





*Ilustre Colegio de Abogados de Lima Sur*



## REVISTA DEL FORO

Año MMXXIII

Voluimen 11

Mayo 2023  
Lima sur. Lima - Perú

# REVISTA DEL FORO

## Volumen 11

ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE LIMA SUR

© MOTIVENSA SRL

---

**Editor:**

**MOTIVENSA SRL**

Paseo de la República 291 Oficina 1506 - Lima Perú

**Teléfono** : 999022815

**E-mail** : ventas@motivensa.com

**Web** : www.motivensa.com

---

**Diseño Gráfico y Diagramación:**

Mario Domínguez Olaya

---

**Impresor:**

Karter Graf SRL

Jr. Huaraz 1856 Breña - Lima

Telf. 426-1727

---

**1ra. Edición Mayo 2023**

**N° de Ejemplares** : 1,000 ejemplares

**Hecho el Depósito Legal en la  
Biblioteca Nacional del Perú** : 2013-04153

---

- *Prohibida la reproducción total ó parcial de este libro por cualquier medio, sin el permiso expreso de la Editorial.*
  - *La editorial no se solidariza necesariamente con las opiniones y/o traducciones que se publican en la presente obra.*
- 

Impreso en Perú  
Derechos reservados, Decreto Legislativo N° 822

© **Derechos Reservados conforme a Ley**



## *Ilustre Colegio de Abogados de Lima Sur*

### **JUNTA DIRECTIVA 2022 - 2023**

MARÍA ANTONIETA SÁNCHEZ GARCÍA

**Decana**

FRANKLIN DÓNOVAN REYNA IBÁÑEZ

**Vice Decano**

LUIS CORRALES DOLMOS

**Secretario General**

MÁRJORIE CRISTINA FERNÁNDEZ MENDÍVIL

**Directora de Economía**

YDA ROSA CABRERA CUETO

**Directora de Bienestar Social**

JESÚS MUÑOZ ROLDÁN

**Director de Comisiones y Consultas**

JOSÉ LUIS RODRÍGUEZ MONTOYA

**Director de Informática**

RICARDO HOBISPO GRANADOS

**Director de Derechos Humanos**

VILMA SILVIA QUISPE MAMANI

**Directora de Extensión Social y Participación**

JAQUELINE GUTARRA CASTAÑEDA

**Directora de Defensa Gremial**

ANA CECILIA ALEGRÍA TRUJILLO

**Directora Académica y Promoción Cultural**

DANIEL SALOMÓN ZAMBRANO VÍLCHEZ

**Director de Ética Profesional**

VIRGINIA MUÑOZ GODOY

**Directora de Biblioteca**

### **JUNTA DE VIGILANCIA 2022 - 2023**

JULIO ALVA PARI

**Presidente**

JENNY CÁRDENAS

**Secretaria**



## PRESENTACIÓN

Expresamos nuestra renovada satisfacción por hacer realidad la publicación y puesta a disposición de todos nuestros agremiados y comunidad jurídica en general el volumen número 11 de nuestra Revista del Foro, revista que desde el año 2013 con la edición del volumen I, viene destacando la labor académica e institucional de nuestro querido Ilustre Colegio de Abogados de Lima Sur.

En esta ocasión, nuestra revista publica 13 artículos de incuestionable valor jurídico a cargo de los siguientes autores: Pablo Legua Herrera, Vicente Espinoza Santillán, Paúl Peña Manco, José Carlos Laguna de Paz, Antonio José Reyes Díaz, Jonathan Veliz Soto, Luis Miguel Cuya Salcedo, Erick Vildoso Cabrera, Yda Cabrera Cueto, Jonattan León Segura, Jesús Muñoz Roldán y María Antonieta Sanchez García.

Asimismo, el presente volumen 11 continúa con su propósito de publicar el más variado contenido en las diversas especialidades del Derecho con la finalidad de seguir manteniendo utilidad real y directa en el ejercicio de la profesión de magistrados, fiscales, abogados y estudiantes de Derecho que sin duda constituye un significativo y constante esfuerzo destinado a mejorar la administración de justicia en nuestro país.

Estimados agremiados, con la edición de este nuevo número 11, nuestra Revista del Foro del Ilustre Colegio de Abogados de Lima Sur cumple una vez más con su compromiso de mantener permanentemente a nuestra Institución en la palestra del conocimiento y el quehacer jurídico nacional. Lo hacemos creyendo fielmente en el compromiso que nos enseña a que todo aquel que trabaja en la difusión y el conocimiento del Derecho asume también a su vez el compromiso de construir un mundo cada vez menos injusto. Esta es nuestra principal labor, y a eso nos debemos.

Lima Sur, abril de 2023



Presentación .....	7
Índice .....	9
Autores .....	19

**INCORPORACIÓN DEL MODELO DE PREVENCIÓN  
DE DELITOS EN CONTRASTE CON LA LEY N° 30424**

*María Antonieta Sánchez García*

I. INTRODUCCIÓN .....	23
II. SITUACIÓN PROBLEMÁTICA .....	24
III. MARCO TEÓRICO .....	25
1. PERSONAS JURÍDICAS .....	25
a. Entidades de derecho privado .....	25
b. Asociaciones .....	25
c. Fundaciones .....	25
d. Organizaciones no gubernamentales .....	26
e. Comités no inscritos .....	26
f. Sociedades irregulares .....	26
g. Entes que administran un patrimonio autónomo .....	26
h. Empresas del Estado peruano o sociedades de economía mixta.	27
2. RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS .....	27
a. Modelo de heterresponsabilidad .....	27
b. Modelo de autorresponsabilidad .....	27
c. Modelo mixto .....	27
3. COMPLIANCE .....	28
4. DELITOS QUE COMETERIAN LAS PERSONAS JURIDICAS EN EL MARCO DE LA LEY 30424 Y SU MODIFICATORIA POR EL DECRETO LEGISLATIVO N°1352 .....	29

a.	Artículo 384 del Código Penal: colusión simple y agravada .....	29
b.	Artículo 397 del Código Penal cohecho activo genérico .....	29
c.	Artículo 397-A del Código Penal cohecho activo trasnacional..	30
d.	Artículo 398 del Código Penal .....	30
e.	Artículo 400 del Código Penal .....	31
f.	Artículo 1, del Decreto Legislativo N.º 1106 .....	31
g.	Artículo 2, del Decreto Legislativo N.º 1106 .....	31
h.	Artículo 3, del Decreto Legislativo N.º 1106 .....	31
i.	Artículo 4, del Decreto Legislativo N.º 1106 .....	32
j.	Artículo 4-A, del Decreto Ley N.º 25475 .....	32
5.	IMPLEMENTACIÓN DEL MODELO DE PREVENCIÓN .....	32
5.1.	MODELO DE PREVENCIÓN EN EL PERÚ .....	32
a)	Una persona u órgano responsable .....	33
b)	Identificar, evaluar y mitigar riesgos .....	33
c)	Implementar procedimientos de denuncia .....	33
d)	Difundir y capacitar de forma periódica el modelo de pre- vención .....	34
e)	Evaluación y monitoreo continuo del modelo de preven- ción .....	34
5.2.	MODELOS DE PREVENCIÓN EN LA LEGISLACION COMPARA- DA .....	35
5.2.1.	Responsabilidad de las Personas Jurídicas en Italia ....	35
5.2.2.	Responsabilidad de las Personas Jurídicas en España. ....	35
5.2.3.	Responsabilidad de las Personas Jurídicas en Argenti- na .....	37
5.2.4.	Responsabilidad de las Personas Jurídicas en Chile ....	37
IV.	CONCLUSIONES .....	38
V.	BIBLIOGRAFÍA .....	39

## PANORAMA HISTÓRICO DE LA ABOGACÍA PERUANA

*Vicente Paúl Espinoza Santillán*

SUMARIO .....	43
I. ETIMOLOGÍA Y ORIGEN DE LA ABOGACÍA .....	43
II. ABOGACÍA E INSTITUCIONALIDAD .....	44
III. ABOGADOS PERUANOS .....	44
IV. FUNCIONES CONSTITUCIONALES DE LOS ABOGADOS .....	46

V. REFLEXIONES FINALES .....	46
VI. CITAS REFERENCIALES .....	47

## **NIVELES DE SOSPECHA EN EL ESTÁNDAR PROBATORIO DEL PROCESO PENAL**

*Jonattan Poul León Segura*

INTRODUCCIÓN .....	49
LOS NIVELES DE SOSPECHA EN EL PROCESO PENAL .....	52
LA SOSPECHA FUERTE, NIVEL DE SOSPECHA JURISPRUDENCIAL .....	55
LA SOSPECHA SUFICIENTE Y LA SUFICIENCIA PROBATORIA .....	56
LA SOSPECHA FUERTE Y LA SOSPECHA SUFICIENTE .....	56
VALORACIÓN JUDICIAL DE LOS NIVELES DE SOSPECHA .....	58
CONCLUSIONES .....	59
BIBLIOGRAFÍA .....	60

## **LA ACUSACIÓN DIRECTA EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL**

*Antonio José Reyes Díaz*

INTRODUCCIÓN .....	63
FIGURA JURÍDICA NOVEDOSA .....	63
¿LA ACUSACIÓN DIRECTA AFECTA EL DERECHO DE DEFENSA DE LAS PARTES PROCESALES? .....	65
CONCLUSIÓN .....	66

## **LA PENA DE INHABILITACIÓN Y SU EJECUCIÓN EN LOS JUZGADOS DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA**

*Luis Miguel Cuya Salcedo*

I. INTRODUCCIÓN .....	67
II. DESARROLLO DEL ENSAYO .....	67
§ Conceptos previos .....	67
2.1 La Pena de Inhabilitación .....	67
2.1.1 Definición .....	67
§ De los criterios controvertidos .....	69
3.1 El primer criterio .....	69

3.2	Por su parte, un segundo criterio refiere que .....	69
3.3	Finalmente, un tercer criterio que resulta cuestionable .....	70
§	Sobre la ejecución de la pena de Inhabilitación .....	70
§	Posición que se adopta con el presente ensayo .....	71
§	Caso práctico - caso en concreto .....	72
III.	CONCLUSIONES .....	73
IV.	REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA .....	74

## **EL DIVORCIO NOTARIAL Y LA DESINTEGRACIÓN DE LA INSTITUCIÓN FAMILIAR PERUANA (2008-2022)**

*Paúl Peña Manco*

RESUMEN	.....	75
ABSTRACT	.....	75
I.	INTRODUCCIÓN .....	76
II.	METODOLOGÍA .....	78
III.	RESULTADOS .....	82
	EL DIVORCIO NOTARIAL O “RÁPIDO” EN LATINOAMERICANA .....	82
	EL DIVORCIO NOTARIAL EN PERÚ .....	84
	EL DIVORCIO EN EL DERECHO PERUANO .....	85
	a) Separación de Cuerpos .....	85
	b) Separación de hecho .....	86
	c) El Divorcio .....	86
	LA DISOLUCIÓN DEL VÍNCULO MATRIMONIAL EN LA LEY N° 29227 ....	87
	EL NOTARIO COMPETENTE .....	89
	INSTRUMENTOS PROTOCOLARES .....	90
IV.	DISCUSIÓN .....	91
	EL DIVORCIO NOTARIAL Y LA FAMILIA .....	91
	LIMITACIONES A TOMAR EN CUENTA ANTES DEL DIVORCIO .....	98
	Primera recomendación .....	98
	Segunda recomendación .....	98
	Tercera recomendación .....	98
	Cuarta recomendación .....	98
	REFLEXIONES FINALES .....	98
	Primera reflexión .....	98
	Segunda reflexión .....	99
	Tercera reflexión .....	99
	Cuarta reflexión .....	99

ANEXOS .....	99
REQUISITOS PARA LOS TRÁMITES DE DIVORCIO .....	99
BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA .....	100

