el año 2020 generaron ingresos al Estado peruano por S/ 471 millones (US\$ 115.4 millones), lo que significa un impacto fiscal neto positivo de S/ 139 millones (US\$ 34 millones), y que el mismo Banco Mundial proyecta consecuencias positivas al indicar que los migrantes venezolanos podrían aportar más de S/ 2,200 millones en ingresos fiscales netos al Perú en los próximos cinco años. Pueden aumentar la productividad laboral en un 3.2%, por efecto tan solo del número de migrantes que se encontraba en el país al 2018 (Banco Mundial, 2018). Muchos países se modernizaron por la integración del migrante en una sociedad tolerante y permisiva a la vez.

En cambio, cuando la crisis de la migración causa una emergencia internacional humanitaria es de preocupación por las repercusiones que trae en el ámbito económico, social y de seguridad nacional en los países receptores, como señala Quiroa (2019). Actualmente, la migración se ve como un serio problema a nivel global porque se está dando de una manera insegura, desordenada, de forma irregular, y con grandes cantidades de personas que se trasladan de un lugar a otro. Al realizarse de esta forma se pueden perder los beneficios que la migración produce y más bien se convierte en un riesgo para la comunidad mundial (Quiroa, 2019). Cuando la migración se torna irregular y de grandes proporciones aumentan negativamente los problemas en el país destino como el Perú, ya sea en los esfuerzos por reducir la pobreza (puede aumentar los niveles de pobreza en la región y en el país), aumento de la población en vulnerabilidad, pérdida de ingresos fiscales, así como el impacto negativo en el mercado laboral: no hay efectos que se perciban en el sector formal, ni en el empleo ni en los salario; en cambio, se pueden visualizar los efectos en el empleo del sector informal que disminuye para los nacionales del país receptor. Asimismo, este sector emigrante se encuentra con problemas en su país de destino por el menor reconocimiento laboral (cuando son

ilegales), problemas de integración debido al choque cultural, explotación; viviendas compartidas y hacinadas, y discriminación.

También aumentan otros tipos de riesgos como la discriminación, la trata de personas, el abuso y explotación de personas, el crimen organizado (R4V, 2021), donde muchas veces se ven involucrados extranjeros venezolanos, creciendo la percepción negativa hacia ellos, discriminación que algunas veces se va configurando con la ayuda de los medios de comunicación,

Si bien es cierto hay muchos migrantes venezolanos que vinieron a trabajar y a buscar mejores condiciones de vida trajo consigo, como en toda movilidad social, un sector minoritario que ingresó para dedicarse a actividades ilícitas como la trata de personas, explotación sexual, robo con consecuencia de muerte, lavado de activos, tráfico ilícito de drogas, sicariato, extorsión, etcétera; actividades y conductas que encendieron preocupación y alarma en la ciudadanía, ya que incrementaron la ola delictiva ya existente en el país, generando mayor inseguridad ciudadana. Las cifras de criminalidad han ascendido vertiginosamente y muchos culpan de ello al arribo de organizaciones criminales como Los Malditos Relojeros, Los Gatilleros de la Guaira, El Tren de Aragua, entre otros, que se caracterizan por su ferocidad y crueldad. Así, la ciudadanía se empezó a formar una imagen del extranjero migrante, y por unos cuantos empezaron a meter en el mismo saco a todos y a generalizar conductas y comportamientos relacionados con la violación del ordenamiento jurídico, situación que puso en riesgo su frágil estatus de migrante.

3.4 Control y militarización de las fronteras

Las raíces de la migración son muchas y distintas, lo que lleva a plantearse alternativas desde diferentes frentes. Como bien sabemos, todos los países del mundo exigen condiciones y requisitos de ingreso a su país y tienen que ser cumplidas por el migrante; sin embargo, este éxodo de emergencia de migrantes que cruzan Colombia, pasan por Ecuador, y llegan al Perú ha traído como consecuencia que algunos países decidan militarizar sus fronteras para fiscalizar mejor la migración que rebasó los controles agudizando la crisis fronteriza en los países limítrofes, que no estaban acostumbrados a esta migración que desborda las capacidades de las poblaciones fronterizas que, en algunos lugares, ha superado al número de habitantes del lugar. El éxodo venezolano ha sido considerado como más penoso que el de Siria; inclusive,

algunos países fronterizos tuvieron que desplegar sus Fuerzas Armadas que no están capacitadas para este tipo de control fronterizo. Las restricciones sanitarias generaron más recelos hacia este grupo de migrantes por el aumento de contagios del Covid-19 que pudieran traer. Además, la falta de documentación personal los hace ilegales fuera de sus fronteras, no tienen permiso temporal o pasaporte porque el Gobierno Bolivariano de Maduro no los entrega. Su situación de ilegalidad los obliga a utilizar pasos ilegales en la frontera para ingresar, ingreso clandestino que muchas veces ocasiona la muerte.

4. DISCRIMINACIÓN Y VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

En la historia, los derechos fundamentales humanos –como conquista de la humanidad– pretenden establecer limitaciones al poder basado en la dignidad, libertad e igualdad de las personas, derecho que son indivisibles e interdependientes. En ese entender, es necesario diferenciar los derechos fundamentales de los derechos humanos que se sustentan y diferencian en el territorio de aplicación. Es decir, los derechos fundamentales están incorporados en la Constitución o en la carta de derechos de un país; en cambio, los derechos humanos no tienen restricción territorial para su aplicación porque protegen a todas las personas sin excepción; por tanto, también protegen a los migrantes sin diferenciación de origen o país (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1948). De esta manera, la interpretación antojadiza que se da sobre la no protección a las personas que realicen actos de violencia (“ellos no tienen derechos humanos”), viene a ser una falacia porque justicia es no perder el sentido de humanidad.

En ese contexto podemos decir en su sentido más amplio que la discriminación viene a ser toda acción u omisión por parte de los agentes o personas o del propio Estado que atentan y perjudican los derechos de los migrantes. Es de señalar que en el Perú los más denunciados por infracciones relacionadas al derecho internacional humanitario (la salud y la vida), son conductas que atentan el derecho al trabajo, desalojar a personas de sus hogares, el acceso a la justicia, excesivo uso de la fuerza pública ante la sospecha del delito, detenciones arbitrarias y precarias (celdas sin luz, con ratas y olores a excrementos humanos), violaciones al debido proceso, comentarios discriminatorios y xenófobos, y malos tratos, según los testimonios recibidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH, s.f.). Esto lo han

padecido migrantes, ya sea en los países de tránsito o de acogida, recibiendo abuso de las autoridades, así como actitudes negativas o insultos como ladrones, basuras, muertos de hambre, “venecos”, expresiones que estigmatizan y criminalizan a este grupo social, culpándolos del aumento de la delincuencia del país.

Lo peor es el negacionismo impune, el rechazo a la migración, los prejuicios y estereotipos exacerbados cuando algunos líderes políticos prometen la expulsión de los venezolanos, discursos que apelan al miedo, ya que comentan que ser venezolano es sinónimo de transgresión de la ley, delincuencia, expresiones racistas, discriminatorias, y hasta machistas. Estamos en una época de intolerancias banales y de muchedumbres exacerbadas por los medios de comunicación que desinforman sobre los migrantes, se puede decir y hacer cualquier cosa.

4.1 Normatividad nacional e internacional para abordar la vulneración de los derechos fundamentales

Quienes conocen mínimamente el derecho internacional saben que los estados democráticos tienen la obligación de garantizar los derechos humanos; de lo contrario, demostrarán su ilegitimidad y su precario estado de derecho. La situación de estos derechos varía de un país a otro, donde inclusive sigue debatiéndose sobre la legalidad o ilegitimidad de los derechos humanos. Entendiendo por legal todo lo relacionado a los procedimientos establecidos en la normatividad jurídica de un estado; en cambio, lo legítimo implica lo justo, moral, ético si existe un consenso o reconocimiento en las actuaciones gubernamentales por los miembros de esa comunidad.

En ese sentido es bueno recordar y tener en consideración que un país está obligado a proteger a los migrantes mediante normas y leyes que respeten los acuerdos internacionales que suscribió y, a la vez, fortalecer sus instituciones públicas para no vulnerar estos derechos según están establecidos en la Constitución Política de Perú, lo que se ha dificultado aún más debido a la coyuntura actual generada por la pandemia Covid-19.

Como ya indicamos, los flujos migratorios producen una serie de consecuencias relacionadas con el país de origen y con el país receptor en el ámbito de su normatividad legal de tipificar la migración como irregular, ilegal o

clandestina; en ese sentido, el Estado peruano tiene derecho a ejercer control en el orden interno y jurisdiccional en sus fronteras, pero tiene que hacerlo respetando y cumpliendo las obligaciones contraídas en el ámbito de los derechos humanos coordinando este trabajo del Estado con las organizaciones e instituciones nacionales e internacionales dedicadas a que el control interno y de las fronteras se realice respetando los derechos humanos. Hoy en día en el Perú empiezan a debatir las cuestiones migratorias a nivel nacional, regional y mundial por lo mismo que se necesita respuestas globales, regionales y nacionales.

Lo expuesto líneas arriba ocasionó esfuerzos que ya estaban normados y otros que tuvieron que promulgarse a raíz de uno de los mayores desplazamientos intrarregionales para dar atención y protección, y evitar la vulneración de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Política del Perú. En relación a la política migratoria la Carta Magna reconoce que “[...] la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”, y de que toda persona tiene derecho a “[...] la igualdad ante la ley”. El artículo 2 señala que nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole; además, toda persona tiene derecho a “[...] elegir su lugar de residencia, transitar por el territorio nacional, y a salir de él y entrar en él, salvo limitaciones por razones de sanidad o por mandato judicial o por aplicación de la ley de extranjería”; y en el artículo 163 indica “El Estado garantiza la seguridad de la Nación mediante el Sistema de Defensa Nacional; precisando que la Defensa Nacional es integral y permanente, siendo desarrollada en los ámbitos interno y externo” (Presidencia de la República del Perú, 2018).

Existen otros instrumentos transversales que convergen con la migración, tales como el Código Penal, en cuyo artículo 323 se señala que “[...] el que discrimina a otra persona o grupos de personas, por su diferencia racial, étnica, religiosa o sexual” (Presidencia de la República del Perú, 1991); el Código Procesal Penal (CPP) indica en su apartado I.3 que “Las partes intervendrán en el proceso con iguales posibilidades de ejercer las facultades y derechos previstos en la Constitución y en este Código” (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos [MINJUSDH], 2020); Código Civil (CC), artículo 2046, “Los derechos civiles son comunes a peruanos y extranjeros, salvo las

prohibiciones y limitaciones que, por motivos de necesidad nacional, se establecen para los extranjeros y las personas jurídicas extranjeras” (Presidencia de la República del Perú, 1984); el Código Procesal Civil (CPC), artículo VI “El Juez debe evitar que la desigualdad entre las personas por razones de sexo, raza, religión, idioma o condición social”, y el 50.2. “Hacer efectiva la igualdad de las partes en el proceso, empleando las facultades que este Código les otorga” (Ministerio de Justicia [MINJUS], 1993); CNA, artículo III “Igualdad de oportunidades. Para la interpretación y aplicación de este Código se deberá considerar la igualdad de oportunidades y la no discriminación a que tiene derecho todo niño y adolescente sin distinción de sexo”, sobre la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres (Decreto Supremo N° 027-2007-PCM) (Presidencia del Consejo de Ministros [PCM]. 2007), Plan Nacional contra la Violencia de Género 2016-2021 (Decreto Supremo 008-2016-MIMP) (Presidencia de la República del Perú, 2016). En ese sentido, el Estado Peruano, por medio de sus órganos competentes y en cumplimiento de sus obligaciones funcionales, es quien dispone las acciones correspondientes para prevenir o afrontar cualquier amenaza que ponga en peligro la seguridad nacional, el orden público o el orden interno, mediante la cooperación, coordinación y actuación conjunta con las entidades públicas de todos los niveles de gobierno que se encuentren vinculados a sus funciones (El Peruano, 2019). Y, En cuanto se refiere a las competencias y atribuciones en materia de seguridad y orden interno, el artículo 2 del Decreto Legislativo N°1130, del 12 de julio del 2012, que crea la Superintendencia Nacional de Migraciones, estableciendo sus competencia en materia de política migratoria interna y participa en la política de seguridad interna y fronteriza; realizando el control migratorio en coordinación con las diversas entidades del Estado que tengan presencia en los puestos de control migratorio o fronterizos del país para su adecuado funcionamiento (Presidencia de la República del Perú, 2012).

En el marco normativo de los tratados internacionales se busca el desarrollo de una política integral migratoria de forma segura, ordenada y con respeto a los derechos humanos que permita de manera didáctica informar a la población migrante a identificar las formas de acceder a las instituciones y al marco normativo vigente, permitiéndoles de esa manera preservar sus derechos. En la actualidad existe un marco normativo y mecanismos para proteger estos derechos, entre estos tenemos compromisos asumidos por el gobierno en el ámbito de la protección de los derechos humanos para evitar la

vulneración de cualquier forma de discriminación como La Declaración Universal de los Derechos Humanos (artículos 1, 2, 7, 23), Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales (artículos 2, 3, 7, 13), Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (artículos 2, 3, 14, 23, 24, 26 y 27), Convención Americana sobre Derechos Humanos (1.1, 13.5, 22.8, 24, 27.1.), la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (artículos 2, 7, 10, 11, 12, 13, 14, 15 y 16), Convención Internacional para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (artículos 2, 5, 7); Convención de los Derechos del Niño (artículos 2, 28 y 30); Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre, y la Resolución emitida por las Naciones Unidas sobre la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial. En consecuencia, para que exista discriminación, además debe estar regulado y prohibido por el ordenamiento legal interno del país receptor

El Estado peruano garante asume la garantía de estos en derechos por medio de su Constitución que establece directrices en materia de política migratoria al indicar que “[...] la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad son el fin supremo de la sociedad (que otorga a los tratados el carácter de ley) y los tratados internacionales que suscriben; por lo tanto, tienen la obligación de garantizar las obligaciones contraídas, así como en el orden interno las fuerzas públicas tiene que supeditarse por la normatividad, protocolos en materia de derechos humanos y evitar de esa manera el abuso de poder y el uso de la fuerza proporcional, evitando el daño físico o psíquico y discriminatorio. La responsabilidad en el ámbito interno ante estos sucesos es no solo por parte del agente que incumple sus obligaciones, sino que el Estado también es responsable. Por tanto quien vulnere derechos a migrantes o agentes existe normatividad e instrumentos, mecanismos que incluyen denuncias penales y recursos de protección constitucional en materia de derechos humanos, como el *habeas corpus*, la acción de amparo, el *habeas data*, la acción de cumplimiento, la acción popular. Ahora bien, agotadas esas vías se podrá recurrir a acciones internacionales de protección como las audiencias en el sistema interamericano **como órgano de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)** para ser debidamente sancionados y, en el ámbito externo, tiene competencia jurisdiccional para sancionar a un Estado es la **Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH)**, **órgano creado por acuerdo de los países que integran la Convención Americana**

de Derechos Humanos. Por tanto, tenemos dos organismos internacionales, una Corte que emite sentencias, y una Comisión que no tiene jurisdicción ni autonomía, cuyas resoluciones carecen de obligatoriedad por depender de los Estados que suscribieron su convenio constitutivo, pero sí recibe denuncias, tramita e investiga (Gómez & Verduzco, 2000).