## ¿QUÉ TAN DIFÍCIL ES DEMOSTRAR EL DAÑO MORAL EN LOS PROCESOS LABORALES?

*Jonathan Vicente Veliz Soto*

I INTRODUCCIÓN .....	103
• Sobre la Antijuricidad .....	104
• Sobre la Relación de Causalidad .....	105
• Determinación del Daño .....	105
• Factor de Atribución .....	106
II CONCLUSIONES .....	106
III BIBLIOGRAFÍA .....	109

## EL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD PERSONAL EN LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS

*José Carlos Laguna de Paz*

RESUMEN .....	111
ABSTRACT .....	111
SUMARIO .....	112
I. INTRODUCCIÓN .....	113
II. OBLIGACIONES CUYO CUMPLIMIENTO CORRESPONDA CONJUNTAMENTE A VARIAS .....	114
1. SU DELIMITACIÓN .....	114
2. SU DIFÍCIL COMPATIBILIDAD CON EL CARÁCTER PERSONAL DE LAS SANCIONES, SALVO QUE SE INTERPRETE COMO RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL .....	116
3. REQUISITOS PARA LA EXIGENCIA DE RESPONSABILIDAD SOLIDARIA .....	117
3.1 Solo puede exigirse a quien ha cometido la infracción .....	117
3.2 La infracción ha de haber sido cometida de manera culpable..	119
3.3 Ha de haber sido declarado responsable y sancionado .....	119
3.4 La sanción ha de haber sido individualizada .....	119
3.5 La solidaridad no debe haber sido excluida por la legislación sectorial .....	120

III.	DEBER DE PREVENIR LA COMISIÓN DE INFRACCIONES POR QUIENES ESTÉN EN UNA RELACIÓN DE DEPENDENCIA O VINCULACIÓN .....	120
1.	SU FUNDAMENTO Y EXIGENCIAS .....	121
2.	POSIBLE IMPUTACIÓN A LA EMPRESA DE LAS INFRACCIONES COMETIDAS POR SUS EMPLEADOS .....	121
3.	IMPUTACIÓN DIRECTA A LA EMPRESA DE LAS INFRACCIONES COMETIDAS POR SUS ADMINISTRADORES .....	122
IV.	DEBER DE RESPONDER DEL PAGO DE SANCIONES IMPUESTAS A PERSONAS DEPENDIENTES O VINCULADAS .....	123
1.	RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL .....	124
2.	SU FUNDAMENTO: SITUACIÓN DE DEPENDENCIA O VINCULACIÓN DEL INFRACTOR .....	124
3.	EN PRINCIPIO, LA RESPONSABILIDAD DEBE SER SUBSIDIARIA ....	124
4.	LA RESPONSABILIDAD SE LIMITA AL PAGO DE LA SANCIÓN .....	125
V.	GRUPO DE EMPRESAS: POSIBLE IMPUTACIÓN DEL COMPORTAMIENTO A LA MATRIZ .....	125
1.	IMPUTACIÓN DE LA INFRACCIÓN .....	126
1.1	Jurisprudencia europea .....	126
1.2	Jurisprudencia española .....	127
2.	LA MATRIZ SOLO PUEDE SER IMPUTADA SI HA DIRIGIDO EL COMPORTAMIENTO DE LA FILIAL .....	129
3.	LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA DEBE PROBAR QUE LA MATRIZ DIRIGIÓ EL COMPORTAMIENTO DE LA FILIAL .....	130
3.1	Prueba directa o indiciaria .....	130
3.2	Presunción iuris tantum .....	130
4.	LAS EMPRESAS RESPONSABLES DEBEN SER FORMALMENTE IMPUTADAS .....	132
5.	LAS EMPRESAS RESPONSABLES DEBEN SER SANCIONADAS, Y LA SANCIÓN, INDIVIDUALIZADA .....	134
6.	RESPONSABILIDAD SOLIDARIA .....	134
VI.	CAMBIOS EN LA EMPRESA: JURÍDICOS, ORGANIZATIVOS, DE ACTIVIDAD O ECONÓMICOS .....	135
1.	CAMBIOS EN LA DENOMINACIÓN, FORMA JURÍDICA, DIRECTIVOS O ACCIONARIADO .....	136
2.	CAMBIOS EN LA DIRECCIÓN: ABSORCIÓN DEL INFRACTOR POR UN NUEVO GRUPO EMPRESARIAL .....	136
3.	CAMBIO EN EL OBJETO SOCIAL: VENTA A UN TERCERO DE LA UNIDAD DE NEGOCIO VINCULADA A LA INFRACCIÓN .....	137
4.	CAMBIO EN SU SITUACIÓN ECONÓMICA: INSOLVENCIA .....	138

VII. EXTINCIÓN DEL INFRACTOR	138
1. FUSIÓN Y ABSORCIÓN DE LA EMPRESA INFRACTORA CON EXTINCIÓN DE SU PERSONALIDAD JURÍDICA .....	139
2. GRUPO DE EMPRESAS .....	141
3. LIQUIDACIÓN .....	141
VIII. CONCLUSIONES .....	141
Primera .....	141
Segunda .....	142
Tercera .....	142
Cuarta .....	142
Quinta .....	143
Sexta .....	143

## **EL SÍNDROME DE BOREOUT, LA SATISFACCIÓN LABORAL Y SU RELACIÓN CON EL DERECHO AL TRABAJO EN EL PERÚ**

*Erick Daniel Vildoso Cabrera*

RESUMEN .....	145
SUMMARY .....	145
INTRODUCCIÓN .....	146
PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA .....	146
MARCO TEÓRICO DEL TEMA .....	148
El efecto del Síndrome de Boreout en el Desempeño Laboral .....	148
Definición, Características y Tipos de Aburrimiento .....	148
El Aburrimiento en el Centro de Trabajo .....	149
El Desinterés en el Desempeño Laboral .....	150
La Infra exigencia en el Centro de Trabajo .....	151
Medición del Aburrimiento .....	151
Satisfacción Laboral .....	152
Satisfacción y Productividad .....	152
▶ Abandono .....	153
• Expresión .....	153
• Lealtad .....	153
• Negligencia .....	153
CONCLUSIONES .....	154
RECOMENDACIONES .....	154
BIBLIOGRAFÍA .....	154

## **EL DERECHO PREVISIONAL Y SU INTANGIBILIDAD EN CONCORDANCIA AL DERECHO A LA SALUD**

*Jesús Francisco Muñoz Roldán*

SUMARIO .....	157
1. EL DERECHO PREVISIONAL Y SU ESTRECHO NEXO CON EL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL .....	157
2. EL SISTEMA NACIONAL DE PENSIONES .....	159
3. EL SISTEMA PRIVADO DE PENSIONES .....	159
4. LOS FONDOS DE PENSIONES: ¿PROPIEDAD O PATRIMONIO DE LOS APORTANTES? .....	159
5. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES PROTEGIDOS EN LOS FONDOS DE PENSIONES .....	160
6. REFLEXIONES FINALES .....	160
7. BIBLIOGRAFÍA .....	161

## **VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO PRECAUTORIO Y LA CONSULTA PREVIA A LAS COMUNIDADES CAMPESINAS DE ESPINAR - CUZCO, ACERCA DE LA CONCESIÓN MINERA “XSTRATA TINTAYA”**

*Yda Rosa Cabrera Cueto*

RESUMEN .....	163
ABSTRACT .....	163
I. INTRODUCCIÓN .....	164
II. DESCRIPCIÓN DE LA REALIDAD PROBLEMÁTICA .....	165
III. MARCO TEÓRICO .....	167
Objetivos de la Ley 29785 .....	168
El Acta de Consulta .....	168
Ámbito Geográfico .....	168
La Buena Fe en el Proceso de Consulta .....	169
Los Derechos Colectivos .....	169
Entidades promotoras públicas responsables de dictar las medidas legislativas o administrativas .....	169
Enfoque Intercultural .....	170
Medidas Administrativas .....	170

Pueblo Indígena u Originario .....	170
Plan de Consulta .....	170
CONCLUSIONES .....	173
PRIMERO .....	173
SEGUNDO .....	173
RECOMENDACIONES .....	173
BIBLIOGRAFÍA .....	174
Fuentes Primarias (Entrevistas) .....	174
Fuente Bibliográfica .....	174

## **EL GOBIERNO ELECTRÓNICO COMO POLÍTICA PÚBLICA EN EL DESARROLLO DE LOS GOBIERNOS LOCALES**

*Pablo Alejandro Legua Herrera*

SUMARIO .....	179
RESUMEN .....	179
I. INTRODUCCION .....	179
II. ANTECEDENTES .....	179
III. EL GOBIERNO ELECTRÓNICO .....	181
IV. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO ELECTRÓNICO .....	181
V. EL PROBLEMA DE LAS BRECHAS DIGITALES COMO PRINCIPAL OBSTACULIZADOR DE LAS TICs EN LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS ELECTRÓNICOS .....	182
VI. ¿GOBIERNOS LOCALES Y GOBIERNO ELECTRÓNICO? .....	183
VII. CONCLUSIONES .....	183
Primero .....	183
Segundo .....	183
Tercero .....	183
Cuarto .....	184
VIII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....	184

## **EVOLUCIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO**

*Luis Corrales Dolmos*

I. INTRODUCCION .....	187
II. ANTECEDENTES REMOTOS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO .....	189

## ÍNDICE

---

III. ETAPA DE FORMACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO .....	192
IV. ETAPA DE CONSOLIDACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO .....	196
V. CONCLUSIONES .....	199
GALERÍA DE FOTOS (Resumen de Actividades del Ilustre Colegio de Abogado de Lima Sur) .....	201

### **MARÍA ANTONIETA SÁNCHEZ GARCÍA**

Abogada, con grado académico de Doctora en Derecho y Magister en Derecho Civil y Comercial por la UIGV, Con Posgrado de Especialización en Derecho de Contratos y Daños por la Universidad de Salamanca (España). Estoy certificada como Compliance Officer por el Instituto Europeo de Asesoría Fiscal (Granada- España). Con Especialización en Compliance y Buenas Prácticas Corporativas por la Universidad del Pacífico, y Especialización en Control Interno y Administración de Riesgos por la Universidad Continental. Certificada en PMP por New Horizonte, Certificada en Sistemas de Gestión del Cumplimiento ISO 37301 por INTEDYA. Capacitada como Auditor Líder ISO 37001 Sistema de Gestión Antisoborno por PECB.

Actualmente soy miembro asociado a la World Compliance Association, a la Federación Iberoamericana de Abogados (IABA-FIA) y Conciliadora Extrajudicial acreditada en el MINJUS.

Experiencia profesional de más de 15 años asesorando a personas jurídicas para la correcta aplicación de la normativa vigente. A su vez me desenvuelvo como catedrática y capacitadora.

### **VICENTE PAÚL ESPINOZA SANTILLÁN**

Abogado por la Universidad Inca Garcilaso de la Vega, maestro en Gobernabilidad y Desarrollo Organizacional, y doctor en derecho por la misma casa de estudios. Es especialista en Derecho Constitucional por la Universidad de Salamanca, y especialista en Psicología Educativa por la Universidad Enrique Guzmán y Valle, es Conciliador Extrajudicial y Conciliador Especializado en Familia, participante en diversos cursos, especializaciones y diplomados, ha sido ponente en la Universidad de Buenos Aires y en la Universidad de Salamanca, entre otras casas de estudio, ha recibido reconocimiento institucional de las Universidades: Santiago Antúnez de Mayolo (Ancash) Nacional de Piura y Autónoma del Perú (Lima).

### **JONATTAN POUL LEÓN SEGURA**

Abogado con título reconocido por SUNEDU, con Especialidad en Derecho Tributario, litigante en materia penal, Presidente electo del Centro de Investigaciones Jurídicas Iuris Mundi Part. N° 11310952, con experiencia en la Administración Pública, premiado con Mención Honrosa en el Concurso Nacional organizado por el JNE: “Aportes para la democracia y la gobernabilidad del Perú, a 200 años de su independencia.”, y escritor literario. Correo: japelizor@gmail.com

### **ANTONIO JOSÉ REYES DÍAZ**

Master of Business Administration (MBA) por la Universidad Rey Juan Carlos de España; candidato a Maestro en Derecho con Mención en Ciencias Penales por la Universidad Nacional Hermilio Valdizán. Fiscal Adjunto Provincial Penal adscrito a la Fiscalía Provincial Penal Corporativa Especializada en delitos de Violencia contra la Mujer y los integrantes del Grupo Familiar de Lurín del Distrito Fiscal de Lima Sur.

### **LUIS MIGUEL CUYA SALCEDO**

Especialista Judicial de Juzgado de la Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada. Abogado por la Universidad Señor de Sipán, Chiclayo. Miembro de la Orden del Ilustre Colegio de Abogados de Lima Sur. Discente de la Academia de la Magistratura, Lima. Maestrando en Derecho y Ciencias Penales, por la Universidad San Martín de Porres, Lima. Junio del 2022.

### **PAÚL PEÑA MANCO**

Abogado por la Universidad de San Martín de Porres con grado de Maestro en Derecho Civil. Miembro Hábil del Colegio de Abogados de Lima desde el año 2000. Del Colegio de Abogados de Lima SUR. Conciliador Básico y de Familia. Capacitador en conceptos Básicos de Conciliación (DCMA-MINJUS). Arbitro De Arbitra Perú- Minjus. Capacitado en litigación oral, en la Corte de Apelaciones de Arica - Chile. Curso de Negociación y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso – Chile. Curso de Violencia contra la mujer: aspectos penales y criminológicos, de la Universidad del País Vasco – España. Estudios de litigación oral y prueba en el modelo acusatorio en la Universidad de Salamanca, España. Diplomados en diversas especialidades del derecho.

<https://doi.org/0000-00015738-041X>

Abogadosppm@gmail.com

**JONATHAN VICENTE VELIZ SOTO**

Abogado, Mg. Derecho Laboral , MBA – Máster of Business Administration.

**JOSÉ CARLOS LAGUNA DE PAZ**

Universidad de Valladolid, Catedrático de Derecho Administrativo.

Cómo citar/Citation: Laguna de Paz, J. C. (2020), “El principio de responsabilidad personal en las sanciones administrativas”, Revista de Administración Pública, 211, 37-69.

doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.211.02>

**ERICK DANIEL VILDOSO CABRERA**

Post Doctor en Ciencias de la Educación, Doctor en Derecho y Ciencias Políticas, Magister en Derecho Constitucional, Docente en la Universidad Nacional Federico Villarreal y en la Universidad Cesar Vallejo.

**JESÚS FRANCISCO MUÑOZ ROLDÁN**

Abogado por la Universidad Inca Garcilaso De La Vega, con Título de Segunda Especialidad en Derecho Procesal por la Universidad Norbert Wiener, egresado de la Maestría en Derecho Constitucional de la Universidad José Carlos Mariátegui, egresado de la Maestría en Derecho Penal de la Universidad Alas Peruanas, y Director de Comisiones y Consultas del Ilustre Colegio de Abogados de Lima Sur.

**YDA ROSA CABRERA CUETO**

Doctora en Derecho, Magister en Investigación y Docencia Universitaria, Docente de la Universidad Autónoma del Perú y de la Universidad Cesar Vallejo  
[juangutierrezotiniano@gmail.com](mailto:juangutierrezotiniano@gmail.com)

**PABLO ALEJANDRO LEGUA HERRERA**

Abogado por la Universidad Privada San Juan Bautista – Filial Ica. Maestro en Derecho Administrativo y Gestión Pública por la misma casa de estudios. Especialista en Derecho Administrativo y Gestión Pública por el Ilustre Colegio de Abogados de Ica. Profesional certificado por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado. Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho Capítulo Ica. Miembro de las Ordenes del Ilustre Colegio de Abogados de Ica, y del Colegio de Abogados de Lima Sur. Coordinador del Grupo Académico “LEX IMPERIUM”. Oficial Mayor del Ilustre Colegio de Abogados de Ica. Asesor externo administrativos de diversas municipalidades. Ex Secretario General de la Municipalidad Provincial de Lucanas Puquio. Ex trabajador de la Unidad de Ejecución coactiva del Servicio de Administración Tributaria de Ica. Ha sido expositor en congresos locales de derecho, así como organizador de diversos eventos académicos relacionados a las diversas ramas jurídicas.

## **LUIS CORRALES DOLMOS**

Abogado, egresado de la UNMSM (15 años de experiencia). Egresado de la Maestría en Gerencia de la Salud - Universidad Peruana Cayetano Heredia. Master en Justicia Constitucional y Derechos Humanos - Alma Mater Studiorum, Universidad de Bologna. Asesor legal, Universidad Peruana Cayetano Heredia (2007-2010). Jefe de la Oficina de Asesoría Jurídica, Clínica Médica Cayetano Heredia ( 2007 - 2016). Jefe de la Oficina de Asesoría Jurídica, Hospital de Emergencias José Casimiro Ulloa (2016 - 2022). Jefe de la Oficina de Organización de Cuadros de Méritos y Antigüedad- Consejo Ejecutivos del Poder Judicial (2022 a la fecha).

# INCORPORACIÓN DEL MODELO DE PREVENCIÓN DE DELITOS EN CONTRASTE CON LA LEY N° 30424

*María Antonieta Sánchez García*

## I. INTRODUCCIÓN

El presente artículo tiene como objeto contribuir en el sistema jurídico del estado; debido a que se abordara un tema de gran importancia, puesto que cada vez son los peruanos buscan crear empresa para poder crecer económicamente, por lo que es responsabilidad del Estado, poder orientarlos para que sus actividades comerciales estén orientadas en el respeto a la ley.

El Compliance, tal como lo considera la World Compliance Association, es un conjunto de procedimientos y buenas prácticas que las organizaciones adoptan con la finalidad de identificar y clasificar los riesgos operativos y legales a los que se enfrentan las diversas empresas y por ese motivo que se busca establecer mecanismos internos de prevención, gestión, control y reacción frente a los mismos.

Definimos el concepto anterior por la importancia que tiene en la presente investigación, ya que este término ha impulsado la incorporación de la responsabilidad penal de la persona jurídica, y gracias a esto el Estado ha transferido a las personas jurídicas la responsabilidad de contribuir en la prevención de delitos cometidos por sus funcionarios, representantes o trabajadores.

La Ley N° 30424, tipifica la responsabilidad administrativa, así como la penal de la persona jurídica y brinda un mecanismo para exonerar o atenuar su responsabilidad, esto a través de la incorporación de un modelo de prevención de delito que deberá contener cinco elementos mínimos necesarios para cumplir la finalidad preventiva de conductas delictivas.

Todos sabemos que las actividades económicas empresariales por su misma naturaleza crean riesgo crediticio, riesgo de liquidez, riesgo operacional, riesgo reputacional y riesgo legal, y estos riesgos podría traer como consecuencias: multas o la suspensión temporal de sus actividades económicas, o la extinción de la empresa, entre otros, por tal motivo se considera necesario la prevención de dichos riesgos.

Debemos tener en cuenta que el término empresa hace referencia a las actividades económico realizadas por una persona o un grupo personas para satisfacer necesidades humanas, y al ser una persona jurídica según el Código Civil Peruano esta consta de derechos u obligaciones. Respecto de la responsabilidad penal de la persona jurídica esta tiene como objeto el no dejar impune la comisión de un delito que realizado por un trabajador, representante o directivo.

## II. SITUACIÓN PROBLEMÁTICA

La incorporación en nuestra legislación nacional respecto de la responsabilidad penal de la persona jurídica está obligando a las empresas, a adoptar dentro modelos de prevención de delitos con el objetivo de exonerarse o eximirse de responsabilidad penal; sin embargo, debemos tener presente que no es obligatorio dicho modelo en los sistemas de una empresa, pero el integrar un modelo de prevención adecuadamente diseñado, implementado y monitoreado, ayudaría a poder prevenir, identificar y mitigar riesgo de la comisión de delitos, es decir los beneficios que traería muchos beneficios.

El artículo 17 de la Ley N° 30424 establece, como regla general, que un modelo de prevención de delito debe contener con cinco elementos para exonerarse de responsabilidad o atenuarla, si lo implementa antes de la comisión del delito. Sin embargo, respecto de la micro, pequeña y mediana empresa la Ley N° 30424, la ley establece que estos solo pueden cumplir uno de los elementos para poder implementar el modelo de prevención, lo que muchos no están de acuerdo porque desnaturalizaría el modelo de prevención y no se cumpliría con la finalidad del Compliance.

Robiglio (2018) nos dice:

“El tamaño de la empresa es tenido en cuenta ya que se parte de la base de que una empresa de mayor tamaño tendrá más recursos para destinar a asegurar el cumplimiento de la ley, mientras que una más pequeña puede operar con una informalidad que no sería razonable en una empresa grande.” (p. 71)

Conforme la Ley N° 30424 y normas modificatorias bastará que alguno de los elementos sea implementado por estas empresas para que puedan exonerarse de responsabilidad penal (2016, art. 17). Por lo tanto, la norma prescribe que todas las personas jurídicas, incluidas la micro, pequeña y mediana empresa, deberán implementar un modelo de prevención de delito que contenga un perfil de riesgo (Decreto Supremo N° 002-2019-JUS, art. 44).

Por lo tanto, un modelo de prevención de delito que no contiene todos los elementos mínimos debidamente implementados, no será efectivo para reducir o eliminar los riesgos legales, sino que incrementaría los riesgos penales existentes y crearía a su vez nuevos riesgos, puesto que no serían controlados.

### III. MARCO TEÓRICO

#### 1. PERSONAS JURÍDICAS

La persona jurídica es considerada como una creación del hombre, quien es titular de derechos y obligaciones, los cuales son ejercitados por sus órganos o representantes, estas pueden tener fin lucrativo o no lucrativo.

La persona jurídica o colectiva es una organización de personas (naturales o jurídicas) las cuales se agrupan para la búsqueda de un fin valioso, el cual puede ser lucrativo o no lucrativo, debiendo cumplir con la formalidad establecida por el ordenamiento jurídico para su creación ya sea mediante la inscripción en Registros Públicos o a través de una ley. (Espinoza, 2008).

La persona jurídica es considerada como una creación del Derecho, en la cual se realiza una operación de reducción de personas individuales (conductas humanas intersubjetivas), las cuales se encuentran organizadas con un determinado fin, para poder construir un centro unitario de referencia normativa, al cual se le va imputar derechos y deberes. (Espinoza, 2008)

La ley 30424 en su artículo 2, establece a quienes se les denomina personas jurídicas, siendo estas las siguientes:

- a. **Entidades de derecho privado.-** Son aquellos que se constituyen voluntariamente de acuerdo con la legislación aplicable que regula su constitución, organización, funcionamiento y extinción.
- b. **Asociaciones.-** Es una persona jurídica no lucrativa, sus integrantes pueden agruparse con fines altruistas, en beneficios de terceros o en beneficio de sus propios integrantes o mixto. Cabe mencionar que su estructura y funcionamiento se encuentra regulada en el Código Civil Peruano del artículo 80 al artículo 98.

La asociación es toda persona jurídica no solo es un centro unitario de imputación de normas jurídicas, sino también una organización de personas naturales o individuales, las cuales actúan en nombre y representación del centro del centro unitario de imputación que es la persona jurídica como espectro conceptual. (Fernández, 2019).

**Fundaciones.-** Es una persona jurídica no lucrativa que se constituye con la afectación patrimonial con fines altruistas de una o varias personas (fundador o fundadores) en la cual sus integrantes se encargan de conservar y cuidar dicho patrimonio, así como de dirigir esta persona jurídica, en beneficio de terceros, con objetivos de carácter religioso, asistencial, cultural u otros de interés social. El artículo 100 de nuestro Código Civil nos dice que el acto constitutivo de la fundación puede ser realizado a través de una escritura pública o testamento.