En ese sentido, la Convención Americana sobre Derecho Humanos indica en su artículo 25.2, inciso C, “[...] los estados se comprometen a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”. Asimismo, el artículo 63 señala que la Corte Interamericana dispondrá que se garantice al lesionado el goce de su derecho o libertades conculcadas, pudiendo ordenar el pago de una indemnización. La compensación se ejecutará por el procedimiento de ejecución de sentencias que corresponda al sistema procesal del país condenado.

De esta manera, en los tribunales y la jurisprudencia de la Corte vemos que la Comisión Interamericana ha sometido ante el Tribunal muchas controversias que fueron investigadas y sentenciadas, aunque con dificultades para la sentencia contra los Estados (Corte Interamericana de Derechos Humanos, s.f.).

5. DESARROLLO INCLUSIVO

Este éxodo venezolano entre el exilio y la emigración trae consigo retos y desafíos no solo a los países receptores sino a la comunidad internacional y a los organismos internacionales, los que tienen como retos la profundización de políticas de integración para cubrir necesidades básicas como en salud, vivienda, educación, de manera que disminuyan los riesgos de discriminación, xenofobia y vulnerabilidad de sus derechos humanos (Koechlin & Eguren, 2018).

Todo estado debe prevenir, eliminar, prohibir y sancionar las conductas de discriminación hacia los grupos sociales de migrantes; sin embargo, la protección es aún muy débil por la poca articulación entre los propios organismos del Estado encargados de investigar y sancionar o por las democracias y/o instituciones débiles de un estado de derecho precario como el nuestro. Estas prácticas discriminatorias perjudican la conformación de una sociedad democrática e inclusiva. Las diferentes formas de discriminación que se dan como producto de la convivencia muchas veces están fundadas en prejuicios o estereotipos que atacan la dignidad humana, y se dan con frecuencia sin la suficiente protección o respuesta integral por parte del Estado para prevenir esta problemática origi-

nando la vulneración de los derechos humanos y contraviniendo a la integración social respetando a valorar las diferencias de las persona o grupos sociales sin estereotipos discriminatorios, así como la normatividad vigente sobre protección a estos derechos. Podemos decir entonces que tenemos normatividad de protección, pero no hay suficiente protección del Estado.

En la actualidad las medidas que existen aún resultan insuficientes y por ello es importante que se fortalezcan los mecanismos de prevención y sanción a todos los actos y manifestaciones de discriminación y medios conexos por cualquiera de sus formas y/o medios de comunicación, así como el diseño, publicación, circulación, diseminación de discriminación que el Estado debe sancionar, eliminando todos los obstáculos para garantizar –de esa manera– las acciones afirmativas necesarias de prevención a nivel de los diferentes organismos gubernamentales como el Ministerio de Cultura, los Gobiernos Regionales y locales (mediante sus ordenanzas regionales y municipales vigentes) a nivel nacional y regional con el fin de implementar acciones políticas, planes y programas de lucha como la elaboración de guías de acción pública, sensibilizando y capacitando a los servidores público, y orientando a la vez a las personas y la comunidad en general para prevenir todas las formas discriminación hacia los grupos sociales de migración venezolana; es decir, el seguimiento y monitoreo de estos actos pasaría por la implementación de un observatorio y la supervisión de actos discriminatorios para las sanciones legales y administrativas dentro del marco constitucional y legal del país (Código Penal, artículo 407, y el Decreto Legislativo 635).

5.1 Cómo abordar la migración y solucionar estos conflictos

Ahora bien, la integración no camina sola, pues no solo está sujeta a factores personales del migrante, sino a la comunidad de recepción. El proceso de integración de esta población en situación de movilidad en el Perú hizo que se replantearan las políticas migratorias en materia de igualdad de oportunidades; fomentar políticas culturales; educación; acceso a los derechos económicos, sociales, culturales, además de atenuar las situaciones de discriminación, violencia y criminalización hacia los migrantes; y las consecuencias e implicancias del desarrollo de la pandemia ocasionada por el Covid-19 (Coordinadora Nacional de Derechos Humanos, Conferencia Episcopal de Acción Social [CEAS], Clínica Jurídica para Migrantes y Refugiados Pedro Arrupe SJ de la Universidad Antonio Ruiz de Montoya [UARM], 2020), enfrentándose

a nuevos desafíos de subsistencia informal y junto a esa fueron formando estereotipos y prejuicios sin el menor análisis y distinción de la composición de personas del grupo social de migrantes

En ese sentido, al analizar la relación entre vulneración de los derechos humanos y la discriminación ayudará a mejorar las acciones sociales como la concientización de la sociedad y a los organismos competentes del Estado, por eso es fundamental promover las diversidades culturales de ambas poblaciones a fin de buscar la empatía y romper estereotipos mediante campañas de sensibilización conociendo las oportunidades que genera la movilidad humana, rompiendo prejuicios. La experiencia de otros países nos demuestra que resulta determinante construir un discurso donde quede claro que la exclusión de las políticas públicas en temas de migración es más costosa, mientras que la inclusión resulta más beneficiosa y menos costosa.

Asimismo, se tiene que buscar el apoyo de las acciones del Estado mediante el apoyo de los organismos internacionales como el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) y la Organización Internacional para las Migraciones (OIM), cada una en el marco de su función. A sabiendas que ambos organismos internacionales tienen una baja gestión, es necesario articular con los sectores privados y públicos, siendo conscientes que hacer reformas importantes es dificultoso, además se requiere de mucho músculo político que tenga fuerza e impulse para concientizar a la sociedad para hacer frente a los xenófobos.

6. CONCLUSIONES

La migración venezolana hacia los países Latinoamericanos, entre ellos el Perú, ha transformado las condiciones demográficas, económicas, y el mercado laboral de los países receptores que hoy se encuentran ante nuevos desafíos y ante nuevas oportunidades para sus niveles de gobierno central, regional y municipal. Se tiende a generar cambios en las leyes migratorias y políticas que luchan contra la xenofobia, y de otro lado, mayor fuerza laboral e intercambio o choque cultural, así como la profundización de políticas de integración para evitar la vulnerabilidad de los derechos fundamentales de los migrantes venezolanos

El impacto en la economía peruana podría ser positivo si se destrabaran las barreras restrictivas como el trabajo en condiciones de informalidad y extrema vulnerabilidad, las restricciones en la contratación de extranjeros, el

complicado proceso de regularización migratoria, y la falta de inclusión en el sistema financiero ayudarían a vencer las murallas de no inclusión y a la vez se mejoraría su potencial productivo en beneficio del país, de esta manera la irregularidad migratoria se integraría y se formalizaría en el mercado laboral.

Esperemos que la promoción de reconciliación y justicia reviertan la situación de la vulneración y discriminación de los derechos humanos, y que todos los estudios sigan contribuyendo a entender mejor las estrategias para aprovechar a la comunidad migrante en el fortalecimiento de la economía del país. Si no se frena a tiempo la discriminación el impacto podría ser catastrófico y un acto de crueldad irresponsable por parte de la sociedad ante la discriminación del migrante venezolano.

Ante la poca preparación de las instituciones del Estado, desde un comienzo el Perú solidariamente respondió a la llegada de este grupo social, brindándoles asistencia para cubrir las necesidades básicas del migrante, como salud, educación, vivienda, aun con el riesgo de que aumenten la discriminación, trata de personas, el abuso y explotación de personas, el crimen organizado, entre otros, situación que el Estado debe atender con más desarrollo inclusivo. No olvidemos que el Covid-19 nos ha recordado la importancia de la solidaridad entre los países ante los nuevos desafíos que se vienen presentando como la migración. En tiempos de egoísmo prevalecen los gestos de solidaridad, que harían que el mundo sea otro si todos fuéramos así.

7. REFERENCIAS

- Asamblea General de las Naciones Unidas. (1948). Declaración Universal de Derechos Humanos. https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf.
- Banco Mundial. (2018, 26 de noviembre). Comunicado de Prensa N° 005. La migración venezolana puede impulsar la productividad y el crecimiento económico del Perú. <https://www.bancomundial.org/es/news/press-release/2019/11/26/migracion-venezolana-peru>
- Banco Mundial. (2020, julio 22). Infografía: Migrantes y Refugiados Venezolanos en El Perú: El Impacto de la Crisis de la Covid-19 (#Coronavirus). <https://www.bancomundial.org/es/news/infographic/2020/07/22/infografia-migrantes-y-refugiados-venezolanos-en-el-peru-el-impacto-de-la-crisis-de-la-covid-19-coronavirus>

- Chávez, D., & Echevarría, C. (2020, agosto). Un perfil regional de los migrantes y refugiados venezolanos en América latina y el Caribe. <https://www.migrationpolicy.org/research/perfil-regional-migrantes-refugiados-venezolanos-america-latina-el-caribe>
- Comisión de Ayuda al Refugiado en Euskadi (CEAR). (2014). Movilidad humana. *Diccionario de Asilo*. <https://diccionario.cear-euskadi.org/movilidad-humana/>
- Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. (1989). Observación General Nro.18, párr. 7.
- Coordinadora Nacional de Derechos Humanos, Conferencia Episcopal de Acción Social (CEAS), Clínica Jurídica para Migrantes y Refugiados Pedro Arrupe SJ de la Universidad Antonio Ruiz de Montoya (UARM). (2020, diciembre). Informe alternativo al Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares – Perú. https://idehpucp.pucp.edu.pe/lista_publicaciones/informe-alternativo/
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). (s.f.). Mapa de casos por país. https://www.corteidh.or.cr/mapa_casos_pais.cfm
- El Peruano. (2019, 27 de julio). Título de la publicación. Editorial.
- Gómez, R., & Verduzco, A. (2000). *Derechos Humanos en el Sistema Interamericano*. Porrúa-UNAM.
- Koechlin, J., & Eguren, J. (2018). *El éxodo venezolano: entre el exilio y la emigración*. Universidad Pontificia Comillas de Madrid. https://www.comillas.edu/Documentos/OBIMID/Exodo_Venezolano_Entre_Exilio_Emigracion.pdf
- Ministerio de Justicia (MINJUS). (1993, 22 de abril). Resolución Ministerial N° 010-93-JUS, Código Procesal Civil. <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2020/03/C%C3%B3digo-Procesal-Civil-3.2020-LP.pdf>
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (MINJUSDH). (2020, 01 de diciembre). Código Procesal Penal. <https://www.gob.pe/institucion/minjus/informes-publicaciones/1481011-codigo-procesal-penal>
- Plataforma Regional de Coordinación Interagencial para Refugiados y Migrantes de Venezuela (R4V). (2021, 24 de noviembre). Refugiados y Migrantes de Venezuela. <https://www.r4v.info/es/refugiadosymigrantes>

- Presidencia de la República del Perú. (1984, 25 de julio). Decreto Legislativo N° 295, Código Civil. <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2020/03/C%C3%B3digo-civil-03.2020-LP.pdf>
- Presidencia de la República del Perú. (1991, 08 de abril). Decreto Legislativo 635, Código Penal del Perú. [https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendo-cbib/con5_uibd.nsf/001CD7E618605745052583280052F800/\\$FILE/COD-PENAL_actualizado_16-09-2018.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendo-cbib/con5_uibd.nsf/001CD7E618605745052583280052F800/$FILE/COD-PENAL_actualizado_16-09-2018.pdf)
- Presidencia de la República del Perú. (2012, 07 de diciembre). Decreto Legislativo N°1130, Decreto Legislativo que crea la Superintendencia Nacional de Migraciones (Migraciones). <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/decreto-legislativo-que-crea-la-superintendencia-nacional-de-decreto-legislativo-n-1130-875566-4/>
- Presidencia de la República del Perú. (2016, 26 de julio). Decreto Supremo 008-2016-MIMP, que aprueba el “Plan Nacional contra la Violencia de Género 2016-2021”. <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/decreto-supremo-que-aprueba-el-plan-nacional-contra-la-viol-decreto-supremo-n-008-2016-mimp-1408988-1/>
- Presidencia de la República del Perú. (2018, 17 de septiembre). Constitución Política del Perú de 1993. <https://www.gob.pe/institucion/presidencia/informes-publicaciones/196158-constitucion-politica-del-peru>
- Presidencia del Consejo de Ministros (PCM). (2007, 25 de marzo). Decreto Supremo N°027-2007-PCM, Define y establece las Políticas Nacionales de obligatorio cumplimiento para las entidades del Gobierno Nacional. <http://www.pcm.gob.pe/InformacionGral/opp/2008/DS-027-2007-PCM.pdf>
- Quiroa, M. (2019, 24 de junio). Las migraciones ya son un problema para muchos países. *Economipedia*. <https://economipedia.com/actual/las-migraciones-ya-son-un-problema-para-muchos-paises.html>
- Reátegui, A. (2019, 25 de abril). ¿Cuáles son las consecuencias de la migración venezolana? ESAN. <https://www.esan.edu.pe/sala-de-prensa/2019/04/cuales-son-las-consecuencias-de-la-migracion-venezolana/>
- Superintendencia Nacional de Migraciones. (s.f.). Carné de Extranjería (2016-2021). <https://datastudio.google.com/u/0/reporting/b47403a5-b5fb-4a7a-8ed1-e0dd3e57274f/page/7QmaB>
- Tovar, P. (2017, 11 de julio). Emigración: Causas y Consecuencias. *Lifeder*. <https://www.lifeder.com/emigracion-causas-consecuencias/>

MARGEN DE APRECIACIÓN NACIONAL, DIÁLOGO JUDICIAL Y ARGUMENTACIÓN RACIONAL: NOTAS DESDE LA EXPERIENCIA PERUANA^(*)

NATIONAL MARGIN OF APPRECIATION, JUDICIAL
DIALOGUE, AND RATIONAL ARGUMENT: NOTES FROM THE
PERUVIAN EXPERIENCE

Pedro Grández Castro ^()**

RESUMEN

Este trabajo indaga sobre la presencia de la doctrina del margen de apreciación nacional (MAN) en el razonamiento desarrollado en el ámbito del sistema interamericano de derechos humanos. Aborda el tema desde una perspectiva de articulación entre la jurisdicción de la Corte IDH y las juris-

(*) Texto desarrollado por el autor a partir de su ponencia presentada en el Congreso por los Cincuenta Años de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que se llevó a cabo en la Universidad Pompeu Fabra, los días 14 y 15 de noviembre de 2019. El autor agradece al profesor Alejandro Saiz Arnaiz de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona, por haberle permitido publicar esta versión en el Perú.