Podemos decir que la fundación se extingue cuando se haya cumplido con su finalidad, el cual se encuentra establecido en el acta de constitución. (Espinoza, 2008).

- c. Organizaciones no gubernamentales.-** Es una persona jurídica no lucrativa, que adicionalmente se ha inscrito en un registro administrativo denominado “Registro de Organizaciones No Gubernamentales de Desarrollo, receptoras de Cooperación Técnica Internacional”, el cual tiene carácter constitutivo y que opera en la Presidencia del Consejo de Ministros.

La Cooperación técnica internacional es un mecanismo mediante el cual nuestro país recibe, transfiere e intercambia recursos humanos, bienes, servicios entre otros de fuentes cooperantes externas y tienen como objetivo el poder contribuir con el desarrollo del país.

- d. Comités no inscritos.-** Es aquella agrupación de personas que se organizan para recaudar aportes del público y destinarlos a una finalidad altruista, pero no ha cumplido con la formalidad de inscribirse en el registro. Cabe mencionar que su estructura y funcionamiento se encuentra regulada en el Código Civil Peruano del artículo 130 al artículo 133.

La consecuencia patrimonial que genera las organizaciones no inscritas, es que sus organizadores sean solidariamente responsables de la conservación de los aportes recaudados, y las obligaciones a las cuales se han comprometido; por ello la finalidad del codificador es impulsar a quienes no cumplen con la formalidad de inscribirse en el registro a que lo hagan efectivo. (Espinoza, 2008)

- e. Sociedades irregulares.-** Son aquellas personas jurídicas que no se han constituido e inscrito conforme a la ley o la situación de hecho que resulta que dos o más personas actúan de manera manifiesta en sociedad sin haberla constituido e inscrito. La ley General de Sociedades- Ley N°26887, es aquella que regula a las sociedades irregulares.

La sociedad irregular es aquella que ha celebrado un pacto de constitución adecuado a una determinada forma societaria conocida y válida; sin embargo, esta no ha cumplido con terminar el respectivo proceso de fundación o lo ha realizado con alguna irregularidad formal. (Laroza, 2000)

- f. Entes que administran un patrimonio autónomo.-** Son aquellos que se constituyen con los bienes o activos entregados por el fideicomitente en virtud de un fideicomiso. En preciso mencionar que el patrimonio autónomo, debe estar separado del patrimonio del fideicomitente y del patrimonio del fiduciario.

- g. **Empresas del Estado peruano o sociedades de economía mixta.**- Son aquellas empresas del Estado.

## 2. RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

Antes la responsabilidad que tenían las personas jurídicas solo era civil (resarcir el daño que podía ocasionar a terceros por su actividad empresarial) y el daño la responsabilidad administrativa (relacionada al incumplimiento de normas administrativas como las de medio ambiente, tributarias, entre otras).

Se considera que la persona jurídica es responsable bajo los criterios de responsabilidad objetiva, por el hecho de que las personas que lo conforman a través de estas han ocasionados daños ya sea de manera voluntaria o involuntario, o si se ha actuado por intermedio de otro sujeto de derecho (persona jurídica) o instrumento conceptual, resulta justo y evidente en línea de principio que se responda de igual manera. (Gálvez, 2002)

Los modelos de responsabilidad de las personas jurídicas son:

- a. **Modelo de heterresponsabilidad.**- Este modelo tiene como finalidad transferir a la persona jurídica la responsabilidad de todo aquello que realizan sus representantes. Lo que se requiere en este modelo es la realización del delito por el representante o trabajador de la persona jurídica y la conexión de ese delito con su actividad, es decir el hecho de conexión. (Cavero, 2019)
- b. **Modelo de autorresponsabilidad.**- En este modelo se señala que la persona jurídica no responde por las acciones u omisiones de personas físicas, sino, por su propio injusto (defecto de organización) y su propia culpabilidad (ausencia de una cultura de Compliance o cumplimiento de la legalidad). (Gómez, 2012)
- c. **Modelo mixto.**- Este modelo no niega la transferencia de la responsabilidad penal desde la persona física hacia la jurídica, sino que la reconoce, además, analiza la inclusión de programas de cumplimiento podrán servir para atenuar o excluir de responsabilidad de la persona jurídica.

La Ley 30424, hace referencia a la Responsabilidad Administrativa de las Personas Jurídicas; sin embargo, consideramos que su denominación es equivocada, puesto que realmente nos encontramos dentro de una responsabilidad penal, es por ello que algunos lo denominan fraude de etiquetas.

Gómez (2001) nos dice:

Se advierte que estas sanciones impuestas a las personas jurídicas son auténticas penas a las que se le asigna una etiqueta diferente a la penal,

sin las garantías de carácter procesal que deben tener los autores del presunto delito (p. 68).

En el artículo 3 de la Ley 30424, nos dice que las personas jurídicas serán responsables administrativamente cuando el delito o ilícito haya sido cometido en nombre o por cuenta de esta, en su beneficio directo o indirecto; los cuales pueden ser cometidos por sus representantes, sus administradores, entre otros.

Bacigalupo (2001) nos dice que:

“La persona jurídica podrá ser responsable por acciones de personas que forman parte de su organización debido a que sus órganos o representantes no tomaron medidas de suficientes para asegurar la realización de un negocio ordenado y dentro de los márgenes de legalidad” (p. 171).

Respecto del artículo 4 de la Ley 30424, podemos decir que la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas es independiente de la responsabilidad penal de las personas naturales y que las causas que extinguen la acción penal contra la persona natural no enerva la responsabilidad de las personas naturales.

De los artículos antes señalados se infiere que el modelo que acoge nuestro país conforme el análisis de la Ley 30424, es el modelo mixto.

### 3. COMPLIANCE

Zuñiga (2003) nos dice que:

“La imputación de responsabilidad directa a la persona jurídica se fundamenta en incentivar a estas en establecer mecanismos para descubrir y prevenir comportamientos peligrosos.” (p. 314)

El *Compliance* penal tiene como objetivo evitar o disminuir la presencia de riesgos legales, en las actividades jurídicas que realizan las empresas, es por este motivo que se adoptan y se ejecutan procedimientos e instrumentos de gestión con la finalidad de prevenir dichos riesgos.

Silva (2013) nos dice:

“El *Compliance* no se limita al cumplimiento de normas legales, sino que implícitamente contiene la voluntad de la empresa para influir en la conducta de sus trabajadores y representantes, para que estos cumplan con obligaciones legales. Es así que surge la denominada cultura de cumplimiento, tan importante en el desarrollo e implementación de cualquier programa de cumplimiento en una persona jurídica. Hay que tener en cuenta que esta cultura es la expresión de la función de prevenir ilícitos que es inherente a un Estado ( p. 192)

#### 4. DELITOS QUE COMETERIAN LAS PERSONAS JURIDICAS EN EL MARCO DE LA LEY 30424 Y SU MODIFICATORIA POR EL DECRETO LEGISLATIVO N°1352

La Ley 30424-Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional 30424 fue promulgada el día 21 de abril de 2016, posteriormente el día 07 de enero del 2017, fue modificado a través del Decreto Legislativo N° 1352, el cual amplió los alcances de la responsabilidad de las personas jurídicas, incluyendo un conjunto de ilícitos, los cuales mencionaremos a continuación:

##### **a. Artículo 384 del Código Penal: colusión simple y agravada.-**

Colusión simple; en este delito el sujeto activo tiene la condición de funcionario público o servidor público, e interviene de manera “directa” o “indirectamente” en cualquiera etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado, además acuerda o concierta con los interesados con el objeto de defraudar al Estado en la operación.

Leon, Benavente, Calderón (2015) nos dice:

Se realiza esta conducta cuando el sujeto activo, en su condición de funcionario o servidor público, al intervenir de manera “directa” o “indirecta” en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado, acuerda o concierta con los interesados con el objeto de defraudar al Estado en la operación. (pg.108)

Colusión agravada; este delito se configura cuando el agente quien tiene la condición de funcionario o servidor público interviene directa o indirectamente en cualquier etapa de las modalidades de adquisición de bienes, servicios públicos o cualquier tipo de operaciones a cargo del Estado, mediante un acto de concertación con los particulares defrauda patrimonialmente al Estado.

León, Benavente, Calderón (2015) nos dice:

Es el hecho punible que se configura cuando el agente, siempre en su condición de funcionario o servidor público, interviene directa o indirectamente en cualquier etapa de las modalidades de adquisición de bienes, servicios públicos o cualquier tipo de operaciones a cargo del Estado, mediante un acto de concertación con los particulares defraudando patrimonialmente al Estado. (pg.108)

##### **b. Artículo 397 del Código Penal cohecho activo genérico.-**

El delito de cohecho activo genérico es también conocido como delito de soborno, se configura cuando el agente o sujeto activo (cualquier ciudadano),

bajo cualquier modalidad o medio, ofrece, da o promete a un funcionario o servidor público donativo, promesa, ventaja o beneficio con la finalidad que realice u omita actos en violación de sus obligaciones funcionales normales. En este delito se sanciona al otro sujeto participante en el acto de corrupción; ya que, es esta persona (cualquier ciudadano) quien ofrece o accede a otorgar un beneficio ilícito al funcionario o servidor público

Según Villavicencio Terreros (2000), señala:

Existe tres verbos rectores en el delito analizado, el primero “ofrecer”, un medio corruptor que podríamos conceptuar como un ofertamiento unilateral o propuesta que parte un sujeto no cualificado dirigido a un agente gubernamental, que posee una relación ineludible y comprometiéndose a omitir o realizar conductas contrarias a los fines funcionales lo que supone una vulneración a sus obligaciones, por otro lado, respecto al verbo rector “dar”, se entiende, que el sujeto activo otorga un medio corruptor de manera efectiva, es decir una entrega material, finalmente, el tercero se manifiesta como una “promesa”, el cual se exterioriza mediante un acuerdo de ambas partes, es decir del sujeto no cualificado quien se compromete a cumplir sus obligaciones en un futuro mediato, mientras que el agente público se asegura para después el donativo corruptor (pág. 17).

#### **c. Artículo 397-A del Código Penal cohecho activo transnacional.-**

Es aquel delito que consiste en ofrecer, prometer o entregar a un funcionario público de un Estado extranjero o funcionario de un organismo internacional público algún donativo o ventaja, con el propósito de obtener o retener un negocio u otra ventaja indebida en la realización de actividades económicas o comerciales internacionales. Es preciso mencionar que el sujeto activo es indeterminado (cualquier persona), y el funcionario a quien se le ofrece el donativo es un funcionario extranjero.

#### **d. Artículo 398 del Código Penal: cohecho activo específico**

En este delito el destinatario del actuar del agente no es solamente una persona que tiene la condición de funcionario o servidor público sino, además, se exige que reúna la calidad o cualidad indicada en el propio tipo penal (magistrado, fiscal, perito, árbitro, miembro del Tribunal Administrativo, secretario, relator, especialista, auxiliar jurisdiccional, testigo, traductor o intérprete).

El bien jurídico protegido es el correcto desenvolvimiento de la administración pública y la independencia, imparcialidad y honestidad a que tiene derecho todo magistrado y todo sujeto público especial. El sujeto activo puede ser cualquier persona, sin embargo, en el tercer párrafo del precitado arti-

culo menciona si es un abogado o pertenece a un estudio jurídico su pena privativa puede ser no menor de cinco ni mayor de ocho. El sujeto pasivo es el Estado.

**e. Artículo 400 del Código Penal: tráfico de influencias**

Este delito es cometido por aquella persona que invocando o teniendo influencias reales o simuladas, recibe, hace dar o prometer para sí o para un tercero, donativo o promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo.