(**) Profesor ordinario de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM, <https://orcid.org/0000-0001-7174-5534>) y de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Profesor contratado de la Universidad ESAN. Director del Instituto Palestra de Lima, Perú. Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, es magíster con mención en Política Jurisdiccional por la Pontificia Universidad Católica del Perú y magíster en Argumentación Jurídica por la Universidad de Alicante. Tiene estudios concluidos de doctorado en Interpretación de los Derechos Fundamentales en la Universidad de Castilla-La Mancha.

dicciones de los Estados parte. El argumento que se defiende aquí se orienta a sostener que, en el marco de un proceso abierto de implementación de un modelo de constitucionalismo global de los derechos, un cierto MAN resulta no solo necesario, sino también indispensable para promover el diálogo judicial interamericano. Para lograr este objetivo, el trabajo se divide en tres partes: en la primera se realiza un breve recorrido por la doctrina del MAN y su justificación; en la segunda, se expone el debate desarrollado al respecto en el entorno del sistema interamericano; y en la última, se presenta un ejemplo de lo que podría resumir un modelo de interacción racional dialogada a partir del caso peruano del control convencional del indulto a Alberto Fujimori.

Palabras clave: margen de apreciación nacional, sistema interamericano de derechos humanos, diálogo judicial, argumentación convencional

ABSTRACT

The paper analyzes the presence of the national margin of appreciation doctrine (NMA) in the reasoning developed in the inter-American human rights system, from a perspective of articulation between the Inter-American Court jurisdiction and States internal jurisdictions. The argument that is defended in the paper maintains that, in the framework of an open process of implementation of a globalized model of constitutionalism, a certain level of NMA is not only necessary for the inter-American judicial dialogue, but also even indispensable. In order to achieve this objective, the work has three parts: the first presents a brief summary of the NMA doctrine and its justification; the second presents the debate developed in this regard in the inter-American system; and the last one shows an example of a rational interaction model based on the Peruvian case of conventional control of the amnesty received by President Alberto Fujimori.

Keywords: margin of national appreciation, inter-American human rights system, judicial dialogue, conventional reasoning

Nota de homenaje: Me cuesta expresar los sentimientos que me embargan al escribir estas líneas. Hubiera deseado que estas palabras los hubiera podido leer su destinatario. El profesor Juan Morales ha sido para mí un auténtico protector y un verdadero amigo y maestro, que me brindó la maravillosa oportunidad de sentirme útil para la docencia universitaria. Sin su apoyo permanente y contagioso entusiasmo en todo lo que hacía, no me imagino

escribiendo ahora en un volumen de homenaje en condición de profesor ordinario de nuestra querida Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

En el ámbito académico, tuvo una especial vocación por la actividad judicial. Tanto, que siendo un abogado exitoso y profesor universitario, aceptó desempeñarse como vocal de la Corte Superior del Callao por un corto periodo. Ha sido este interés por lo judicial lo que también se expresa en muchos de sus trabajos académicos. Consideraba que la actividad del jurista no puede comprenderse aislada en un escritorio o una biblioteca: “El Derecho es una actividad que logra su sentido cuando sale a interactuar con la gente”, decía. Está en la vida de los procesados, de los inquilinos desalojados, en los trabajadores cesados sin causal. Algo que recuerdo siempre es su firme vocación por comprender el Derecho como la *Ley del más débil*. Esta feliz expresión de Ferrajoli lo repetía siempre y la convirtió en una suerte de guía en su actuar en cada espacio que recorrió con humildad y desplegando siempre su alegría contagiable.

Al rendirle homenaje, pensé por eso, en seleccionar un trabajo sobre el papel de la justicia en el contexto del diálogo judicial. Si hay algo que caracteriza el derecho de nuestro tiempo, seguramente es el protagonismo de los jueces en la definición de lo que es el Derecho, especialmente cuando hablamos de los Derechos Humanos.

INTRODUCCIÓN

En abril del 2019, mediante una comunicación enviada al secretario ejecutivo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), cinco países miembros del Pacto de San José le expresaron «las inquietudes de los Estados en relación con el actual funcionamiento del sistema regional de protección de derechos humanos». En la comunicación se sostiene que «los Estados gozan de un razonable margen de autonomía para resolver acerca de las formas más adecuadas de asegurar derechos y garantías», por lo que consideran que dicho margen «debe ser respetado por los órganos del sistema interamericano»⁽¹⁾.

La doctrina del «margen de apreciación», elaborada por el Tribunal Eu-

(1) Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile, Comunicado del 23 de abril de 2019. Disponible en: <https://minrel.gob.cl/minrel/noticias-antteriores/comunicado-de-pren>

ropeo de Derechos Humanos (TEDH) y desarrollada en medio de una constante controversia académica, ha ingresado en el ámbito interamericano como una reivindicación política por parte de algunos Estados con cierta orientación conservadora en la región. Quizá sea esta contaminación política lo que opaca, en alguna medida, la discusión académica, puesto que, con facilidad, las posturas parecen orientarse a negar su presencia y la posibilidad de su desarrollo⁽²⁾, o, en algunos casos, a admitirla incurriendo en cierto realismo político antes que intentar justificar su necesidad en la dinámica de la argumentación racional propia de un tribunal jurisdiccional, como lo es la Corte IDH⁽³⁾.

En este sentido, el propósito de este trabajo es —luego de precisar el concepto de *margen de apreciación* en sus aspectos más relevantes— tratar de establecer un modelo de margen de apreciación nacional (MAN), necesario desde una perspectiva de la articulación entre la jurisdicción de la Corte IDH y las jurisdicciones de los Estados parte. Mi argumento en ese sentido, antes que ir en busca de alguna muestra descriptiva de la doctrina en el sistema interamericano, se orienta más bien a sostener que, en el marco de un proceso abierto de implementación de un modelo de constitucionalismo de los derechos globalizado (transconstitucionalismo), un cierto MAN resulta no solo necesario para el diálogo judicial interamericano, sino también indispensable. Si bien se trata de una tesis que por ahora no es necesariamente descriptiva sobre el modo de interacción entre la Corte IDH y las jurisdicciones de los Estados, hacia el final de mi trabajo mostraré un ejemplo que, desde mi punto de vista, resume bien un modelo de interacción racional dialogada a partir del caso peruano del control convencional del indulto a Alberto Fujimori.

sa-ministerio-de-relaciones-exteriores-ministerio-de Ver también: Ministerio de Relaciones Exteriores de la República del Paraguay, Comunicado de Prensa del 24 de abril de 2019. Disponible en: <https://www.mre.gov.py/index.php/noticias-de-embajadas-y-consulados/gobiernos-de-argentina-brasil-chile-colombia-y-paraguay-se-manifiestan-sobre-el-sistema-interamericano-de-derechos-humanos>

- (2) Claudio Nash Rojas, «La doctrina del margen de apreciación y su nula recepción en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, ACDI 11, (2018), <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/acdi/a.6539>
- (3) Este parece ser el caso de Jorge Contesse, «Contestation and deference in the Inter-american Human Rights System», *Law and Contemporary Problems* 79, n° 2 (2016): 123, <https://scholarship.law.duke.edu/lcp/vol79/iss2/6/>

1. SOBRE LA DOCTRINA DEL MARGEN DE APRECIACIÓN NACIONAL (MAN)

El MAN forma parte de los desarrollos jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su labor de control del poder de los Estados de la Unión. Su implementación y desarrollo, empero, no ha estado exento de debate y crítica. En el año 2013 fue incorporado mediante el Protocolo 15 como enmienda al Convenio Europeo de Derechos Humanos⁽⁴⁾, y entró en vigencia en agosto del 2021⁽⁵⁾, luego de ser ratificado por el número suficiente de Estados. Su presencia, aun en medio del debate, obedece al amplio consenso generado en Europa sobre el rol subsidiario que debe corresponder al TEDH en la protección de los derechos, la que corresponde siempre, en primer lugar, a cada uno de los Estados miembros del convenio. Entre las distintas formas de plantear su conceptualización, el MAN ha sido definido como un producto del principio de proporcionalidad⁽⁶⁾, un criterio de motivación⁽⁷⁾, una técnica de autocontención, una estrategia hermenéutica para la resolución supranacional de casos difíciles⁽⁸⁾, un criterio

-
- (4) El Protocolo 15, aprobado por el Consejo de Europa en abril de 2013, incorpora la cláusula del margen de apreciación en los siguientes términos: Article 1.- At the end of the preamble to the Convention, a new recital shall be added, which shall read as follows: "Affirming that the High Contracting Parties, in accordance with the principle of subsidiarity, have the primary responsibility to secure the rights and freedoms defined in this Convention and the Protocols thereto, and that in doing so they enjoy a margin of appreciation, subject to the supervisory jurisdiction of the European Court of Human Rights established by this Convention".
- (5) Puede consultarse el texto íntegro en: <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/213>
- (6) Javier García Roca, «La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración», *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 20 (2007): 117-143, <https://doi.org/10.5944/trc.20.2007.6778>
- (7) Alfonso Herrera García, «Reseña de El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración de Javier García Roca», *Revista Española de Derecho Constitucional* 30, n.º 90 (septiembre-diciembre 2010): 393-397. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7619529>
- (8) Francisco R. Barbosa Delgado, «Los límites a la doctrina del margen nacional de apreciación en el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: intervención judicial en torno a ciertos derechos de las minorías étnicas y culturales», *Revista Derecho del Estado*, n.º 26 (enero-junio 2011), <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/2881>

retórico de justificación⁽⁹⁾, una técnica de creación jurisprudencial⁽¹⁰⁾, y como un «mecanismo que hace posible la concreción del denominado principio de subsidiariedad»⁽¹¹⁾.

La falta de acuerdos en la definición del MAN puede deberse, en parte, al hecho de que la jurisprudencia emitida por el TEDH en aplicación de esta doctrina a lo largo de los años ha sido no solo polémica, sino también contradictoria. Como señala García, pese a los intentos que desde la teoría puedan hacerse para ordenar con mejor escrutinio las características de esta figura, la doctrina del MAN «produce una tremenda *discrecionalidad* de la Corte» al momento de su utilización⁽¹²⁾. Ello justamente ha llevado a que el mismo autor sostenga la posibilidad de estar frente a «un criterio de justificación en un sentido retórico, antes que [ante] un genuino método de interpretación de los derechos»⁽¹³⁾.

No obstante, si bien esta situación dificulta su estricta caracterización, no hace imposible su clara distinción en comparación con otros conceptos cuyo vínculo con el MAN resulta clave para entender los alcances y límites de esta doctrina. Uno de dichos conceptos es el *principio de proporcionalidad*, respecto del cual es posible comprender con mayor claridad por qué el MAN es caracterizado como un criterio hermenéutico, interpretativo y argumentativo.

Desde esta perspectiva, al menos en su versión sustantiva, el MAN aparece como una deferencia hacia las autoridades nacionales respecto de cuestio-

(9) Javier García Roca, *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración* (Cizur Menor, Navarra: Cuadernos Cívitas-Instituto de Derecho Parlamentario, Thomson Reuters, 2010).

(10) Pablo Sánchez-Molina, «Margen de apreciación nacional (en los sistemas de protección internacional de los derechos humanos)», *Economía. Revista en Cultura de la Legalidad* 9 (octubre 2015 - marzo 2016): 224-231, <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/2823>

(11) José Ignacio Martínez Estay, «Autorrestricción, deferencia y margen de apreciación: breve análisis de sus orígenes y de su desarrollo», *Estudios Constitucionales*, 12, n.º. 1 (2014): 382, https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S0718-52002014000100009&lng=pt&nrm=iso

(12) García Roca, «El margen de apreciación nacional...», 124, nota 6.

(13) García Roca, «El margen de apreciación nacional...», 378, nota 9; García Roca, citado por Herrera, «Reseña...», 394, nota 7.

nes controversiales en las que la mirada local podría resultar no solo más legítima, sino también encontrarse «en mejor posición para determinar la necesidad y proporcionalidad de medidas que limiten los derechos del Convenio». En su versión procesal, sin embargo, el MAN sugiere un margen para el agotamiento de los recursos efectivos internos, siempre que estos resulten adecuados o, en todo caso, que las autoridades hayan actuado escrupulosamente⁽¹⁴⁾.

Según Barbosa Delgado, «[t]anto en el sistema interamericano como en el europeo [el] principio de proporcionalidad se ha aplicado como punto de contacto entre el control judicial y el margen de apreciación nacional»⁽¹⁵⁾. Esto se debe a que, cuando una corte supranacional de derechos humanos efectúa un control sobre las actuaciones de los Estados, necesita valorarlas a través de un examen de razonabilidad basado en interpretaciones y contenidos de los derechos y principios reconocidos en los tratados. Sin embargo, en algunos casos, al momento de analizar los contextos específicos de cada Estado, los contenidos concretizados pueden enfrentar problemas relacionados con la complejidad interpretativa de los derechos humanos.

Esta complejidad interpretativa puede deberse, entre otras razones, a la dificultad de la corte para, en casos muy complejos, llegar a una comprensión cabal de la realidad social y cultural de una determinada sociedad; asimismo, puede estar relacionada (como ocurre con más evidencia en el ámbito europeo) a una falta de consenso entre las diferentes comunidades sobre una protección específica de determinados derechos fundamentales, o de algunas de sus dimensiones. En este tipo de casos, «[t]anto el TEDH como la Corte IDH, desde una perspectiva externa, se refieren al [MAN] como el espacio limitado de interpretación que tiene el Estado frente a los derechos fundamentales»⁽¹⁶⁾.

Es en este sentido que se entiende al MAN como un producto de la aplicación del principio de proporcionalidad. Y si se sigue a Robert Alexy, uno

(14) Luis María López Guerra, «El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los tribunales españoles: coincidencias y divergencias», en *Nuevas tendencias en la interpretación de los derechos fundamentales*, coord. José Vicente Gimeno Sendra y María Teresa Regueiro García (Madrid: Universitas, 2015), 21-44.

(15) Barbosa Delgado, «Los límites a la doctrina del margen nacional de apreciación», 118, nota 8.

(16) Barbosa Delgado, «Los límites a la doctrina del margen nacional de apreciación», 110.

de los que mejor ha estudiado la proporcionalidad como estrategia de argumentación por parte de los tribunales, se tendría que precisar que el MAN es el resultado derivado de los llamados empates ponderativos, que son los que «fundamentan la existencia de [los] márgenes de acción estructurales» del principio de proporcionalidad⁽¹⁷⁾. Estos casos ocurrirían cuando el tribunal se enfrenta a una imposibilidad jurídica de dar una solución, puesto que, luego de aplicar los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, se ha verificado que el tratado protege, con la misma intensidad, tanto las razones que avalan el derecho limitado por el Estado como aquellas que sustentan el principio que busca proteger el Estado con dicha limitación.