El delito de tráfico de influencias se manifiesta cuando el agente, ya sea funcionario, servidor público o particular, invocando o teniendo influencias reales o simuladas, ofrece a un tercero interesado, interceder ante un funcionario o servidor público que esté conociendo, ha de conocer o haya conocido un caso judicial o administrativo, a cambio de donativo o promesa o cualquier otra ventaja o beneficio que recibe, hace dar o prometer para sí o para un tercero (Salinas, 2016, p. 657)

**f. Artículo 1, del Decreto Legislativo N.º 1106: lavado de activos actos de conversión y transferencia**

Este delito es cometido por todo aquel que convierte o transfiere dinero, bienes, efectos o ganancias cuyo origen ilícito conoce o debía presumir, con la finalidad de evitar la identificación de su origen, su incautación o decomiso. Cabe mencionar que quien cometido dicho ilícito penal será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de ocho ni mayor de quince años y con ciento veinte a trescientos cincuenta días multa.

**g. Artículo 2, del Decreto Legislativo N.º 1106: lavado de activos actos de ocultamiento y tenencia.**

Este delito es cometido por aquel que adquiere, utiliza, guarda, administra, custodia, recibe, oculta o mantiene en su poder dinero, bienes, efectos o ganancias, cuyo origen ilícito conoce o debía presumir, con la finalidad de evitar la identificación de su origen, su incautación o decomiso. Cabe mencionar que quien cometido dicho ilícito penal será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de ocho ni mayor de quince años y con ciento veinte a trescientos cincuenta días multa.

**h. Artículo 3, del Decreto Legislativo N.º 1106: lavado de activos, actos de transporte, traslado, ingreso o salida por territorio nacional de dinero o títulos valores de origen ilícito.**

Este delito es cometido por aquel que transporta o traslada dentro del territorio nacional dinero o títulos valores cuyo origen ilícito conoce o debía presumir, con la finalidad de evitar la identificación de su origen, su incautación

o decomiso; o hace ingresar o salir del país tales bienes con igual finalidad. Cabe mencionar que quien cometido dicho ilícito penal reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años y con ciento veinte a trescientos cincuenta días multa.

**i. Artículo 4, del Decreto Legislativo N.º 1106: lavado de activos, formas agravadas y atenuadas.**

El precitado artículo menciona lo siguiente:

La pena será privativa de la libertad no menor de diez ni mayor de veinte años y trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días multa, cuando:

1. El agente utilice o se sirva de su condición de funcionario público o de agente del sector inmobiliario, financiero, bancario o bursátil.
2. El agente cometa el delito en calidad de integrante de una organización criminal.
3. El valor del dinero, bienes, efectos o ganancias involucrados sea superior al equivalente a quinientas (500) Unidades Impositivas Tributarias.

La pena será privativa de la libertad no menor de veinticinco años cuando el dinero, bienes, efectos o ganancias provienen de la minería ilegal, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, secuestro, extorsión o trata de personas. La pena será privativa de la libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años y de ochenta a ciento diez días multa, cuando el valor del dinero, bienes, efectos o ganancias involucrados no sea superior al equivalente a cinco (5) Unidades Impositivas Tributarias.

La misma pena se aplicará a quien proporcione a las autoridades información eficaz para evitar la consumación del delito, identificar y capturar a sus autores o partícipes, así como detectar o incautar los activos objeto de los actos descritos en los artículos 1º, 2º y 3º del presente Decreto Legislativo.

**j. Artículo 4-A, del Decreto Ley N.º 25475: financiamiento del terrorismo**

El delito de financiamiento del terrorismo es el conjunto de acciones o ayuda económica que consiste en contribuir en las actividades de los grupos terroristas. La finalidad de los grupos terroristas no es el dinero; sin embargo, lo necesitan para llevar a cabo sus diversas actividades contra el Estado, por lo el financiamiento está penalizado como colaboración con el terrorismo.

## 5. IMPLEMENTACIÓN DEL MODELO DE PREVENCIÓN

### 5.1. MODELO DE PREVENCIÓN EN EL PERÚ

La Ley N° 30424, establece que la persona jurídica está exenta de responsabilidad administrativa por la comisión del delito, si adopta e implementa en su organización, con anterioridad a la comisión del delito, un

modelo de prevención adecuado a su naturaleza, riesgos necesidades y características consistentes en medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos o reducir los riesgos.

Los elementos de un modelo de prevención según la Ley 30424, establecidos en el artículo 17 son:

**a) Una persona u órgano responsable.-**

El órgano de prevención o encargado de prevención es aquella persona designada por el máximo órgano de administración de la persona jurídica, (puede ser el gerente general o el directorio), este ejerce sus funciones con total autonomía del órgano quien lo nombró.

Es recomendable que la designación se realice cuando se tome la decisión de implementar el modelo de prevención del delito, lo cual permitirá que el encargado del modelo de prevención se involucre en la creación del mismo, así pueda advertir los riesgos de la actividad empresarial, las medidas de corrección o mitigación del riesgo, así como identificar futuros riesgos. Este elemento es conocido también como compliance officer, por ser este el eje por el cual se desarrollan los demás elementos.

**b) Identificar, evaluar y mitigar riesgos**

Este elemento es conocido como la elaboración del perfil de riesgo, porque gracias a este elemento se identifica, evalúa y establece procedimientos o actuaciones para mitigar los riesgos inherentes a la actividad económica realizada por la persona jurídica.

Nieto (2015) nos dice:

“El análisis de riesgos permite asignar racionalmente los recursos preventivos de la empresa a aquellos riesgos que resultan importantes” (p. 153).

Este elemento es fundamental. ya que sin este no se podría construirse adecuadamente el modelo de prevención, así como las medidas necesarias para reducir, transferir y eliminar los riesgos penales que surgen en la actividad económica de la empresa, es por ello de gran relevancia conocer todas las áreas que comprende la empresa y así poder elaborar la matriz de riesgo. La matriz de riesgos es una herramienta vital para que la administración de la persona jurídica, en el cual se establecen los riesgos identificados podrán ser tolerados, disminuidos, eliminados o transferidos.

**c) Implementar procedimientos de denuncia**

El procedimiento de denuncias deberá ser implementado de tal forma que todos los integrantes de la persona jurídica puedan acceder al mis-

mo y puedan alertar al encargado de prevención de una posible comisión de infracción o delito, los cuales contarán con canales de denuncias, así como reglas que orienten a los trabajadores o a terceros para que comuniquen cualquier hecho delictivo.

Los órganos de prevención serán los encargados de la revisión y del funcionamiento del canal de denuncias, ya que ellos son quienes realizan las investigaciones. Se recomienda que la identidad del denunciante se mantenga en reserva y sea el encargado de prevención la única persona que conozca dicha entidad, a fin de evitar represalias por parte de los órganos de administración o de sus propios compañeros de trabajo, las denuncias pueden ser recibidas de forma virtual o física

#### **d) Difundir y capacitar de forma periódica el modelo de prevención,**

La difusión y capacitación de modelo de prevención del delito está orientada a interiorizar en todos los miembros de la persona jurídica la cultura de cumplimiento de las normas legales; es decir, se busca que la conducta de los miembros de la empresa, estén dirigidas al cumplimiento de las normas legales, es por ello que dicha capacitación debe ser constante y permanente para todo aquel que forma parte de la persona jurídica.

En ese sentido, la capacitación del modelo de prevención podrá realizarla una persona que forme parte de la organización empresarial o un tercero contratado para ello.

En las pequeñas empresas resulta más viable que en una primera etapa la difusión lo realice el encargado del modelo y, luego, pueda delegarlo a algún trabajador adecuadamente capacitado en el modelo de prevención y que cuenta con una antigüedad razonable en la empresa.

#### **e) Evaluación y monitoreo continuo del modelo de prevención**

Artaza (2014) nos dice:

“Un programa de cumplimiento o modelo de prevención tiene un carácter abierto y dinámico que permite su adaptación a la cambiante realidad la actividad económica de la empresa (p. 239).

El modelo de prevención de delito deberá estar en constante evaluación y monitoreo por parte del encargado de prevención, ello permitirá que los riesgos y las medidas establecidas para prevenir el delito se encuentren vigentes. Es menester mencionar que las actividades económicas de las personas jurídicas son dinámicas, por lo tanto, el modelo de prevención deberá ser materia de evaluaciones y supervisiones constantes, para de esa manera evitar nuevos riesgos debido a nuevas actividades económicas.

## **5.2. MODELOS DE PREVENCIÓN EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA**

### **5.2.1. Responsabilidad de las Personas Jurídicas en Italia**

En Italia, en el año 2001, se reguló la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas, en el supuesto de la comisión de actos delictivos de sus trabajadores o representantes. Esta responsabilidad es independiente a la de la persona natural que haya cometido el delito (Decreto Legislativo 231, 2001, art. 8).

Además, se señala que la persona jurídica podrá exonerarse de la responsabilidad administrativa en caso pruebe la implementación de un modelo organizativo que tenga los siguientes elementos o características:

- a. Identificación de las actividades riesgosas en materia delictiva.
- b. Entrega de protocolos que tengan como objetivo la formación e implementación de prevención de conductas delictivas.
- c. Gestión de recursos financieros para la prevención del delito.
- d. El encargado de prevención estará obligado a informar sobre los resultados de la supervisión del funcionamiento y observancia del modelo de prevención.
- e. Establecer un sistema disciplinario para sancionar el incumplimiento del modelo de prevención (Decreto Legislativo 231, 2001, art. 6).

En la legislación italiana se establece que el modelo de prevención de delito deberá contener, entre otros elementos, un organismo independiente dentro de la persona jurídica que se encargue de supervisar el funcionamiento y el cumplimiento del modelo de prevención, que en caso de las empresas pequeñas podrá ser ejercicio por el órgano de administración (Decreto Legislativo 231, 2001, art. 6). Es decir, de lo anteriormente citado se desprende que según la legislación italiana todas las personas jurídicas deben cumplir con los cinco elementos antes mencionado.

### **5.2.2. Responsabilidad de las Personas Jurídicas en España**

La responsabilidad penal de la persona jurídica en España, se introdujo mediante Ley Orgánica 5/2010, posteriormente fue modificada por Ley Orgánica 1/2015, normas que se incorporaron y modificaron el Código Penal español, en esta se establece las formas de atribución de responsabilidad penal de la persona jurídica, la forma de exonerarse de responsabilidad penal o la atenuación de la pena aplicable, los elementos de un modelo de organización y

gestión de riesgos penales y un catálogo de delitos por los cuales la persona jurídica puede responder penalmente.

El legislador español, realizó la incorporación de la responsabilidad penal de la persona jurídica al Código Penal, a diferencia de la legislación peruana. Además, estableció que la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad penal si acredita los siguientes elementos:

- a. La adopción y ejecución de un modelo de organización y gestión de prevención de delito, adoptado por el órgano de administración, que incluya medidas de vigilancia y control idóneas.
- b. Las personas naturales que cometieran el delito eludan fraudulentamente los modelos de organización y prevención.
- c. Un órgano con poderes autónomos de iniciativa y control designado por la persona jurídica, que deberá encargarse de supervisar el funcionamiento y cumplimiento del modelo de prevención.
- d. El órgano de prevención no omitió o ejerció insuficientemente sus funciones (Código Penal Español, 1995, art. 31 bis).

Asimismo, el artículo 31 bis del Código Penal Español (1995) establece que la persona jurídica estará exenta de responsabilidad penal en caso el delito sea cometido por sus trabajadores, representantes legales o miembros de sus órganos, si con anterioridad al hecho delictivo implementó de forma eficaz un modelo de organización y gestión adecuado para prevenir delitos.

Respecto a los modelos de organización y gestión de prevención de delitos, el apartado 5 del artículo 31 bis del Código Penal Español (1995) señala que estos modelos deben cumplir los siguientes requisitos:

- a. Identificar las actividades riesgosas de posible comisión del delito.
- b. Establecer protocolos o procedimientos con la finalidad de establecer pautas y medidas que contrarresten la realización de los riesgos penales.
- c. Gestionar recursos financieros adecuados que permitan la no realización de la comisión de delitos.
- d. Obligar a sus trabajadores y funcionarios a informar al organismo encargado de supervisar el funcionamiento del modelo de prevención sobre posibles riesgos e incumplimientos.

- e. Establecer un sistema disciplinario por el incumplimiento de las medidas establecidas en el modelo de prevención.
- f. Verificar periódicamente el modelo de prevención y, de ser el caso, proponer su modificación.

### **5.2.3. Responsabilidad de las Personas Jurídicas en Argentina**

En la legislación argentina, la responsabilidad penal de la persona jurídica se encuentra regulada por la Ley 27401 promulgada y publicada en el 2017. Esta ley establece que el programa de integridad o modelo de prevención de delito, deberá contener mínimamente un código de ética o conducta, reglas y procedimientos específicos para prevenir delito en licitaciones, capacitaciones periódicas sobre el programa de integridad a directores, administradores y empleados. Además, establece que podrá optar, entre otros, una persona responsable en el interior de la persona jurídica que se encargue del desarrollo, coordinación y vigilancia del Programa de Integridad (Ley 27401, 2017, art. 23).

La ley argentina no establece ningún tipo de beneficio para las empresas pequeñas en la implementación o requisitos del modelo de prevención de delito. Por otra parte, algo peculiar de esta ley es que establece que las personas jurídicas deberán tener un programa de integridad en caso pretendan contratar con el Estado (Ley 27401, 2017, art. 24).

El programa de integridad según la ley en mención es el conjunto de acciones, mecanismos y procedimientos internos de promoción de la integridad, supervisión y control, orientados a prevenir, detectar y corregir irregularidades y actos ilícitos comprendidos por esta ley” (2017, art. 22).

### **5.2.4. Responsabilidad de las Personas Jurídicas en Chile**

En la legislación de Chile, la responsabilidad penal de la persona jurídica se estableció por Ley 20393 publicada en diciembre del 2009, en el cual señala que el modelo de prevención de delitos deberá contener los siguientes elementos mínimos: un encargado del modelo de prevención que posea autonomía, medios y facultades del encargado de prevención, establecer un sistema de prevención, supervisión y certificación del sistema de prevención (Ley 20393, 2009, art. 4).

Además, establece que la responsabilidad penal de la persona jurídica será independiente de la responsabilidad penal de la persona natural (Ley 20393, 2009, art. 5).

La ley en mención informa que el encargado de prevención en personas jurídicas que tengan como ingresos anuales que no superen las 100 000 unidades de fomento podrá ser ocupada por el socio o accionista (Ley 20393, 2009, art. 4). Ahora bien, la Ley 20416 establece normas para las empresas de menor tamaño. Esta norma establece que son microempresas las que tengan ingresos por ventas anuales que no superen 2 400 unidades de fomento, pequeñas empresas aquellas que tengan ingresos por ventas anuales superiores a 2 400 unidades de fomento hasta 25 000 unidades de fomento y medianas empresas aquellas que tengan ingresos mayores a 25 000 unidades de fomento y no excedan las 100 000 unidades de fomento (Ley 20416, 2010, art. segundo). De acuerdo a lo señalado en este párrafo, la legislación chilena establece la misma clasificación que la peruana al categorizar a las empresas en micro, pequeñas y medianas.

La jurisprudencia recaída en el Caso Asevertrans advierte los problemas que se presentaría en caso se encuentre culpable a una persona jurídica considerada como pequeña empresa. Es así que se producen grandes cuestionamientos teniendo en cuenta la proporcionalidad de la pena y el principio del non bis in idem, ya que imponer en estas pequeñas empresas una pena a la persona física y otra a la persona jurídica sería imponer materialmente dos penas a un mismo sujeto por el mismo hecho. En ese sentido, el Tribunal Oral en lo Penal de Arica decidió absolver a la empresa Asevertrans Limitada debido a que “la persona natural condenada es el dueño, representante legal y único agente de la empresa”. El referido tribunal advirtió otro problema en relación al modelo de prevención, señalando la falta de necesidad de un modelo de prevención en estos casos. En ese sentido, el tribunal estableció que no es posible un modelo de prevención conforme a ley cuando una sola persona forma parte de la persona jurídica, por lo que no era necesario un órgano de vigilancia y control, en ese sentido, la conducta delictiva se realizó no por un defecto de organización empresarial sino por la propia conducta de la persona natural, por lo que los hechos delictivos se encontrarían fuera de la responsabilidad de la persona jurídica.

#### IV. CONCLUSIONES

A modo de conclusión, podemos sostener que, cada uno de los elementos mínimos del modelo de prevención de delito forman parte de un todo que no puede separarse sin que la ausencia de uno afecte el funcionamiento de

otro, por lo que todos estos elementos mínimos del modelo de prevención interactúan de tal forma que la ausencia de ellos hace que el otro no pueda desarrollarse cabalmente y, en algunos casos, los vuelvan irrelevantes para los fines de prevención de una conducta delictiva.

La adecuada implementación de un modelo de prevención de delito constituye una eximente o atenuante de responsabilidad penal de la persona jurídica, teniendo como finalidad el prevenir hechos delictivos.

La Ley N° 30424 incorporó en la legislación peruana, la responsabilidad administrativa de la persona jurídica estableciendo que la adecuada implementación de un modelo de prevención de delito, que incorpore elementos mínimos establecidos por la referida ley, eximiría o atenuaría la responsabilidad de la persona jurídica, y para los casos de micro, pequeña y mediana empresa, bastará que estas implementen algún elemento mínimo para exonerarse de responsabilidad penal (Ley N° 30424, 2016, art. 17).

En ese sentido, los elementos mínimos del modelo de prevención establecido por la Ley N° 30424 y sus normas modificatorias representan un todo, un sistema orgánico por el que, en caso de ausencia de uno de ellos afectará o desaparecerá otro elemento mínimo, lo que representa el incumplimiento del objetivo del modelo de prevención, esto es, prevenir la comisión de conductas delictivas en la organización empresarial.

Si bien es cierto que la implementación de un modelo de prevención podría representar problemas económicos y administrativos para la micro, pequeña y mediana empresa, hay que tener en cuenta que la complejidad organizacional en estas empresas es mínima y que los delitos por los que se hace responsable a la persona jurídica no representan un gran riesgo, ya que son delitos que están vinculados con actividades de las grandes empresas.

En conclusión, la presente ley nos dice que la implementación de este modelo ayudaría a todas las personas jurídicas, ya sean que estas tengan grande o pequeña estructura, y esto beneficiaría a todas estas, porque ayudaría a prevenir muchos ilícitos penales.

## V. BIBLIOGRAFÍA

1. Artaza, O. (2014). *Programas de cumplimiento. Breve descripción de las reglas técnicas de gestión del riesgo empresarial y su utilidad jurídico-penal*. En Mir, S., Corcoy, M. y Gomez, V. (Dir.). *Responsabilidad de la empresa y compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal* (pp. 231-271). Madrid, España: Edisofer S.L.
2. Bacigalupo, E. (2012). *Compliance y derecho penal*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi S.R.L

3. Bacigalupo, S. (2001). *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Primera Edición. Buenos Aires: Editorial Hammurabi S.R.L.
4. Carrau, R. (2016). *Compliance para MYPES*. Valencia: Tirant lo Blanch.
5. Espinoza, J. (2008). *Derecho de las Personas*. Lima, Perú: Editorial Rodhas SAC
6. Galvez, M (2002). *Apuntes sobre la Jurisprudencia en casos de responsabilidad civil de la persona jurídica, en la Responsabilidad Extracontractual, Cuadernos Jurisprudencias*. Lima, Peru: Gaceta Jurídica
7. García, P (2019). *Derecho Penal Parte General*. Lima, Perú: Ideas Solución Editorial
8. Gómez.C(Ed.). (2012). *Tratado de responsabilidad de las personas jurídicas*. Navarra, España: Civitas Aranzadi.
9. Gómez-Benítez, J. (2001). *Curso de Derecho Penal de los negocios a través de casos. Reflexiones sobre el desorden legal*. Madrid, España: Editorial COLEX.
10. León, Benavente y Calderón (2015). *El funcionario público. Sanciones penales en los delitos de corrupción*. Lima, Pero: Gaceta jurídica S.A.C. Recuperado de [09-EL-FUNCIONARIO-PUBLICO.pdf](http://09-EL-FUNCIONARIO-PUBLICO.pdf) ([pucp.edu.pe](http://pucp.edu.pe))
11. Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional (Ley N°30424). EL peruano, 2016, 21 de abril.
12. Lima: Centro de investigaciones sociales, económicas y tecnológicas.
13. Nieto, A. (2015). *Código ético, evaluación de riesgos y formación*. En Nieto, A. (Dir.), *Manual de cumplimiento penal en la empresa* (135-163). Valencia: Tirant lo Blanch.
14. Presidencia de la República de Italia. (2001). *De la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas, empresas y asociaciones, también sin personalidad jurídica*. Decreto Legislativo 231 del 2001. Recuperado de [Dlgs 231/2001](http://Dlgs231/2001) ([camera.it](http://camera.it))
15. Rivero, E. (1995). *Globalización, la PYME y mecanismo de articulación empresarial*.
16. Robiglio, C. (2018). *Delitos cometidos en empresas: utilidad de los programas de cumplimiento para la determinación de los autores y partícipes individuales*. En Durrieu, N. y Saccani, R., (Dirs.), *Compliance, anticorrupción y responsabilidad penal empresaria* (53-72). Buenos Aires, Argentina: La Ley S.A.
17. Salinas Siccha, R. (2016). *Delitos contra la administración pública, 4° edición*. Lima, Peru: Grijley.

18. Sesarego (2009). *Derecho de las personas*. Lima, Perú: Grijley E.I.R.L
19. Silva, J. (2013). *Fundamentos del Derecho penal de la empresa*. Madrid, España: Edisofer S.L.
20. Villavicencio, F. (2000). *Adecuación de la Legislación Peruana a la Convención Interamericana contra la Corrupción*. Lima, Perú: EDITORIAL
21. Zuñiga, L. (2003). *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*. Segunda edición, ampliada y puesta al día. Navarra: Editorial Arazandi S.A.



# PANORAMA HISTÓRICO DE LA ABOGACÍA PERUANA

Vicente Paul Espinoza Santillan

**SUMARIO:** (I) ETIMOLOGÍA Y ORIGEN DE LA ABOGACÍA. (II) ABOGACÍA E INSTITUCIONALIDAD. (III) ABOGADOS PERUANOS. (IV) FUNCIONES CONSTITUCIONALES DE LOS ABOGADOS. (V) REFLEXIONES FINALES. (VI) CITAS REFERENCIALES.

## I. ETIMOLOGÍA Y ORIGEN DE LA ABOGACÍA

Etimológicamente abogado proviene del latín *advocatus*, que significa *al lado de o al auxilio de*, según la RAE, esta palabra se refiere: *“al profesional que ejerce la defensa de las partes y brinda asesoramiento y consejo jurídico”*. Sobre el origen de la abogacía podríamos señalar que surge cuando el débil necesita del auxilio para defenderse del más fuerte en su lucha constante por la subsistencia.

En tiempos antiguos la abogacía fue compañera de la oratoria, por ello a los abogados se les llamo hombres probos y peritos para hablar en latín *“vir probus dicendi peritus”*.

Su origen lo podemos ubicar formalmente en Roma, cuando el emperador Justino la declara actividad oficial y la regula en el *digesto*, de allí que los *jurisconsultos* eran los que interpretaban la ley de las doce tablas y el edicto del pretor e interpretaba las leyes nuevas.

Debemos precisar que en la antigua Roma y en general en los pueblos antiguos el ejercicio de la abogacía no requería título académico, sino se consideraba como tal a quien conocía el derecho y que por su afición de forma voluntaria se dedicaba a defender a las personas.

Mario Alzamora Valdez ilustre jurista peruano le atribuye al abogado las siguientes cualidades: *jurisconsulto; porque absuelve consultas sobre el derecho que le formulan los particulares, letrado; porque es experto en leyes; consejero y asesor, porque orienta y guía; defensor; porque aboga en favor de su cliente.*

## II. ABOGACÍA E INSTITUCIONALIDAD

Como función pública la abogacía es un servicio al derecho para alcanzar la justicia, quizás el más alto de los valores sociales. La abogacía y el derecho en el antiguo Perú, se vinculan a la labor del taripacoc o los huacha camayoc que se encargaban de administrar justicia.