En todo caso —sin ingresar a dicho nivel de precisión conceptual—, desde esta primera perspectiva, puede decirse que:

[El MAN es considerado] un ingrediente más de [l] juicio de proporcionalidad; [es decir,] [u]n límite estructural a su aplicación que permite no entrar a revisar en ciertos casos la interferencia en el derecho si el fin de la restricción es legítimo, y la medida y la regulación son necesarias a ojos de las autoridades nacionales y todo ello no resulta irrazonable a la Corte⁽¹⁸⁾.

Así, el MAN funcionaría como una especie de «margen de acción estructural del legislador»⁽¹⁹⁾ para el caso del Estado, en respeto del «principio de deferencia al legislador democrático», lo cual, por supuesto, no significa que se está concediendo una deferencia a un espacio inmune de soberanía⁽²⁰⁾.

Al respecto, hay que precisar, no obstante, que, en el caso del MAN, la existencia de dicho margen de acción estructural necesitará un nivel de justificación mucho más estricto, en la medida en que no nos hallamos en una situación en la que la corte supranacional solo se dirige al espacio de acción del legislador democrático, sino también, y especialmente, a la corte nacional de protección de derechos fundamentales. Esto se debe a que, dada la exigencia

(17) Robert Alexy, «Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales», *Revista Española de Derecho Constitucional* 22, n.º 66 (septiembre-diciembre, 2002): 48.

(18) García Roca, «El margen de apreciación nacional...», 121, nota 6.

(19) Alexy, «Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales», 48, nota 17.

(20) García Roca, «El margen de apreciación nacional...», 114-115, nota 9, 202-204.

del principio de subsidiariedad, la corte nacional tendría que haberse pronunciado previamente sobre el caso.

De este modo, a diferencia de lo que ocurre en los casos donde una corte constitucional reenvía la decisión al legislador —con lo cual autorrestringe su competencia—, en el escenario del MAN la corte supranacional inicia un diálogo con la corte nacional en relación con la interpretación de un determinado derecho y su aplicación a un caso específico. El margen de acción supone, desde esta perspectiva, una interpretación cooperativa de los derechos protegidos por el convenio.

1.1. Margen de apreciación y subsidiariedad

Lo señalado en el apartado anterior nos lleva a otro concepto respecto del cual resulta necesario trazar límites a la hora de definir el MAN. Se trata del *principio de subsidiariedad*. Según algunos autores, este principio no solamente constituye el fundamento del MAN⁽²¹⁾, sino que, además, es un «mecanismo que hace posible la concreción del principio de subsidiariedad»⁽²²⁾. Definiciones de este tipo, sin embargo, pueden generar, antes que claridad, una mayor confusión. Una forma mucho más rigurosa de vincular ambas nociones sostiene que el «principio de subsidiariedad [se] manifiesta en [el MAN] y es una de sus consecuencias, pero [sus] contenidos son más amplios»⁽²³⁾.

La subsidiariedad puede ser mejor comprendida si se la asume como una forma de articulación entre dos órdenes de competencias: uno nacional y otro supranacional. En la dinámica entre sistema nacional e internacional, se crea una «cierta división de poderes»⁽²⁴⁾ para la protección de algo que es compartido: los derechos humanos. De este modo, el MAN aparece como concreción de este reparto de poderes o de competencias, las cuales pueden considerarse positivas si se asume el MAN como una sesión de poder a favor de las responsabilidades nacionales para el cumplimiento del convenio; pero también negativas si se asume que el MAN supone un espacio de discrecionalidad para no imputar responsabilidad a un determinado Estado, una suerte de «regla

(21) Martínez Estay, «Autorrestricción, deferencia y margen de apreciación», 379, nota 11.

(22) Martínez Estay, «Autorrestricción, deferencia y margen de apreciación», 382.

(23) García Roca, «El margen de apreciación nacional...», 121, nota 6.

(24) García Roca, «El margen de apreciación nacional...», 99.

de no decisión»⁽²⁵⁾, un «perdón» por la omisión a favor del Estado, vistos sus esfuerzos o la diversidad de fórmulas para el cumplimiento del convenio.

García Roca se refiere a este extremo como «apariencia de buen derecho», es decir, un supuesto de justificación razonable que aconseja al tribunal internacional dejar el asunto en manos de las autoridades nacionales. Se enarbola, de esta manera, un «razonable principio de deferencia», sustentado en la «mejor posición del juez nacional para apreciar ciertos litigios frente a la torre de marfil europea»⁽²⁶⁾, que se proyecta siempre como un tribunal al que hay que acudir solo en forma subsidiaria.

En la medida que la subsidiariedad garantiza «la conjunción entre los niveles nacional e internacional», la primacía de la protección de los derechos debe concederse a los mecanismos internos de los Estados⁽²⁷⁾. Por lo tanto, cuando la corte internacional decide reenviar el caso al Estado, su relación con la corte nacional de dicho Estado puede ocurrir de dos formas. En la primera —a la que puede denominarse *regular*—, la corte internacional decide utilizar el MAN teniendo en cuenta las interpretaciones realizadas previamente por la corte nacional; y en la segunda —a la que se podría llamar *excepcional*—, la corte internacional opta por utilizar el MAN reenviando la decisión del Estado porque, si bien aún no se ha solucionado el caso en la vía nacional de manera previa e igualmente satisfactoria, la corte internacional estima necesario dar algunos alcances interpretativos sobre cómo debería resolverse el caso en el ámbito interno.

1.2. Justificación del MAN

Al margen del debate en torno a lo que define realmente al MAN —esto es, si se trata de: un poder discrecional o una forma de cooperación judicial interpretativa; una fórmula de deferencia a las autoridades nacionales; o incluso (a veces como se ha sostenido en tono crítico), una manera de “pasar por alto” alguna violación a los derechos por parte de las autoridades nacionales—, conviene detenerse en los argumentos que se han usado para justificar su presencia.

(25) García Roca, «El margen de apreciación nacional...», 99.

(26) García Roca, «El margen de apreciación nacional...», 115, nota 9.

(27) García Roca, «El margen de apreciación nacional...», 122-123, nota 6.

Así, aquel al que se puede denominar *argumento estructural* sugiere que el MAN solo expresa una cierta estructura en el reparto de las competencias entre el Estado y el sistema internacional de protección. De este modo, el sistema supraestatal se presenta como «complementario», o subsidiario a las falencias u omisiones de las autoridades nacionales. La formulación del Protocolo 15, que incorpora al MAN al preámbulo del Convenio, muestra con claridad esta dimensión estructural:

[L]as altas partes contratantes, de acuerdo con el principio de subsidiariedad tienen la responsabilidad primaria de asegurar los derechos y libertades definidos en este Convenio y sus protocolos, y al hacerlo así disponen de un margen de apreciación sujeto a la supervisión del Tribunal establecido por este Convenio⁽²⁸⁾.

Considero que en esta línea de preocupaciones se encuentra también la propuesta de Marisa Iglesias, quien se refiere a un modelo normativo institucional de subsidiariedad cooperativa. Según sostiene esta autora, desde esta perspectiva «el principio de subsidiariedad está dirigida [*sic*] a una división del trabajo en la protección de derechos humanos que respete el pluralismo desde una vocación de unidad de propósito y, por lo que respecta a la relación mutua entre Estados parte y TEDH»⁽²⁹⁾. La propuesta de Iglesias tiene la virtud de proyectar un modelo normativo de residualidad con exigencias de argumentación racional. Entendido así, no se trata de definir las cuestiones de cooperación en un plano conceptual abstracto, sino que también resulta indispensable la creación de un espacio «ecológico» para la interacción bajo cargas de argumentación en cada ocasión en la que se libera el margen. El MAN supone aquí un compromiso institucional de cooperación que tiene como finalidad preservar y desarrollar un campo común de intereses comunes y responsabilidades compartidas. De este modo, «el razonamiento del TEDH en aplicación del Convenio consiste en examinar si la medida estatal impugnada consigue alcanzar un balance equitativo entre derechos individuales y

(28) López Guerra, «El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los tribunales españoles», cit. nota 14.

(29) Marisa Iglesias Vila, «Subsidiariedad y tribunales internacionales de derechos humanos: ¿deferencia hacia los Estados o división cooperativa del trabajo?», *Derecho PUCP*, n.º 79 (2017): 209, <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201702.009>

valores democráticos, atendiendo al dualismo axiológico entre democracia y derechos que imbuje el propio Convenio»⁽³⁰⁾.

Un segundo argumento, al que se puede llamar *argumento procesal*, plantea la hipótesis de que el MAN sería una cláusula de concreción de un recurso excepcional de amparo europeo conforme al cual el TEDH se habría convertido, a los efectos prácticos, en un verdadero Tribunal Constitucional de la Unión Europea. De este modo, el MAN permitiría adoptar solo aquellas decisiones que favorezcan un mínimo de protección sobre la base de un amparo objetivo más que subjetivo, orientado, ya no tanto a la protección de singulares derechos de los ciudadanos, sino más bien a la interpretación uniformadora del convenio, buscando así las zonas de consenso. De este modo, «[e]l Tribunal hace referencia al margen de apreciación, permitiendo que en ciertos derechos en los que no exista un consenso en su aplicación cada Estado tenga la posibilidad de protegerlo conforme a sus cánones internos»⁽³¹⁾.

Existe un tercer argumento, al cual se lo podría denominar *el argumento de la sensatez*. García Roca lo esboza al sostener que «por sensatez [la Corte] debería frenar cierto ingenuo universalismo en la comprensión de los derechos humanos»⁽³²⁾. En el fondo de este argumento subyace la tesis del pluralismo como base sociológica de la formación de cualquier sistema internacional (no solo del europeo) de protección de derechos humanos. Aquí el MAN expresa la necesidad de espacio de interacción entre comunidad internacional y comunidades locales con espacios culturales propios, cuya reivindicación resulta indispensable.

García Roca se ha referido al *pluralismo territorial* de los pueblos europeos que conforman una diversidad de 47 Estados y más de 800 millones de personas. En este contexto, parece, efectivamente, sensato incorporar alguna estrategia que permita a los tribunales supraestatales reconocer, precisamente, aquella diversidad:

... una jurisdicción unitaria o concentrada con un ámbito tan difuso no puede sino venir obligada a ser extremadamente prudente

(30) Iglesias Vila, «Subsidiariedad y tribunales internacionales de derechos humanos», 209.

(31) Sánchez-Molina, «Margen de apreciación nacional», 6, nota 10.

(32) García Roca, «El margen de apreciación nacional...», 121, nota 9.

en el ejercicio de sus funciones y, por cautela, contener la intensidad de algunos de sus juicios sobre las actuaciones de los Estados miembros⁽³³⁾.

La doctrina del MAN resulta, por lo demás, congruente con la construcción de un sistema multinivel de órdenes jurídicos que interactúan reservándose espacios mutuos sin que uno se imponga al otro como si se tratara de un sistema escalonado de niveles jerarquizados. De este modo, «la Constitución europea estaría compuesta por las constituciones nacionales y los Tratados europeos en un sistema constitucional bi- o multinivel»; se trata, además, de un orden anclado en la propia democracia constitucional que basa su legitimidad en un interés comunitario genuino «estableciendo un poder público para asuntos de interés común, extrayendo su legitimidad de los mismos sujetos que también están vinculados a sus políticas: los ciudadanos de la Unión»⁽³⁴⁾.

Conforme se ha sostenido —siempre en el ámbito europeo—, «[l]a asunción de un modelo de pluralismo de constituciones supone asumir que no hay una instancia superior de resolución de conflictos; [n]i siquiera permite, conceptualmente, asumir una suerte de jerarquía inversa a favor de la Constitución estatal»⁽³⁵⁾. La relatividad de la soberanía nacional no supone, bajo ningún argumento, que una nueva soberanía supranacional se haya ungido por encima de las instancias nacionales. Solo sugiere que ha surgido un orden de competencias que debe articularse de la mejor manera posible. Y es, precisamente, esta articulación de fuentes, lo que con frecuencia lleva en el plano práctico a la construcción de un razonable margen de ajustes, a veces a favor de las instancias supraestatales, a veces a favor de las instancias nacionales.

El MAN expresa ese margen de interacción razonable en la diversidad de fuentes que se interrelacionan para hacer posible un constitucionalismo multinivel en la protección de los derechos humanos, que ya no es posible

(33) García Roca, «El margen de apreciación nacional...», 123.

(34) Ingolf Pernice, «El constitucionalismo multinivel en la Unión Europea», *Revista de Derecho Constitucional Europeo (ReDCE)* 9, n.º 17 (enero-junio 2012): 647, http://www.ugr.es/~redce/REDCE17pdf/17_pernice.pdf

(35) Rafael Bustos Gisbert, *Pluralismo constitucional y diálogo jurisprudencial* (México D.F.: Porrúa, 2012), 16.

solo como parte de la estrategia de un único Estado, y que, más bien, forma parte de un modelo de Estado constitucional cooperativo⁽³⁶⁾.

2. EL DEBATE SOBRE EL MAN EN EL SISTEMA INTERAMERICANO

El debate interamericano sobre el MAN se desarrolla en medio de una discusión más amplia sobre la convencionalización de los sistemas jurídicos de la región⁽³⁷⁾. La legitimidad de la Corte IDH —tras la celebrada doctrina del control de convencionalidad— es hoy indiscutible en la región; al mismo tiempo, sin embargo, es en este mismo contexto donde también se han hecho notar ciertas reacciones locales que reclaman un mayor espacio en la toma de decisiones que se asumen como propias de la «soberanía» estatal, para decirlo en términos de reivindicación soberanista; pero es también la invocación de un razonable argumento que apela al pluralismo y tiene importantes consensos en el propio discurso constitucional y convencional.

De manera que la defensa de un margen de acción suele, a veces, confundirse con un discurso de resistencia a la jurisprudencia progresista de la Corte IDH. La sola invocación de cierto margen de acción a favor de los Estados despierta sospechas, especialmente en círculos académicos cercanos a la Corte IDH. Faundez Ledesma, por ejemplo, refiere que, dado que «no se encuentra expresamente reconocida en la Convención Americana [...] tiene que ser vista, si no con recelo, por lo menos con mucha precaución»⁽³⁸⁾. Se olvida así su origen jurisprudencial, aunque luego, matiza su inicial resistencia al sostener que:

... ese margen de apreciación no puede, en ningún caso, entenderse como una autorización para que los órganos del Estado interpreten libremente las disposiciones de la Convención, o como

(36) Peter Häberle, *El Estado constitucional* (México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003), 68.

(37) Para una síntesis de este proceso en el Sistema Interamericano puede verse el voto razonado del Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor, en calidad de juez *ad hoc* de la Corte IDH en el Caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, resuelto el 26 de noviembre de 2010.

(38) Héctor Faundez Ledesma, *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos: aspectos institucionales y procesales*, 3.ª ed. (San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004), 64.

una autorización para interpretar la Convención de modo que tenga efectos diferentes en los distintos Estados⁽³⁹⁾.

Más categórica es la consideración de Claudio Nash, quien, ratificando una afirmación del expresidente de la Corte IDH Antonio Cançado Trindade, sostiene que «[e]n el sistema convencional y en la práctica jurisprudencial interamericana, no se ha dado espacio a la doctrina del margen de apreciación en su sentido estricto»⁽⁴⁰⁾. Desde luego, una afirmación tan categórica parece deslegitimar conceptualmente la doctrina del MAN, en la medida en que, para este autor, se trataría de la «renuncia por parte del órgano internacional a realizar un control de los supuestos de valoración jurídica o fáctica propios del ejercicio de derechos humanos»⁽⁴¹⁾.

En esta línea, considera por ejemplo como un caso de «margen de apreciación» —aunque la Corte IDH no lo haya explicitado en tales términos—, algunas decisiones cuestionables de la Corte, como la emitida en el caso *Lori Berenson vs. Perú*. En el relato de Nash, «[e]n este caso, la ley antiterrorista a todas luces no cumplía con los estándares convencionales, pero la Corte termina no condenando al Estado por violación del artículo 2º, atendidas consideraciones implícitas de orden político»⁽⁴²⁾. De este modo, según prosigue, aun cuando se trataría de un caso extremo, «[s]e omite el control, sino que derechamente se permite una violación y se renuncia al control interamericano»⁽⁴³⁾. Como puede apreciarse, en la visión de Nash, el MAN no solo es una doctrina peligrosa, sino también una manera de permitir que primen criterios políticos sobre los criterios jurídicos de convencionalidad. Se puede ser escéptico y tener una opinión crítica sobre la doctrina, pero, como dice el dicho popular, las cosas no desaparecen porque no nos gusten, y los juristas deberíamos desarrollar teorías suficientemente rigurosas como para no rehuir a la realidad cuando esta se pone en contra de nuestras convicciones.

(39) Faúndez Ledesma, *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos*, 64.

(40) Nash Rojas, «La doctrina del margen de apreciación y su nula recepción», 85, nota 3.

(41) Nash Rojas, «La doctrina del margen de apreciación y su nula recepción», 89.

(42) Nash Rojas, «La doctrina del margen de apreciación y su nula recepción», 91.

(43) Nash Rojas, «La doctrina del margen de apreciación y su nula recepción», 91.

Desde otra perspectiva, las consideraciones del profesor Ferrer Mac-Gregor han sido bastante más ponderadas y reflexivas en este tema. En un trabajo que data de una fecha anterior a su designación como juez de la Corte IDH, él sugería que «[l]a Corte Interamericana, por regla general, debe respetar ciertos márgenes decisorios de los Estados miembros, definidos en última instancia por los tribunales constitucionales nacionales (margen de prudencia)»⁽⁴⁴⁾. De manera que, en materia de delimitación del contenido de los derechos, los tribunales nacionales deben tener un espacio para seguir la jurisprudencia de la Corte «en el ejercicio de sus funciones, en atención al deber que tienen de dar cuenta y justificar a la sociedad el sentido de sus sentencias»⁽⁴⁵⁾. De este modo, concluye que «parece conveniente que la Corte Interamericana reconozca a los Estados un margen de apreciación y de valoración en esos casos, por ser quienes se encuentran legitimados para tomar ese tipo de elecciones en el plano nacional»⁽⁴⁶⁾.

Jorge Contesse ha sugerido adoptar un modelo normativo de subsidiariedad que dé cuenta adecuada del papel que le corresponde a la propia Corte IDH y a cada Estado en la construcción de un campo común de actuación para la efectividad de los derechos en la región⁽⁴⁷⁾. Su argumentación centra la atención en el papel poco reflexivo de la academia en torno al reparto de competencias y al valor intrínseco que conlleva la defensa de la legitimidad democrática de las decisiones de cada Estado, especialmente en contextos en los que ya no rigen sistemas autoritarios sino democracias en pleno desarrollo. Contesse se ha mostrado crítico con la forma simplista en que muchas veces se comprende la relación entre los Estados y el Sistema Interamericano frente a las sentencias de condena:

De alguna manera se da por sentado que la Corte Interamericana dicte decisiones contra los Estados: debido a que los Estados

(44) Eduardo Ferrer Mac-Gregor y Fernando Silva García, «El control de convencionalidad de la jurisprudencia constitucional», *Parlamento y Constitución. Anuario* 12 (2009), 59, <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3286690>

(45) Ferrer Mac-Gregor y Silva García, «El control de convencionalidad», 59.

(46) Ferrer Mac-Gregor y Silva García, «El control de convencionalidad», 61.

(47) Contesse, «Contestation and deference in the Inter-american Human Rights System», nota 4.

violan los derechos humanos y existe un mecanismo regional de reparación, las personas y los grupos deben tener una forma de buscar reparación⁽⁴⁸⁾.

Bajar la cabeza y esperar la condena no puede seguir siendo la actitud, parece decirnos.

Haciendo un recuento de la presencia de la Corte IDH en la región, Contesse encuentra que hoy en día no solo puede hablarse de un ámbito de mayor democracia, sino también de una ampliación de los derechos cuya defensa ha sido llevada hasta la corte. En este escenario, «[L]as democracias recién establecidas, en cambio, quieren participar y de hecho toman parte en la gobernanza regional; [L]a Corte está ahora a su alcance»⁽⁴⁹⁾. Esta mayor participación sería, además, necesaria para complementar sus propias decisiones, por lo que se ha sugerido «adoptar la subsidiariedad normativa», a efectos de «promover, como una forma menos agresiva e intervencionista, un modelo más colaboracionista para la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos»⁽⁵⁰⁾.

De otro lado, y frente a las voces que en el Sistema Interamericano intentan reivindicar un doble orden jurídico —en el que incluso se ha pretendido sujetar a un «orden público nacional», el cumplimiento de las decisiones de la Corte Interamericana—, Abramovich ha sostenido, comentando el caso *Fontevecchia contra Argentina*, que la mejor fórmula es comprender la relación de simetría y no de jerarquía entre los tribunales nacionales y el tribunal internacional⁽⁵¹⁾. En la medida en que «[L]os casos contenciosos complejos que se dirimen en el sistema interamericano no suelen tener un final

(48) Contesse, «Contestation and deference in the Inter-american Human Rights System, 127 (traducción propia).

(49) Contesse, «Contestation and deference in the Inter-american Human Rights System, 133 (traducción propia).

(50) Contesse, «Contestation and deference in the Inter-american Human Rights System, 144 (traducción propia).

(51) Víctor Abramovich, «Comentarios sobre 'Fontevecchia', la autoridad de las sentencias de la Corte Interamericana y los principios de derecho público argentino», *Pensar en Derecho* 10 (2017): 9-25. <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/10/comentarios-sobre-fontevecchia-la-autoridad-de-las-sentencias-de-la-cor>

definitivo en ninguna instancia»⁽⁵²⁾, conviene, más bien, comprender que lo que existe en verdad es un espacio de colaboración para el cumplimiento de las decisiones de la Corte IDH, toda vez que, al final de cuentas, esto depende de «la implementación que realizan las instituciones nacionales y de la presión social que puedan movilizar las víctimas y las organizaciones que las apoyan»⁽⁵³⁾. En este sentido, se trata de un compromiso que debe compartirse si se quiere participar de la melodía de los derechos en cada uno de los Estados miembros:

La corte regional en sus sentencias le envía a los Estados una partitura, pero son las instancias nacionales y provinciales las que con sus propios instrumentos ejecutan la música. Por eso, la autoridad de la Corte Interamericana nunca es final, ni tampoco es suprema, sino que es complementada por los mecanismos nacionales⁽⁵⁴⁾.

El debate es sin duda amplio y diverso. Gargarella, por ejemplo, ha respondido los argumentos de Contesse con algo de escepticismo. No serían razones de apertura a procesos democráticos en abstracto los que debieran justificar la apelación a algún modelo de MAN; por el contrario, él cree que la cuestión relevante debería ser la valoración de si las decisiones que serán controladas por la Corte «proviene o no acuerdos democráticos profundos o —para ser más realistas— en casos específicos donde lidiamos con acuerdos democráticos amplios y profundos». De otro modo, solo estaríamos ante la validación de «acuerdos elitistas basados en una deliberación pública limitada o ausente»⁽⁵⁵⁾. Desde esta concepción, el caso *Gelman vs. Uruguay* sería un candidato ideal para la aplicación del MAN, en la medida en que Uruguay deliberó ampliamente aquella ley de amnistía.

te-interamericana-y-los-principios-de-derecho-publico-argentino.pdf

- (52) Abramovich, «Comentarios sobre 'Fontevicchia', la autoridad de las sentencias de la Corte Interamericana, 22.
- (53) Abramovich, «Comentarios sobre 'Fontevicchia', la autoridad de las sentencias de la Corte Interamericana, 22.
- (54) Abramovich, «Comentarios sobre 'Fontevicchia', la autoridad de las sentencias de la Corte Interamericana, 22.
- (55) Roberto Gargarella, «Tribunales internacionales y democracia: enfoques deferentes o de interferencia», *Revista Latinoamericana de Derecho Internacional*, n.º 4 (2016).

Los argumentos de Gargarella apuntan a un modelo de MAN que no deja de ser problemático. La discrecionalidad se traslada ahora al conocimiento del canon para establecer cuándo un debate es genuinamente deliberativo. Si una ley de amnistía ampliamente discutida en distintos niveles de una sociedad democrática solo se aprueba con un margen mínimo en la Asamblea Legislativa, mientras las evidencias de las graves violaciones a los derechos humanos que se intentan conculcar con dicha ley son objetivas e irrefutables, ¿igual se debe favorecer la decisión democrática por encima de la decisión de las «élites» que actúan con base en evidencias y no en votos?

Parece que al mismo tiempo debemos confiar tanto en los procesos de deliberación democráticos como en la posibilidad de una justificación racional a la hora de evaluar el MAN, que no debe ser discrecional, sino argumentativo. Desde una concepción normativa, hay buenas razones para mirar el MAN como una estrategia de argumentación racional que permite a la Corte IDH tener presentes criterios de razonabilidad a la hora de justificar sus decisiones. Las decisiones razonables son aquellas que toman en cuenta el contexto, la pertinencia de las razones, las consecuencias y la diversidad: «[h]ay muchas cuestiones sobre las que las personas razonables pueden discrepar razonablemente»⁽⁵⁶⁾, especialmente en cuestiones complejas, que son los casos que llegan a la Corte. Y es la constatación de este hecho, aparentemente trivial y hasta obvio, lo que se coloca en la base para asumir que también los tribunales internacionales pueden encontrar «más de una respuesta razonable»⁽⁵⁷⁾.

El MAN resulta, así, el corolario de aceptar que en todo orden jurídico los jueces deben pronunciar decisiones razonables, para lo cual cuentan siempre con un margen de apreciación de lo que resulta razonable para cada caso: «[l]o que justifica el recurso al requisito de razonabilidad —dice MacCormick— es la existencia de una pluralidad de factores que requieren ser evaluados en cuanto a su pertinencia para un foco común de interés»⁽⁵⁸⁾. Ignorar estas cuestiones «pertinentes» para un caso o introducir algo como tal cuando debiera ser ignorado llevaría a tomar decisiones irrazonables, algo

(56) Neil MacCormick, *Retórica y Estado de derecho: una teoría del razonamiento jurídico* (Lima: Palestra, 2016), 287.

(57) MacCormick, *Retórica y Estado de derecho*, 287.

(58) MacCormick, *Retórica y Estado de derecho*, 294.

que le está prohibido a cualquier tribunal y, desde luego, también a un tribunal internacional.

2.1. El MAN en el contexto de actuación del Sistema Interamericano: Estados, CIDH y Corte IDH

Vistas las cosas con un poco más de realismo, sin embargo, el MAN está presente no solo en forma explícita en las decisiones tanto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) como de la propia Corte IDH, sino que, además, ha sido motivo de reflexión académica en los últimos años, aceptando incluso la conveniencia de su presencia y desarrollo. Algunos casos primigenios muestran una tímida invocación en supuestos no contenciosos, como ocurrió en el caso de la Opinión Consultiva OC-04/84⁽⁵⁹⁾ relativa a la reforma sobre el acceso a la ciudadanía planteada por Costa Rica. Analizando la propuesta de reforma constitucional que establecía un trato diferenciado, la Corte sostuvo que «[s]e trata de valores que adquieren dimensiones concretas a la luz de la realidad en que están llamados a materializarse y que dejan un cierto *margen de apreciación* para la expresión que deben asumir en cada caso»⁽⁶⁰⁾.

Un reporte del año 2012⁽⁶¹⁾ muestra un conjunto importante de decisiones de la CIDH que, en fase de admisión, usa de modo explícito la doctrina del margen de apreciación. Su invocación aparece, en todos los casos, como argumento del Estado, ya sea apelando a un cierto «consenso interno» para rechazar las visitas íntimas de personas LGTB privadas de libertad⁽⁶²⁾, para negarse a legislar sobre las técnicas de reproducción asistida⁽⁶³⁾ o para justificar

(59) Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización, Opinión Consultiva OC-4/84, Ser. A N° 4, ene. 19, 1984.

(60) Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica Relacionada con la Naturalización, Opinión Consultiva OC-4/84, Ser. A N° 4, ene. 19, 1984, párr. 58.

(61) Manuel Núñez Poblete. *Sobre la doctrina del margen de apreciación nacional: la experiencia latinoamericana confrontada y el thelos constitucional de una técnica de adjudicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos* (México D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012).

(62) CIDH, Informe núm. 71/99, caso núm. 11.656, *Marta Lucía Álvarez Giraldo vs. Colombia*, 4 de mayo de 1999 (admisibilidad), párr. 2.

(63) CIDH, Informe núm. 25/04, caso núm. 12.631, *Ana Sánchez Villalobos y otros vs. Costa Rica*, 11 de marzo de 2004 (admisibilidad).

la prohibición de la pornografía en las revistas, apelando a la protección de los menores y la moral pública⁽⁶⁴⁾. En otro informe, la CIDH se refiere de modo explícito al «carácter restrictivo» con que debe usarse el «margen de apreciación, el cual debe ser siempre concebido tendiente al refuerzo del sistema y sus objetivos»⁽⁶⁵⁾.