Las primeras enseñanzas universitarias se encaminaron hacia las artes, el derecho y la teología. el modelo de la universidad de salamanca llegó con la universidad de San Marcos en 1551 a nuestro país, a partir de los esfuerzos del religioso dominico Fray Tomas de San Martin y otros ilustres prohombres. De esta forma llegamos a la creación de la primera corporación de abogados del Perú, reconocida mediante real cedula el 31 de julio de 1804, constituyéndose de esta forma el Ilustre Colegio de Abogados de Lima, en el primer colegio de profesionales del Perú, el cual albergo a la más selecta intelectualidad de la época orientadora del nuevo pensamiento libertario que finalmente culminaría con la proclamación de nuestra independencia.

## III. ABOGADOS PERUANOS

Tenemos abogados peruanos de trascendencia universal como Pablo de Olavide uno de los impulsores del reformismo ilustrado o Vicente Morales y Duarez, este último llegaría a presidir las Cortez de Cádiz encargadas de elaborar la constitución liberal española de 1812.

Es innegable el fundamental aporte de los abogados, en la lucha permanente por la libertad y la justicia, pudiendo mencionar en la etapa inicial de nuestra República a don Toribio Rodríguez de Mendoza precursor ideológico de la independencia y presidente de la Junta preparatoria del primer Congreso Constituyente, Manuel Lorenzo de Vidaurre, primer presidente de la Corte Suprema de la República y uno de los ideólogos de la emancipación, José Baquijano y Carrillo, constituyente y gran intelectual, así como la insigne imagen de don José Faustino Sánchez Carrión, padre fundador e ideólogo de la República, Xavier de Luna Pizarro, primer presidente del Congreso y connotado ideólogo liberal, o Francisco Javier Mariátegui Tellería, Constituyente y prócer de la independencia, así como a don Manuel Pérez de Tudela, abogado de los patriotas, miembro del primer Congreso Constituyente y presidente de la Corte Suprema.

Asimismo, ya consolidada la independencia, es menester señalar la importante labor de don José Gálvez Egusquiza, quizás el mayor héroe civil de nuestra historia republicana.

Por otro lado, tenemos a mujeres que forjaron la participación y profesionalización de su género como es el caso de doña María Trinidad Enríquez Ladrón de Guevara, primera jurista del Perú y Latinoamérica, o el caso de doña Miguelina

Acosta Cárdenas, quien fue la primera mujer graduada de abogada en la historia de nuestro país.

Incluso en el transcurrir de nuestra historia encontramos a algunos de nuestros colegas abogados que ocuparon la presidencia de la República como es el caso de Francisco García Calderón, Manuel Antonio Arenas Merino, Justo Figuerola de Estrada, José Pardo y Barreda, José Luis Bustamante y Rivero, Alan García Pérez y Valentín Paniagua.

Me quiero detener en la imagen y presencia de José Gálvez Egusquiza, inmolado en el combate de 02 de mayo de 1866, Gálvez Egusquiza fue decano del Colegio de Abogados de Lima, presidente de la Convención Nacional que dio nacimiento a la Constitución Política de 1856 de marcado corte liberal y abolicionista en cuanto a la pena de muerte. un abogado adelantado a su tiempo en la defensa de los derechos y libertades fundamentales.

Así también es menester recordar la figura del presidente cautivo don Francisco García Calderón y Landa, el patrono de la abogacía peruana, quien fue decano del Colegio de Abogados, presidente del Congreso Constituyente de 1867, Senador de la República y Rector de la Universidad de San Marcos, durante la ocupación chilena asumió la presidencia provisional del Perú, oponiéndose a la desmembración territorial de nuestro país, motivo por el cual fue desterrado.

En el ámbito del quehacer jurídico durante el siglo xx tenemos ilustres personalidades como don José León Barandiaran, Carlos Fernández Sesarego, Héctor Cornejo Chávez, entre otros.

Actualmente en vida reconocemos al maestro Ulises Montoya Alberti quien fue decano del bicentenario del Colegio de Abogados de Lima en el año 2004, y a quien tuvo el alto honor de acompañar en Costa Rica en el año 2018 cuando asumió la presidencia de la Federación Interamericana de Abogados.

Así también, reconocer a ilustres decanos y ex decanos de los Colegios de Abogados del Perú, como es el caso de los juristas Carlos Martínez Oblitas, Luis Legua Aguirre, Walter Cambero Alva, y Manuel Castillo Venegas, quienes, desde Lambayeque, Ica, Loreto, y Piura respectivamente, han ayudado a fortalecer la institucionalidad gremial y la credibilidad de nuestra profesión, habiendo tenido el suscrito el privilegio de participar junto con ellos en las asambleas de la Judecap.

Actualmente nuestro Ilustre Colegio de Abogados de Lima Sur, es conducido por primera vez en su historia por una dama, en este caso la decana Dra. María Antonieta Sánchez García y esta situación de empoderamiento de la mujer, va en consonancia por ejemplo con el liderazgo de la Dra. Elvia Barrios Alvarado primera mujer presidenta del Poder Judicial, o la importante participación de las

doctoras Emperatriz Tello y Niccy Valencia, actuales presidenta de Corte y presidenta de la Junta de Fiscales ambas del distrito de Lima Sur.

#### IV. FUNCIONES CONSTITUCIONALES DE LOS ABOGADOS

Consideramos que las funciones constitucionales que todo abogado debe tener en cuenta, son las siguientes:

- Garantizar el respeto irrestricto al Estado de Derecho, al principio de separación de poderes y la supremacía constitucional.
- Somos defensores de la democracia – las libertades, la alternancia y límites al poder dentro del marco constitucional y legal.
- Nos orientamos a buscar la armonización social y a garantizar el bienestar de las personas, todo ello dentro de nuestra función social.
- Los abogados somos defensores de los derechos humanos, creemos en el respeto irrestricto de la dignidad humana y a través de ello la protección efectiva de los demás derechos fundamentales
- Los abogados materializamos el derecho a la defensa que es un derecho fundamental que no solo se satisface que nuestra presencia, sino con la competencia adecuada para proteger los intereses de nuestros patrocinados.
- La Constitución Política permite nuestra participación en altos cargos públicos cuyo acceso requiere previamente ser abogado de profesión, como, por ejemplo: *Defensor del Pueblo, Magistrado del Tribunal Constitucional Jueces y Fiscales de todas las instancias y niveles, los miembros del Jurado Nacional de Elecciones y de la Junta Nacional de Justicia*. Como se puede apreciar nuestra profesión tiene una gran responsabilidad frente a la sociedad.

#### V. REFLEXIONES FINALES

- Los abogados hemos participado activamente en la lucha por la independencia, la consolidación de la República y hemos y continuamos ocupando importantes responsabilidades en el Estado y en la sociedad en general.
- La justicia es un valor social que se vincula al ejercicio de la abogacía, lamentablemente la debilidad en la formación profesional y la inadecuada estructura organizacional ha permitido que a nuestra profesión se vincule a graves hechos de corrupción.
- Tenemos el deber de actuar con ética profesional, con solvencia y conocimiento de nuestras competencias profesionales, debemos revertir la poca credibilidad social, entendiendo que nuestra profesión es una gran herramienta de transformación social.

- Actualmente en el Perú somos aproximadamente 170,000 abogados que tenemos diversas especialidades en el desarrollo profesional como es el derecho civil, penal, constitucional, administrativo, entre otras especialidades y es de necesidad contar con un registro nacional de profesionales del derecho, y la implementación de un registro nacional de especialistas, ello en el marco de una ley que regule nuestro ejercicio profesional, lo cual es aún una tarea pendiente.

## VI. CITAS REFERENCIALES

- RAE (2022) <https://dpej.rea.es>
- Derecho de los abogados (2006) Raúl Chaname Orbe. Fondo Editorial UIGV.
- Derecho Procesal Civil (1980) Alzamora Valdez Mario. IDEMSA
- Junta de Decanos de los Colegios de Abogados del Perú(2022) [www.judecap.org.pe](http://www.judecap.org.pe)
- Colegio de Abogados de Lima (2022) [www.cal.org.pe](http://www.cal.org.pe)
- Introducción a las Ciencias Jurídicas (2007) Víctor García Toma. Jurista Editores.
- Manual del buen abogado. (2017) Shoschana Zuzman. Rimay Editores.
- Ética de la abogacía y deontología forense (1994) Carlos Cuadros Villena. Editora Fecat.
- Introducción al Derecho (2008) Cuadernos de Derecho. Fondo Editorial UIGV.
- <https://elperuano.pe/noticia/76203-la-primera-abogada-peruana>
- [https://es.wikipedia.org/wiki/Mar%C3%ADa\\_Trinidad\\_Enr%C3%ADquez](https://es.wikipedia.org/wiki/Mar%C3%ADa_Trinidad_Enr%C3%ADquez)



# NIVELES DE SOSPECHA EN EL ESTÁNDAR PROBATORIO DEL PROCESO PENAL

*Jonattan Poul León Segura*

## INTRODUCCIÓN

La incorporación de los niveles de sospecha como criterios técnico – jurídicos al proceso penal, ha sido sin duda un factor “didáctico”, que permite visualizar, desde un punto de vista empírico, el sustento del proceso penal en un necesario y objetivo análisis de los elementos de convicción.

Por ello, durante el periodo de investigación, los sujetos procesales legitimados ofrecerán el soporte y constructo que permita avanzar las etapas del proceso, o en su defecto, culminarlo; por lo tanto, la sospecha de la comisión de un ilícito es sin lugar a dudas el fundamento del proceso penal, ello hace suponer que existe un estándar ideal de convicción para continuar con el proceso, y que necesariamente deberá ser un criterio proporcional a cada caso específico en la entramada variedad de delitos tipificados en el Código Penal.

Nuestro proceso penal, basado en un modelo acusatorio, exige el ofrecimiento de suficientes elementos de convicción para superar la presunción de inocencia, ello implica, inicialmente, convertir a un ciudadano en un sospechoso de la comisión de un hecho delictivo, de manera que, el proceso penal cumpla un objeto, el cual sería “el hecho punible y la autoría, o sea, la responsabilidad penal del acusado”<sup>1</sup>; por ello, es sumamente relevante que cada etapa del proceso penal sea especificada y diferenciada, a efectos de cumplir con los requerimientos que exige el debido proceso.

No obstante, también es correcto afirmar que, en la actualidad, la enorme carga procesal en los despachos ha generado un retraso permanente en la administración de justicia, y ello se debe, por un lado, a una mala determinación de los niveles de sospecha, lo cual hace que se lleve a juzgamiento procesos que carecen totalmente de sustento conviccional.

---

1 Levene, R. (1980), “Derecho Procesal Penal nacional y bonaerense”, Pág. 242.

Por otro lado, esta sobrecarga procesal también se debe a que la delincuencia, y en especial, la criminalidad organizada, ha desbordado el sistema de prevención del delito, en ese sentido, ha sido necesario implementar una serie de operaciones encubiertas para identificar los hechos ilícitos, tales como la entrega vigilada, el uso de agentes encubiertos, la vigilancia electrónica, entre otros; dichos medios resultan ser antiéticos y atentan contra la legitimidad de la obtención de la prueba, no obstante, se han convertido en mecanismos útiles y pertinentes para desarticular organizaciones criminales, se afirma que existe una exigencia de detección y sanción de la delincuencia organizada, y ello ha hecho tolerables estos procedimientos, que sin lugar a dudas deben ser regulados y supervisados a fin de evitar que se colisione con garantías fundamentales o se apliquen de forma arbitraria<sup>2</sup>.

La presente investigación centrará su análisis en el primer aspecto, es decir, en que las etapas procesales estén debidamente sustentadas en elementos de convicción suficientes; para ello, la decisión de continuar con las etapas del proceso no debe depender de criterios subjetivos y no estandarizados de los sujetos procesales, sino por el contrario, del propio contenido de los hallazgos probatorios.