Estos informes, sin embargo, no prueban que en el sistema interamericano el MAN haya triunfado, y ni siquiera que esté cumpliendo un papel relevante. Solo dan cuenta, en todo caso, de que se trata de un argumento al que hay que recurrir cuando las afectaciones invocadas no resultan suficientemente convincentes o cuando, como ya se ha dicho, pueden ser expuestos argumentos razonables sobre la variedad de formas en las que puede ser cumplida una obligación resultante de un tratado internacional.

A nivel de la Corte, no obstante, los casos, si bien más escasos, dan cuenta con absoluta claridad no solo de su presencia como algo natural en el razonamiento convencional, sino también muestran que su uso debe ser siempre excepcional y que, en ningún caso, se ha de utilizar para convalidar las violaciones en el núcleo de los derechos garantizados por la CADH. Este es el caso de *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, referido a la configuración legal del derecho a los recursos. En esa ocasión, la Corte sostuvo que «[s]i bien los Estados tienen un margen de apreciación para regular el ejercicio de ese recurso, no pueden establecer restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho de recurrir del fallo», por lo que, si bien la regulación queda librada a los Estados, el control resulta irrenunciable respecto del grado de eficacia de aquellos⁽⁶⁶⁾.

Este ha sido también el razonamiento de la Corte IDH en su Opinión Consultiva OC-4/84, del 19 de enero de 1984, referida a una propuesta para modificar la Constitución Política de Costa Rica en relación con la naturalización. La Corte, reconociendo la presencia de un «margen de apreciación reservado al Estado que otorga la nacionalización sobre los requisitos y con-

(64) CIDH, Informe núm. 50/05, caso núm. 369/04, *Jorge Luis Chaves Cambronero vs. Costa Rica*, 12 de octubre de 2005 (admisibilidad).

(65) CIDH, Informe núm. 30/93, caso núm. 10.804, *José Efraín Montt vs. Guatemala*, 12 de octubre de 1993, párr. 24.

(66) Corte IDH, caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, sentencia del 2 de julio de 2004.

clusiones que deben llenarse para obtenerla»⁽⁶⁷⁾, fue de nuevo enfática, sin embargo, al sostener que «[d]e ningún modo podría verse en ella una aprobación a la tendencia existente en algunas partes a restringir exagerada e injustificada-mente el ámbito de ejercicio de los derechos políticos de los naturalizados»⁽⁶⁸⁾. El margen de nuevo aparece para reconocer un espacio de competencias ineludible a favor del Estado, pero en ningún caso para proscribir derechos.

En el muy citado caso *Castañeda Gutman vs. México*, la Corte IDH ha reiterado nuevamente su doctrina del margen de apreciación condicionada. Según la Corte, en materia electoral los Estados tienen un margen para regular requisitos, condiciones y también para establecer restricciones en el ejercicio de los derechos políticos:

... [s]iempre que no sean desproporcionados o irrazonables, se trata de límites que legítimamente los Estados pueden establecer para regular el ejercicio y goce de los derechos políticos y que se refieren a ciertos requisitos que las personas titulares de los derechos políticos deben cumplir para poder ejercerlos⁽⁶⁹⁾.

En el marco de la actuación del TEDH, como hemos visto, con frecuencia, en la base para invocar el MAN se encuentra la falta de consenso entre los Estados o al interior del propio Estado respecto de algunas de las dimensiones, sobre todo si se trata de dimensiones nuevas de los derechos reconocidos. Este fue el argumento que invocó el Estado chileno en el caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*: «los Estados prestaron su consentimiento a una idea de derechos humanos que tenía en mente ciertos tipos de violación, y no otras que en su momento no existían»⁽⁷⁰⁾, alegó Chile, a lo que la Corte respondió:

... la presunta falta de un consenso al interior de algunos países sobre el respeto pleno por los derechos de las minorías sexuales no puede ser considerado como un argumento válido para negarles o restrin-

(67) Corte IDH, caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, sentencia del 2 de julio de 2004, párr. 62.

(68) Corte IDH, caso *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, sentencia del 2 de julio de 2004, párr. 62.

(69) Corte IDH, caso *Castañeda Gutman vs. México*, sentencia de 6 de agosto de 2008 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), párr. 155.

(70) Corte IDH, caso *Atala y Niñas vs. Chile*, sentencia del 24 de febrero de 2012, párr. 92.

girles sus derechos humanos o para perpetuar y reproducir la discriminación histórica y estructural que estas minorías han sufrido⁽⁷¹⁾.

Podrá alegarse que en este caso la Corte IDH no está trabajando con la doctrina del MAN, pero es claro que la tiene presente y se mantiene en diálogo con su estructura argumental. La Corte responde en forma bastante más categórica a como lo ha hecho el propio TEDH, tanto a la hora de fijar sus límites, como también al momento de identificar sus fundamentos. La Corte perfila un MAN que reside en las competencias de cada Estado, no solo para desarrollar el contenido de los derechos y el ámbito de las restricciones, sino también —como se establecerá en el último acápite de este trabajo— para dejar claro un margen de colaboración ineludible a la hora de implementar el cumplimiento de las decisiones de la propia Corte IDH.

Un caso interesante en el que puede hablarse de una suerte de MAN para la enmienda y reparación desde el propio Estado es lo que se presenta en el caso *Andrade Salmón vs. Bolivia*⁽⁷²⁾. Los hechos están relacionados con una serie de violaciones a la libertad personal, acceso a recursos judiciales, incluido el *habeas corpus*, de las que habría sido víctima la señora María Nina Lupe del Rosario Andrade Salmón; a ella se le habían imputado una serie de delitos contra los fondos públicos durante el ejercicio de cargos concejales y como alcaldesa de la ciudad de La Paz. El Estado aceptó los cargos y dispuso las medidas reparatorias pertinentes durante el curso del proceso ante la Corte IDH:

... [e]n atención a esta situación, la Corte reiteró su criterio según el cual aquellos casos en los que el Estado reconozca su responsabilidad internacional ante instancias interamericanas, haya hecho cesar el acto violatorio de los derechos de las víctimas (p. ej., a través de un adecuado control de convencionalidad que garantizó la protección de sus derechos), y haya realizado una reparación acorde con los estándares del Sistema Interamericano, se entiende que aquel no es internacionalmente responsable⁽⁷³⁾.

(71) Corte IDH, caso *Atala y Niñas vs. Chile*, sentencia del 24 de febrero de 2012, párr. 92.

(72) Corte IDH, caso *Andrade Salmón vs. Bolivia*, sentencia del 01 de diciembre de 2016.

(73) Eduardo Ferrer Mac-Gregor, «Control de convencionalidad y buenas prácticas sobre el diálogo judicial entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los tribunales

Aun cuando el juez Ferrer Mac-Gregor ve en este caso un supuesto de «buena práctica nacional»⁽⁷⁴⁾, en la realidad se presenta como un supuesto de MAN que impide a la Corte IDH la condena al Estado, atendiendo a la actuación de este frente a las violaciones denunciadas. Se trata, desde mi punto de vista, de un MAN positivo para afirmar la complementariedad, incluso cuando las violaciones ya han sido confirmadas por la propia Corte.

2.2. Buscando un modelo de MAN

Vista la presencia de la doctrina del MAN en el Sistema Interamericano, conviene reflexionar sobre cuál es el modelo ideal. Esto no supone necesariamente que se pueda lograr siempre en la práctica, pero sugiere un estándar hacia dónde ir, un ideal regulativo. El desarrollo de una cláusula abierta de MAN sin ninguna guía útil que limite a la propia corte o tribunal puede generar incertidumbre y un margen de capacidad de maniobra que, a la larga, deslegitima a la Corte IDH. Como se ha señalado con acierto, «Uma margem de apreciação muito aberta poderia colocar em risco uma das razões da existência do Direito Internacional dos Direitos Humanos que é corrigir algumas deficiências da democracia»⁽⁷⁵⁾. El MAN, necesario en cualquier sistema

nacionales», En *Cumplimiento e impacto de las Sentencia de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: transformando realidades*, eds. Armin von Bogdandy, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Mariela Morales Antoniazzi, Pablo Saavedra Alessandri, 613-640 (Querétaro: Universidad Nacional Autónoma de México, 2019), 629, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/13/6273/25a.pdf>

- (74) El expresidente de la Corte destaca, por lo menos, cuatro supuestos de «buenas prácticas nacionales» que, si se observa con atención, también podrían tratarse de otros tantos supuestos de prácticas de MAN. Estas serían: i) han realizado una correcta interpretación y aplicación del derecho internacional de los derechos humanos, ii) han adoptado medidas adecuadas para remediar la situación que le dio origen al caso, iii) ya han resuelto la violación alegada y han dispuesto reparaciones razonables o iv) han ejercido un adecuado control de convencionalidad. Ferrer Mac-Gregor, «Control de convencionalidad y buenas prácticas...», 626 y ss.
- (75) Jânia Maria Lopes Saldanha y Márcio Morais Brum, «A margem nacional de apreciação e sua (in)aplicação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em matéria de anistia: uma figura hermenêutica a serviço do pluralismo ordenado?», *Anuario Mexicano de Derecho Internacional* 15 (2015): 211, http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-46542015000100006&lng=es&nrm=iso&tlng=pt

internacional de protección de derechos humanos, tendrá que ser capaz de articular, por un lado, un sistema de colaboración y complementariedad entre los sistemas nacional e internacional; al mismo tiempo, sin embargo, deberá ser capaz de fijar límites suficientemente sólidos como para no desnaturalizar la idea básica de un sistema internacional de protección de derechos humanos que sea capaz de imponer sanciones ante las violaciones de estos.

Podría pensarse en algunos modelos tomando como punto de referencia la reforma del recurso de amparo en Europa hacia finales de los años noventa, tras la saturación de casos y la función de los tribunales en su relación con la jurisdicción ordinaria⁽⁷⁶⁾. Esto supondría dejar a la Corte un margen reducido a las cuestiones de interpretación integradora del Convenio; y la tutela de los derechos o las cuestiones de hecho y su disputa quedaría en manos de los Estados. También las formas de reparación son diversas y, en consecuencia, la Corte quedaría en una posición expectante o de supervisión. Después de todo, no es posible gestionar una corte que sea capaz de proteger derechos si solo puede pronunciarse luego de veinte o treinta años. Resulta fundamental, entonces, pensar en un diseño de reparto de roles. Ese es precisamente —como lo ha sugerido Contesse— el papel que puede jugar el MAN en el Sistema Interamericano.

A nivel teórico, los márgenes de acción han sido desarrollados principalmente para establecer las competencias entre lo constitucionalmente ordenado o dispuesto y lo que corresponde al legislador ordinario. Se trata, de este modo, de que las constituciones de principios no terminen por arrasar por completo las competencias del legislador democrático. El margen de acción es definido por Alexy como «el conjunto integrado de las decisiones que el legislador puede adoptar» en el marco de la Constitución, en la medida en que constituyan «las alternativas que han sido confiadas a su discrecionalidad», debido a lo cual «el margen de acción puede denominarse *espacio de discrecionalidad*»⁽⁷⁷⁾.

(76) El movimiento por reducir el acceso a los tribunales constitucionales al ámbito propio de la interpretación del derecho constitucional estimuló reformas importantes para limitar el recurso de amparo, especialmente cuando se trata del control de decisiones judiciales. Puede verse al respecto: Pablo López Pietsch, «Objetivar el recurso de amparo: las recomendaciones de la Comisión Benda y el debate español», *Revista Española de Derecho Constitucional* 18, n.º 53 (mayo-agosto 1998): 115-151, <http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=6&IDN=355&IDA=25403>

(77) Alexy, «Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales», 19 y 21, nota 17.

Desde esta perspectiva, se traza una distinción entre el margen de acción estructural (MAEs) y el margen de acción epistémico o cognitivo (MAEp). El primero es definido como «aquello que, en razón de los límites, la Constitución ordena y prohíbe definitivamente»⁽⁷⁸⁾, con lo cual surgen tres distintas posibilidades de márgenes de acción estructural: (i) el margen para la fijación de fines, (ii) el margen para la elección de medios y (iii) el margen para la ponderación⁽⁷⁹⁾. Por otro lado, el MAEp:

... no deriva de los límites de lo que la Constitución ordena y prohíbe, sino de los límites de la capacidad para reconocer lo que la Constitución, por una parte, ordena y prohíbe, y por otra, lo que no ordena ni prohíbe, es decir, lo que confía a la discrecionalidad legislativa⁽⁸⁰⁾.

Los MAEp aparecen «cuando son inciertos los conocimientos acerca de lo que está ordenado, prohibido o confiado a la discrecionalidad del legislador por los derechos fundamentales»⁽⁸¹⁾, ya sea porque hay una falta de certeza en relación con las premisas empíricas o con las premisas normativas.

Con esta referencia conceptual podemos ahora regresar al ámbito de las relaciones entre la Corte IDH y las autoridades democráticas de los Estados. El establecimiento de un tribunal internacional en el marco de un convenio no puede suponer, bajo ningún término, la cesión de todo cuanto pueda disponerse desde la CADH. Es claro que un tratado compromete también a las autoridades estatales en la realización de los fines que la Convención establece. Cuando la CADH dispone en su artículo 2 que los Estados deben garantizar todos los derechos del Pacto; y si no lo estuvieran aún, «los Estados Partes se comprometen a adoptar, *con arreglo a sus procedimientos constitucionales* y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades», los Estados asumen un claro compromiso de actuación conjunta. Es justamente

(78) Alexy, «Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales», 19 y 21, nota 17.

(79) Alexy, «Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales», 24, 25, 40, 43 y 48.

(80) Alexy, «Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales», 21.

(81) Alexy, «Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales», 21-22, 49-50.

ese margen de actuación conjunta indispensable para la cooperación que inspira cualquier convenio.

Es claro que existe un margen estructural en la medida en que cada Estado tiene competencias para fijar la mejor forma de cumplimiento y garantía de los derechos. Ahora, la CADH puede ser definida también, en términos normativos, como un conjunto de principios. La teoría de los principios es no solo la que permite describir mejor la práctica de los derechos humanos en el constitucionalismo democrático, sino la que ahora hace posible identificar la necesidad de reconocimiento de márgenes epistémicos indispensables⁽⁸²⁾. Dado que el conocimiento de lo que está ordenado en las cláusulas de la CADH es indeterminado en el presente y en el futuro, todas las instancias judiciales competentes para delimitar su ámbito gozan de un margen de interpretación y de adecuación de los medios a los fines que conlleva. El legislador nacional, y también las instancias nacionales, cuando se hayan pronunciado en un tema puntual, están en mejores condiciones epistémicas para la determinación del contenido final de los derechos.

Solamente de este modo la integración regional a través de un pacto puede mantener vivo al mismo tiempo el concepto de colaboración o complementariedad en la tarea compartida de la protección de los derechos humanos que la CADH encarga a los Estados. El MAN viene a reconocer, entonces, no solo la necesidad de márgenes estructurales —que son consustanciales al reparto de competencias bajo el principio de complementariedad o residualidad—, sino también la presencia irreducible de márgenes de acción epistémicos provenientes de la indeterminación de los derechos recogidos en fórmulas de principios, una indeterminación que, por cierto, no proviene únicamente del lenguaje abstracto y ambiguo de los derechos humanos, sino, además, de su comprensión cultural diversa, que también debe ser reconocida en los procesos de concreción judicial interpretativa⁽⁸³⁾.

(82) Robert Alexy. *Ensayos sobre la teoría de los principios y el juicio de proporcionalidad* (Lima: Palestra Editores, 2019).

(83) Pedro Grández, «La interpretación de la Constitución como búsqueda de sentido común o la interpretación cultural de la Constitución», conferencia presentada en *Diálogos constitucionales en tiempos de pandemia: la interpretación constitucional*, Lima, Asociación Peruana de Derecho Constitucional (APDC), 28 de mayo de 2020.

3. EL INDULTO A FUJIMORI: UN MODELO DIALÓGICO DE MAN

El diálogo judicial interamericano fortalece los sistemas democráticos de la Región. La subsidiariedad y la complementariedad como principios estructurales que arbitran la relación entre sistemas de justicia nacional y Corte Interamericana, requieren de un modelo de MAN que fortalezca la protección de los derechos humanos en la región. El control convencional del indulto al ex Presidente Fujimori, realizado finalmente por la Corte Suprema de Perú, muestra un interesante modelo de interacción en el que la Corte Interamericana “colabora” proponiendo argumentos de convencionalidad que luego son asumidos en sede interna permitiendo que el control se realice desde dentro pero en diálogo con el sistema interamericano.

3.1. Breve resumen del caso

Alberto Fujimori Fujimori fue elegido democráticamente como presidente de la República del Perú por primera vez en el año 1990. Sin embargo, desde el año 1992 implantó un gobierno autoritario con una «autocracia corrupta»⁽⁸⁴⁾ a partir de un autogolpe de Estado mediante el cual disolvió el Congreso de la República, intervino una serie de instituciones, ordenó el arresto de varios políticos de la oposición y convocó más tarde a elecciones para a un «Congreso Constituyente Democrático» que se encargaría de elaborar una nueva Constitución, la cual fue aprobada en 1993. En septiembre del año 2000, a poco de iniciar su tercer mandato —al cual llegó a través de una serie de manipulaciones del texto constitucional— se hicieron públicos unos videos en los que se veía a su asesor principal, Vladimiro Montesinos, participando de una serie de actos de corrupción. Debido a ello, Fujimori renunció a la Presidencia de la República vía fax desde Japón.

(84) *Conclusiones generales de la Comisión de la Verdad y la Reconciliación. Conclusión 104.* “Por lo expuesto, la CVR sostiene que en los últimos años del gobierno de Fujimori el conflicto armado interno fue manipulado con la finalidad de hacer que el régimen permaneciera en el poder. Ello sumió al país en una nueva crisis económica y en abismos de corrupción, descomposición moral, debilitamiento del tejido social e institucional, y una profunda desconfianza en la esfera pública. Todos estos rasgos constituyen, por lo menos en parte, secuelas de la forma autoritaria en que se resolvió el conflicto y configuran uno de los momentos de mayor oprobio de la historia de la República.” Puede consultarse en: <https://www.cverdad.org.pe/ifinal/conclusiones.php>

No fue hasta el año 2007 que la justicia peruana pudo lograr el retorno de Fujimori al país, luego de que Chile aprobara un pedido de extradición (Fujimori había sido detenido en ese país en el 2005). Una vez en el Perú, Fujimori enfrentó una serie de cargos por los que fue juzgado y condenado, recibiendo en total cinco condenas⁽⁸⁵⁾. De ellas, la que se considera más relevante es la emitida en abril del 2009 por la Sala Penal Especial en el caso conocido como *Barrios Altos y La Cantuta*. La investigación realizada en la jurisdicción nacional y su posterior resultado se dieron en cumplimiento de lo ordenado por la Corte IDH en las sentencias de fondo del caso *Barrios Altos vs. Perú* (del 14 de marzo de 2001) y del caso *La Cantuta vs. Perú* (del 29 de noviembre de 2006). En el primero, la Corte IDH calificó los hechos ocurridos como graves violaciones a derechos humanos; y en el segundo, como crímenes de lesa humanidad.

Ambos casos fueron llevados ante la Corte IDH debido a las Leyes de Amnistía 26479 y 26492, aprobadas por el Congreso de la República para exonerar de responsabilidad a «militares, policías, y también a civiles, que hubieran cometido, entre 1980 y 1995, violaciones a los derechos humanos o participado en esas violaciones»⁽⁸⁶⁾, lo que impidió que se investiguen los hechos y se sancione a los responsables. En los dos casos, el Estado peruano reconoció su responsabilidad internacional ante la Corte IDH. Esta resolvió declarando que las leyes de amnistía eran incompatibles con la CADH y que el Estado peruano debía investigar y sancionar a los responsables, y cumplir el

(85) (i) Seis años de prisión por el delito de usurpación de funciones, por haber ordenado a un militar hacerse pasar por un fiscal y desaparecer los llamados «vladivideos» (condena de diciembre del 2007); (ii) veinticinco años de prisión por los delitos de asesinato y secuestro, por haber participado como autor mediato en la matanza de nueve estudiantes y un profesor de la Universidad Nacional de Educación Enrique Guzmán y Valle (La Cantuta), y quince personas en Barrios Altos, así como en el secuestro de un periodista y un empresario (condena de abril del 2009); (iii) siete años y seis meses de prisión por el delito de peculado, por haber entregado quince millones de dólares del dinero público a su exasesor Montesinos (condena del 2009); (iv) seis años de prisión por varios delitos de corrupción: espionaje telefónico, pago a medios de comunicación y compra de congresistas tráfugas (condena del 2015); (v) ocho años de prisión por el delito de peculado doloso, por haber usado recursos públicos para financiar varios «diarios chicha» durante su campaña electoral de 1995 (condena de enero del 2015).

(86) Corte IDH, caso *Barrios Altos vs. Perú*. Ficha técnica.

acuerdo de reparaciones suscrito con las víctimas y sus familiares. Se precisó también que las víctimas y sus familiares tenían el derecho de «conocer la verdad acerca de los hechos ocurridos»⁽⁸⁷⁾, y que «la obligación de investigar, y en su caso enjuiciar y sancionar, adquiere particular intensidad e importancia ante la gravedad de los delitos cometidos [crímenes de lesa humanidad] y la naturaleza de los derechos lesionados»⁽⁸⁸⁾.

En cumplimiento de lo ordenado por la Corte IDH para ambos casos, mediante sentencia del 7 de abril de 2009, Fujimori fue condenado como autor mediato por la comisión de los delitos de homicidio calificado-asesinato, bajo la circunstancia agravante de alevosía en agravio de veinticinco ciudadanos, y lesiones graves en agravio de cuatro ciudadanos (víctimas de los hechos ocurridos en Barrios Altos y La Cantuta). La Sala Penal Especial calificó los delitos mencionados como «crímenes contra la Humanidad según el Derecho Internacional Penal»⁽⁸⁹⁾. La condena se estableció en veinticinco años de pena privativa de libertad, la cual debía cumplirse, según la Sala, hasta el 10 de febrero de 2032.

3.2. El procedimiento del indulto

Con estos antecedentes, pese a la advertencia de las organizaciones de derechos humanos y tras la renuncia de la ministra de Justicia, que se opuso a firmar el indulto, el 24 de diciembre de 2017 el entonces presidente de la República, Pedro Pablo Kuczynski, mediante Resolución Suprema 281-2017-JUS, le otorgó a Alberto Fujimori un indulto y el derecho de gracia por razones humanitarias, respecto de las condenas y procesos penales que a dicha fecha se encontraban vigentes⁽⁹⁰⁾. Esta decisión fue emitida en medio de una serie de denuncias que, desde semanas atrás, habían empezado a hacerse pú-

(87) Corte IDH, caso *Barrios Altos vs. Perú*. Corte IDH. Sentencia de Fondo. Fundamento 47.

(88) Corte IDH, caso *La Cantuta vs. Perú*. Corte IDH. Sentencia de Fondo. Fundamento 157.

(89) Sentencia se encuentra disponible en: <https://www.justiciaviva.org.pe/especiales/barrios-altos/42.pdf>

(90) Luis Castillo Córdova y Pedro Grández Castro (coord.), *El indulto y la gracia presidencial ante el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos: un debate en torno al indulto concedido al expresidente Alberto Fujimori* (Cuadernos sobre Jurisprudencia Constitucional, 13) (Lima: Palestra Editores, 2018).

blicas en relación con la poca transparencia y legalidad del procedimiento administrativo necesario para otorgar un indulto de tal envergadura⁽⁹¹⁾.

Por otro lado, lo que cuestionaba aun más la legitimidad del indulto era que, semanas antes, el Congreso de la República había iniciado formalmente contra Kuczynski un trámite de vacancia presidencial por sus supuestos vínculos con la corrupción en relación con el caso Odebrecht. Tan solo cuatro días antes del indulto, el 21 de diciembre de 2017, se había votado en el Congreso la vacancia, la cual no alcanzó los votos requeridos. El hecho de que Kenyi Fujimori, hijo de Alberto Fujimori y entonces congresista de la República, así como un conjunto de congresistas allegados a él habían votado en contra de la vacancia hizo surgir dudas que apuntaban hacia una posible transacción entre Kenyi Fujimori y Kuczynski (rechazar la vacancia a cambio del indulto). Tales especulaciones se hicieron más verosímiles luego de que el 20 de marzo de 2018 se publicaron unos videos en los que se veía a congresistas allegados a Kenyi Fujimori tratando de «comprar» votos para el rechazo de la vacancia⁽⁹²⁾. Pedro Pablo Kuczynski renunció al día siguiente a la Presidencia de la República.

3.3. El indulto llega a la Corte IDH

Antes estos sucesos políticos, el 26 de diciembre de 2017 un conjunto de organizaciones nacionales de derechos humanos y representantes de las vícti-

(91) Entre algunos de los hechos cuestionados estaba lo siguiente: la Junta Médica Penitenciaria requerida para evaluar el estado de salud del interno estuvo conformada por un médico que ya había tratado a Fujimori con anterioridad, lo cual afectaba directamente la objetividad del informe médico; ni la Resolución Suprema 281-2017-JUS ni las actas médicas contenían una motivación suficiente sobre las razones humanitarias (enfermedad no terminal grave) que justificarían la necesidad del indulto, así como tampoco hacían referencia a las condiciones carcelarias que supuestamente generaban un grave riesgo a la vida, salud e integridad del indultado; asimismo, los documentos referidos no incluían una debida motivación sobre la razonabilidad de la decisión en relación con la gravedad de los crímenes por los que el indultado estaba cumpliendo condena; y, además, se encontraron diferencias sustanciales en el acta de la Junta Médica Penitenciaria y el «acta ampliatoria», ambas formuladas frente a una comisión de gracias presidenciales que decidió recomendar el indulto en un plazo expeditivo.

(92) Ver: <https://elcomercio.pe/politica/audios-videos-mamani-grabaciones-discordia-claves-noticia-510852-noticia/>

mas y sus familiares, enviaron un comunicado a la Corte IDH informándole sobre el posible incumplimiento por parte del Estado peruano de lo ordenado en los casos *Barrios Altos y La Cantuta vs. Perú*, en relación con el deber de investigar y sancionar a los responsables de las graves violaciones de derechos humanos. Luego de solicitar información al Estado y realizar una audiencia pública, el 30 de mayo de 2018 la Corte IDH emitió una resolución de supervisión de cumplimiento en la que analizó el indulto otorgado a Fujimori.

En esta resolución, sin embargo, pese a lo que habían solicitado los representantes de las víctimas, la Corte IDH decidió no pronunciarse sobre si el indulto implicaba o no un incumplimiento por parte del Estado de su deber de investigar y sancionar; según su análisis, el control del indulto por razones humanitarias concedido a Fujimori podía ser efectuado por los órganos jurisdiccionales peruanos competentes. Si bien la defensa del Estado peruano sostuvo que los representantes de las víctimas no podían acudir a la jurisdicción de la Corte IDH por no haber agotado las vías internas, la Corte precisó que:

El requisito del previo agotamiento de los recursos de la jurisdicción interna no está contemplado en la CADH para la supervisión del cumplimiento de la Sentencia. Por tanto, en uso de sus facultades de supervisión, [la Corte] puede supervisar las actuaciones de cualquier órgano o poder del Estado que guarde relación con el cumplimiento de las reparaciones ordenadas en las Sentencias⁽⁹³⁾.

Al devolver el caso hacia las instancias nacionales, la Corte analizó la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano relevante, citando las sentencias recaídas en los expedientes 4053-2007- PHC/TC, 03660-2010-PHC/TC y 0012-2010-PI/TC. En las dos primeras, el Tribunal Constitucional realizó un control sobre el otorgamiento de un derecho de gracia y un indulto por razones humanitarias, y declaró que «la decisión de indultar (...) es (...) irrevocable administrativamente [pero] ello no obsta que pueda ser objeto excepcionalmente de anulación en sede jurisdiccional», y que «un indulto concedido bajo un error tan grave sobre el estado de salud torna en puramente aparente la

(93) Corte IDH, caso *Barrios Altos y caso La Cantuta vs. Perú*. Resolución del 30 de mayo de 2018. Supervisión de cumplimiento de sentencia obligación de investigar, juzgar y, de ser el caso, sancionar, considerando 33.

motivación en la que se sustenta el mismo»⁽⁹⁴⁾. Asimismo, en la tercera sentencia (que se puede considerar como la decisión más relevante que la Corte IDH tomó en cuenta para «devolver» el control a la jurisdicción interna), el Tribunal Constitucional peruano trazó el siguiente estándar de razonabilidad:

... mientras de mayor peso axiológico sea el derecho fundamental violado por la conducta “perdonada”, y mientras mayor desprecio por el principio-derecho de dignidad humana (artículo 1º de la Constitución) haya revelado la conducta típica, mayor será la carga argumentativa de la resolución administrativa que concede el indulto o la conmutación, y además, en función de las circunstancias del caso, mayor peso deberá revestir el derecho fundamental cuya protección se pretende alcanzar con la concesión del perdón⁽⁹⁵⁾.

Así, junto con la verificación de las vías idóneas y los recursos normativos que harían posible que el control por los órganos jurisdiccionales internos se viabilice formal y materialmente, la Corte IDH desarrolló también un conjunto de parámetros internacionales que dichos órganos debían tener en cuenta al momento de realizar el control de constitucionalidad y convencionalidad al indulto otorgado a Alberto Fujimori. Entre dichos parámetros se pueden mencionar los siguientes⁽⁹⁶⁾:

[E]xiste una tendencia creciente en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Penal Internacional respecto a limitar que las condenas impuestas por tribunales penales por graves violaciones a los derechos humanos sean perdonadas o extinguidas por decisiones discrecionales de los Poderes Ejecutivo o Legislativo.

(94) Sentencia del Tribunal Constitucional de 25 de enero de 2011, emitida en el expediente No. 03660-2010-PHC/TC respecto de José Enrique Crousillat López Torres, párr. 10 y 20. Citado por la Corte IDH en la Resolución del 30 de mayo de 2018, considerando 60.

(95) Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de noviembre de 2011, emitida en el expediente No. 0012-2010-PI/TC, párr. 45.

(96) Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Barrios Altos y Caso La Cantuta vs. Perú*. Resolución del 30 de mayo de 2018, considerandos 45, 52, 53, 55, 57. https://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/barriosaltos_lacantuta_30_05_18.pdf

(...)

[Debe] analizarse si la aplicación de una figura jurídica de “indulto por razones humanitarias” constituye un obstáculo para el cumplimiento de la obligación de investigar, juzgar y, de ser el caso, sancionar tales violaciones, es preciso valorar si se produce una afectación innecesaria y desproporcionada al derecho de acceso a la justicia de las víctimas de tales violaciones y sus familiares, en cuanto a la proporcionalidad de la pena impuesta en el proceso judicial y su ejecución....

(...)

... corresponde al Estado valorar proporcionalmente cuál es la medida de carácter administrativo o figura jurídica que permita proteger la vida y la integridad del condenado, siempre que la misma se otorgue debidamente y siguiendo un fin legítimo que no signifique únicamente dejar de asegurar la ejecución de la pena.

(...)

En casos de graves violaciones de derechos humanos dicha medida o figura jurídica debe ser la que menos restrinja el derecho de acceso a la justicia de las víctimas (...) y debe ser aplicada en casos muy extremos y por una necesidad imperante.

(...)

Por tratarse de graves violaciones a los derechos humanos y tomando en cuenta el desarrollo del Derecho Penal Internacional (...), resulta necesario que, además de la situación de salud del condenado, se tomen en cuenta otros factores o criterios tales como: que se haya cumplido una parte considerable de la pena privativa de libertad y se haya pagado la reparación civil impuesta en la condena; la conducta del condenado respecto al esclarecimiento de la verdad; el reconocimiento de la gravedad de los delitos perpetrados y su rehabilitación; y los efectos que su liberación anticipada tendría a nivel social y sobre las víctimas y sus familiares.

(...)

... cuando el Presidente de la República adopta una medida discrecional que implica un perdón de la pena está afectando directamente el principio de proporcionalidad (...) que fue garantizado a través de la labor asignada a los jueces y tribunales del Poder Judicial de emitir una sentencia que individualizó, de manera motivada, la fijación de la pena, de acuerdo con la gravedad de los hechos delictivos y otros factores y circunstancias constatadas a través del proceso penal.

4. IDEAS FINALES: MAN Y DIÁLOGO JUDICIAL COOPERATIVO

Tras cerciorarse de que existen mecanismos internos para resolver el problema suscitado con el indulto, la Corte IDH deja en manos de las autoridades nacionales la respuesta al caso. El considerando 64 resume su decisión:

64. Ante la situación comprobada de que la jurisdicción constitucional podría realizar un control del “indulto por razones humanitarias” otorgado a Alberto Fujimori, en ejercicio de sus facultades de supervisión, esta Corte considera conveniente que los órganos jurisdiccionales peruanos competentes puedan pronunciarse al respecto, para efectuar un análisis que tome en cuenta los estándares expuestos en la presente Resolución y los serios cuestionamientos relativos al cumplimiento de los requisitos jurídicos estipulados en el derecho peruano. *De ser necesario, este Tribunal podrá realizar un pronunciamiento posterior sobre si lo actuado a nivel interno es acorde o no a lo ordenado en la Sentencia o constituye un obstáculo para el cumplimiento de la obligación de investigar, juzgar y, de ser el caso, sancionar en los dos referidos casos por no adecuarse a los estándares indicados e impedir indebidamente la ejecución de la sanción fijada por sentencia penal* (cursivas añadidas).

¿Es este un caso donde está presente la doctrina del MAN? Un concepto muy estricto del MAN dejaría seguramente fuera un caso como el presentado. Después de todo, los casos para los que se invoca la doctrina del MAN suelen ser aquellos donde la Corte decide. En este caso, la Corte parece haber decidido «no decidir». Pero el MAN, si lo vemos como una estrategia de in-

teracción entre autoridades nacionales y sistema internacional, en su núcleo incluye una cláusula de reserva de decisión a favor de las autoridades estatales. Lo que ocurre es que, por lo general, tales decisiones ya han sido tomadas cuando la corte o el tribunal internacional se pronuncian invocando la doctrina del MAN. Podemos ahora distinguir entre un *MAN convalidante* y un *MAN promotor*.

Estamos ante un caso de *MAN convalidante* cuando el tribunal internacional convalida la actuación del Estado sobre la base de una razonable actuación de las instancias nacionales, o bien invocando un argumento de contexto a favor del pluralismo, o también la falta de consensos respecto de las cuestiones que constituyen materia del pronunciamiento. En cambio, los casos de *MAN promotor* o positivo —como también lo he denominado— son menos frecuentes y se presentan cuando la corte o tribunal internacional, en el marco del principio de subsidiariedad, abre un MAN a favor de las autoridades nacionales, las cuales tienen aún la posibilidad de cumplir los compromisos internacionales si es que el caso fuera devuelto.

El caso del indulto a Fujimori ante la Corte IDH muestra un ejemplo de *MAN promotor* o cooperativo. Se trata de un modelo de margen de apreciación nacional argumentativo que abre un diálogo cooperativo con las instancias judiciales nacionales. La Corte no solo se interesa por las vías internas, sino que hace un registro de ellas y deja claro a las instancias nacionales sobre su viabilidad. Apela al control convencional y resalta el que las instancias nacionales deben actuar conforme a los parámetros establecidos por la propia Corte IDH. Para asegurarse aun más de que es posible realizar un juicio de fondo del procedimiento del indulto, la Corte advierte que «existen serios cuestionamientos relativos al cumplimiento de los requisitos jurídicos estipulados en el derecho peruano para otorgar dicho indulto por razones humanitarias»⁽⁹⁷⁾.

Es verdad que el «margen» así delineado por la propia Corte es mínimo; a favor de este modelo débil, sin embargo, queda el hecho de que se trata de un margen justificado en cada uno de sus ámbitos: competencial, procesal y sustantivo o de fondo. La Corte tiene competencias en el marco

(97) Corte IDH, caso *Barrios Altos* y caso *La Cantuta vs. Perú*. Resolución del 30 de mayo de 2018, considerando 69.

del cumplimiento de sus sentencias; existen mecanismos procesales para que las instancias internas actúen; y, finalmente, se cuenta con evidencia sobre la interferencia irrazonable producida con la concesión del indulto.

Con estas consideraciones por parte de la Corte, una vez devuelto el caso a las autoridades peruanas, se activó un incidente en el cuadernillo de ejecución de la sentencia de condena de Alberto Fujimori a cargo del juez de Instrucción Preparatoria de la Corte Suprema de la República. En una decisión del 3 de octubre de 2018, ejerciendo el control de convencionalidad y siguiendo rigurosamente los parámetros establecidos por la Corte IDH, la Corte Suprema de la República del Perú declaró que el indulto a Fujimori violaba los compromisos del Perú con el Sistema Interamericano y dispuso la captura de Fujimori y su reingreso al recinto penitenciario. La decisión fue luego confirmada mediante decisión de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema del 13 de febrero de 2019⁽⁹⁸⁾.

Aun cuando la Corte IDH no usó en ningún extremo de su pronunciamiento la expresión *margen de apreciación* —término que ha cuidado con recelo en los últimos tiempos—, el caso muestra un modelo de MAN que invita al diálogo judicial cooperativo. Permite un espacio de colaboración con las instancias judiciales nacionales en la construcción de un sistema efectivo de protección de los derechos humanos y, de este modo, hace posible que los ciudadanos de los Estados miembros puedan comprender mejor su papel en la justicia, ya no como un sistema escalonado de jerarquías, sino como un sistema de interacciones en el que los jueces nacionales tienen una función fundamental que cumplir.

REFERENCIAS

Abramovich, Víctor. «Comentarios sobre 'Fontevicchia', la autoridad de las sentencias de la Corte Interamericana y los principios de derecho público argentino». *Pensar en Derecho* 10 (2017): 9-25. [http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/10/comentarios-so-](http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/10/comentarios-so)

(98) La decisión confirmatoria puede consultarse en la siguiente dirección:
<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/2a269e00491712be9666d60375cdf40c/31.+Exp.+N.%C2%B0+06-2001-4+%2813-02-2019%29.pdf?MOD=AJPERES&CA-CHEID=2a269e00491712be9666d60375cdf40c>

bre-fontevecchia-la-autoridad-de-las-sentencias-de-la-corte-interamericana-y-los-principios-de-derecho-publico-argentino.pdf

Alexy, Robert. «Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales». *Revista Española de Derecho Constitucional* 22, n.º 66 (2002, septiembre-diciembre,) 13-64. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=289390>

Alexy, Robert. *Ensayos sobre la teoría de los principios y el juicio de proporcionalidad*, Lima: Palestra Editores, 2019.

Barbosa Delgado, Francisco R. «Los límites a la doctrina del margen nacional de apreciación en el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: intervención judicial en torno a ciertos derechos de las minorías étnicas y culturales». *Revista Derecho del Estado*, n.º 26 (2011, enero-junio): 107-135. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/2881>

Bustos Gisbert, Rafael. *Pluralismo constitucional y diálogo jurisprudencial*. México D.F.: Porrúa, 2012.

Castillo Córdova, Luis y Pedro Grández Castro (coord.). *El indulto y la gracia presidencial ante el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos: un debate en torno al indulto concedido al expresidente Alberto Fujimori* (Cuadernos sobre Jurisprudencia Constitucional, 13). Lima: Palestra Editores, 2018.

Contesse, Jorge. «Contestation and deference in the Inter-american Human Rights System». *Law and Contemporary Problems* 79, n.º 2 (2016): 123-145. <https://scholarship.law.duke.edu/lcp/vol79/iss2/6/>

Faúndez Ledesma, Héctor. *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos: aspectos institucionales y procesales*. 3.ª ed. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2004.

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. «Control de convencionalidad y buenas prácticas sobre el diálogo judicial entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los tribunales nacionales». En *Cumplimiento e impacto de las Sentencia de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: transformando realidades*, editado por Armin von Bogdandy, Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Mariela Morales Antoniazzi, Pablo

- Saavedra Alessandri, 613-640. Querétaro: Universidad Nacional Autónoma de México, 2019. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/13/6273/25a.pdf>
- Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Fernando Silva García. «El control de convencionalidad de la jurisprudencia constitucional». *Parlamento y Constitución. Anuario* 12, (2009): 45-72. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3286690>
- García Roca, Javier. «La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración». *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 20 (2007): 117-143. <https://doi.org/10.5944/trc.20.2007.6778>
- García Roca, Javier. *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*. Navarra, Cizur Menor: Cuadernos Cívitas, Instituto de Derecho Parlamentario, Thomson Reuters, 2010.
- Gargarella, Roberto. «Tribunales internacionales y democracia: enfoques deferentes o de interferencia». *Revista Latinoamericana de Derecho Internacional*, n.º 4 (2016).
- Grández, Pedro. «La interpretación de la Constitución como búsqueda de sentido común o la interpretación cultural de la Constitución». Conferencia presentada en *Diálogos constitucionales en tiempos de pandemia: la interpretación constitucional*. Lima, Asociación Peruana de Derecho Constitucional (APDC), 28 de mayo de 2020.
- Häberle, Peter. *El Estado constitucional*. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003. <http://ru.juridicas.unam.mx:80/xmlui/handle/123456789/8990>
- Herrera García, Alfonso. «Reseña de: El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración de Javier García Roca». *Revista Española de Derecho Constitucional* 30, n.º. 90 (2010, septiembre-diciembre): 393-397. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7619529>
- Iglesias Vila, Marisa. «Subsidiariedad y tribunales internacionales de derechos humanos: ¿deferencia hacia los Estados o división cooperativa del traba-

- jo?». *Derecho PUCP*, n.º 79 (2017): 191-222. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201702.009>
- López Guerra, Luis María. «El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los tribunales españoles: coincidencias y divergencias». En *Nuevas tendencias en la interpretación de los derechos fundamentales*, coordinado por José Vicente Gimeno Sendra y María Teresa Regueiro García, 21-44. Madrid: Universitas, 2015.
- López Pietsch, Pablo. «Objetivar el recurso de amparo: las recomendaciones de la Comisión Benda y el debate español». *Revista Española de Derecho Constitucional* 18, n.º 53, 1998, mayo-agosto): 115-151. <http://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revistaselectronicas?IDR=6&ID-N=355&IDA=25403>
- MacCormick, Neil. *Retórica y Estado de derecho: una teoría del razonamiento jurídico*. Lima: Palestra, 2016.
- Martínez Estay, José Ignacio. «Autorrestricción, deferencia y margen de apreciación: breve análisis de sus orígenes y de su desarrollo». *Estudios Constitucionales* 12, n.º 1 (2014): 365-396. https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S0718-52002014000100009&lng=pt&nrm=iso
- Nash Rojas, Claudio. «La doctrina del margen de apreciación y su nula recepción en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos». *Anuario Colombiano de Derecho Internacional, ACIDI* 11, (2018): 71-100. <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/ac-di/a.6539>
- Neves, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. Sao Paulo: Martins Fontes, 2009.
- Núñez Poblete, Manuel. *Sobre la doctrina del margen de apreciación nacional: la experiencia latinoamericana confrontada y el thelos constitucional de una técnica de adjudicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. México D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012.
- Pernice, Ingolf. «El constitucionalismo multinivel en la Unión Europea». *Revista de Derecho Constitucional Europeo* 9, n.º 17 (2012, enero-junio): 639-671. http://www.ugr.es/~redce/REDCE17pdf/17_ernice.pdf
- Saldanha, Jânia Maria Lopes y Márcio Morais Brum. «A margem nacional de apreciação e sua (in)aplicação pela Corte Interamericana de Direitos

Humanos em matéria de anistia: uma figura hermenêutica a serviço do pluralismo ordenado?». *Anuario Mexicano de Derecho Internacional* 15 (2015): 195-238. http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-46542015000100006&lng=es&nrm=iso&tlng=pt

Sánchez-Molina, Pablo. «Margen de apreciación nacional (en los sistemas de protección internacional de los derechos humanos)». *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad* 9 (octubre 2015 - marzo 2016): 224-231. <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/2823>

Este libro se terminó
en el mes de setiembre de 2023