Es así que esta novedosa implementación de niveles de sospecha permite que el investigador tenga un estándar probatorio claro, y en su defecto, tenga la posibilidad de continuar o archivar de forma eficaz el proceso penal, y para ello debe primar el principio de objetividad, el sustento de un proceso penal no es el ejercicio de las técnicas de litigación, ello sería absolutamente errado; no se puede convertir al sustento del proceso penal en una persuasión de hechos, ni elaborarse con el fin de alcanzar el juicio oral<sup>3</sup>, pues ello sería afectar directamente al ciudadano imputado, considerándosele anticipadamente culpable.

Ahora bien, conviene centrar el análisis en el sustento conviccional del proceso penal, en ese sentido, la Corte Suprema se ha pronunciado mediante la Casación N° 073-2010 – Moquegua, respecto a los elementos de prueba, se han identificado una serie de características tales como la objetividad, la legalidad, la relevancia y la pertinencia<sup>4</sup>, respecto a este último, debe afirmarse una relación coherente con el objeto de la investigación, es decir, practicarse un análisis detallado del aspecto objetivo y subjetivo del caso.

En tal sentido, todavía hay asuntos pendientes que hacen necesario analizar e identificar si los elementos de convicción ofrecen con claridad al investigador

---

2 Prado, V. (2009), "Nuevo Proceso Penal Reforma y Política Criminal", Pág. 192.

3 Benavente, H. (2012). "Calificación de las denuncias penales – problemas y criterios para determinar su procedencia o archivamiento", Pág. 9.

4 Rosas, J. et al. (2017), "Análisis y comentarios de las principales sentencias casatorias en materia penal y procesal penal – emitidas por las Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia Periodo 2007 - 2017". Pág. 117.

una visión de las etapas del proceso penal; por lo tanto, ha sido la jurisprudencia la que ha hecho un tratamiento específico sobre estos niveles de sospecha; pero lamentablemente, no ha tenido la adecuada precisión, tal es así, que al día de hoy muchos magistrados no han podido identificar los aspectos trascendentales de la valoración probatoria que rigen las etapas del proceso penal, lo cual, es sumamente preocupante.

Es así que más que soluciones, se han encontrado una serie de contradicciones; por un lado, tenemos al Código Procesal Penal, que invoca normas que atribuyen cierto nivel de convicción a las etapas del proceso penal<sup>5</sup>, en ese sentido, existen disposiciones taxativas, que no pueden ser alteradas por la jurisprudencia, salvo como criterio de interpretación, sin alterar el objeto de la norma; respecto a ello será de análisis lo señalado por algunas jurisprudencias vinculantes de la Corte Suprema<sup>6</sup>, además de la interpretación que ha ofrecido el Tribunal Constitucional sobre algunos asuntos vinculados a medidas de coerción; y finalmente, la opinión de juristas a través de la doctrina, la cual solamente ha examinado los puntos de vista favorables a la defensa, restringiendo la visión general de los alcances que el proceso penal necesita para evitar incongruencias en la aplicación de los niveles de sospecha<sup>7</sup>, asunto que debe ser aclarado en un futuro Acuerdo Plenario.

Este artículo tiene como objetivo el desarrollar un análisis de los grados de sospecha en el proceso penal, a efectos de identificar los grados de sospecha, así como su concordancia con las etapas del proceso penal, y su origen tanto normativa como jurisprudencialmente; también se ha enfocado en exponer los puntos controversiales que se han desarrollado en la doctrina respecto a los niveles de sospecha, a fin de tener una visión general y objetiva de sus aspectos teóricos; y finalmente procede a desarrollar un concepto que vincule a los niveles de sospecha con el estándar probatorio de delitos específicos, a fin de que sea viable y óptimo para generar convicción en el proceso penal.

El estudio de los niveles de sospecha permite que los sujetos procesales tengan un discernimiento técnico que les facilita orientar las etapas del proceso penal, y a su vez, ejercer el control necesario a efectos de que se apliquen las garantías constitucionales del debido proceso, ello en vista de que la sospecha es un factor de escala ordinal, y que no es tampoco un nuevo descubrimiento, sino que representa una apreciación didáctica de lo que ya está regulado en la

---

5 Revisese los artículos del Código Procesal Penal: Art. 329º, Art. 336º, Art. 344 Lit. d), y el Art. 268 Lit. a).

6 De mayor relevancia y por citar un ejemplo: Sentencia Plenaria Casatoria N° 1 – 2017-CIJ-433 y Acuerdo Plenario N° 1 – 2019/CIJ-116.

7 Por citar un ejemplo, revítese los actuados del Exp. N° 00299-2017 y los recursos constitucionales tales como Exp. 2534-2019-PHC/TC, entre otros, respecto al mismo expediente judicial; los que en su parte considerativa son erráticos o incongruentes al definir los términos como sospecha fuerte o sospecha suficiente, y su uso dentro del marco del Proceso Penal.

norma adjetiva, será por lo tanto de mucha utilidad identificar los aspectos relacionados a las interpretaciones que otros juristas han establecido a fin de aclarar ciertos puntos técnico – jurídicos congruentes a los niveles de convicción de los instrumentos recabados en la etapa de investigación.

## LOS NIVELES DE SOSPECHA EN EL PROCESO PENAL

Los niveles de sospecha se encuentran actualmente regulados en toda la extensión de nuestro ordenamiento jurídico procesal, en ese sentido podemos distinguirlos en dos modalidades, los que se encuentran regulados (sospecha inicial simple, sospecha reveladora, sospecha grave, sospecha suficiente) y los que se encuentran en la jurisprudencia (sospecha fuerte), en ese sentido, lo primero a tener en cuenta es que no son conceptos meramente declarativos sino que deben estar debidamente sustentados, y sobre todo reunir criterios suficientes de convicción adecuados a la etapa procesal que corresponden, ello a fin de superar la presunción de inocencia, ya que toda presunción está directamente relacionada con la carga de la prueba y también con la fuerza probatoria<sup>8</sup>; es justamente el ofrecimiento de pruebas el que va a aumentar el grado de sospecha de la comisión de un hecho delictivo.

Las presunciones han sido materia de numerosos estudios, ya que existen inferencias que son determinantes para entender la probabilidad de la realización de un hecho, las presunciones tienen como factor central a la probabilidad<sup>9</sup>, cuyo campo de estudio es básicamente la lógica, y que es admisible en la etapa de investigación, ya que es el camino que debe seguir el Ministerio Público para aumentar su grado de certeza, lo cual no representa objetivamente que exista una pretensión punitiva, sino que la investigación es un método técnico y científico que se enfoca en la revelación de hechos, obtención de documentos e identificación de sujetos.

Entonces ya enfocando la temática, la primera instancia técnica que corresponde someter a escrutinio es el propio conocimiento del presunto hecho delictivo, en ese sentido, “El fiscal inicia los actos de investigación cuando tenga conocimiento de la sospecha de la comisión de un hecho que reviste los caracteres de delito. Promueve la investigación de oficio o a petición de los denunciantes<sup>10</sup>.”; esta es la regulación del presupuesto conocido como *notitia criminis*, y el fundamento del primer nivel de sospecha, la sospecha inicial simple.

Este nivel de sospecha está directamente relacionado con la Investigación Preliminar, la que a su vez es una subetapa de la Investigación Preparatoria, cuya

---

8 Levene, R. (1980), “Derecho Procesal Penal nacional y bonaerense” Pág. 275.

9 Chiesa, E. (1992), “Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y Estados Unidos”, Pág. 46.

10 Código Procesal Penal, Decreto Legislativo N° 957, Art. 329 inc. 1

11 Sánchez, P. (2009), “La Investigación Preliminar en el Nuevo Proceso Penal”, Pág. 5.

finalidad principal es la averiguación de los actos urgentes e inaplazables, así como el aseguramiento de los elementos probatorios de la comisión del hecho delictivo ; pese que en esta etapa también son de aplicación algunas medidas de coerción, se puede señalar que es la etapa de mayor precariedad material, y también de mayor obtención de elementos de convicción que permitan decantar la continuación del proceso o su respectivo archivamiento.

El siguiente nivel de convicción es el de sospecha reveladora, el cual permite alcanzar la etapa de Investigación Preparatoria, durante esta etapa es cuando se pretenden la mayoría de requerimientos, y también las medidas de coerción más gravosas; en ese sentido, también resulta ser una etapa en la cual se exige un nivel de análisis más profundo al investigador, pues tendrá que hacer evidente ante el juez de garantías y tal como lo exige la normativa procesal: “Si de la denuncia, del Informe Policial o de las Diligencias Preliminares que realizó, aparecen indicios reveladores de la existencia de un delito, que la acción penal no ha prescrito, que se ha individualizado al imputado y que, si fuera el caso, se han satisfecho los requisitos de procedibilidad, dispondrá la formalización y la continuación de la Investigación Preparatoria<sup>12</sup>.”

La sospecha reveladora debe estar sustentada en una intachable imputación, es de conocimiento público que no siempre es así, y ello representa un perjuicio para la administración de justicia; es necesario tener presente que la finalidad de la investigación preparatoria es reunir los elementos de convicción que permitan decidir si se formula o no acusación de cara al juicio oral, la búsqueda de información no puede ser sesgada, sino que también estará enfocada en los elementos de descargo (principio de objetividad), así como el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 321 inc. 1 del Código Procesal Penal<sup>13</sup>.

Ahora bien, en la etapa de Investigación Preparatoria es cuando se plantean medidas de coerción como la prisión preventiva, para ello deben reunirse los requisitos del Art. 268 del Código Procesal Penal, así como la variada jurisprudencia que se ha desarrollado respecto a la temática; no obstante, se ha podido identificar, que en la mayoría de los casos no se hace cuestión respecto al literal a) del mencionado artículo, es decir, de lo que hasta el año 2019 era el estándar de convicción conocido como nivel de sospecha grave, esto es: “Que existen fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo<sup>14</sup>.”

La sospecha grave en su momento tuvo una serie de interpretaciones que incluso generaron una variedad de fallos diversos y contradictorios, lo cual hace

---

12 Código Procesal Penal, Decreto Legislativo N° 957, Art. 336 inc. 1

13 Rodríguez, M. et al. (2012) “Manual de la Investigación Preparatoria del Proceso Penal Común”. Pág. 38 y 39.

14 Código Procesal Penal, Decreto Legislativo N° 957, Art. 268 lit. a)

necesario tener una base doctrinaria en la cual sostener la temática respecto a este punto brindando una interpretación del artículo precitado, se aprecia que la norma hace un énfasis en la frase: “estimar razonablemente la comisión de un delito”, para cumplir con ese requerimiento, hay que conocer bien las características del delito presuntamente cometido, y de acuerdo a ello, contar con los elementos de convicción que determinen la autoría o participación, lo cual evidentemente no es un simple sustento con variedad de pruebas, sino que la norma hace mención de un sustento especial y cualificado al delito.

Una medida de coerción tan gravosa como la prisión preventiva exige un elevado nivel de convicción, por lo tanto la sospecha grave debe estar plenamente acreditada, y dicho sustento, como se dijo anteriormente, debe ser cualificado a las características del delito; los indicios sirven y serán muy útiles para poder llevar a cabo una investigación, pero no son suficientes para que se acepte un pedido de prisión preventiva; en un sentido amplio, las pruebas deben generar en el juez el convencimiento de un alto grado de probabilidad de que nos encontramos frente a un delito<sup>15</sup> . Tal es así, que la prueba directa, sólida y debidamente corroborada será útil para demostrar que efectivamente existe gravedad en los elementos de convicción propuestos.

Finalmente el último nivel de sospecha establecido en nuestro Código Procesal Penal es la sospecha suficiente, grado que permite establecer que existe suficiente material recabado para obtener una condena en un posterior juzgamiento, esto también se encuentra en el marco de las facultades del investigador del delito, la norma procesal refiere que: “Dispuesta la conclusión de la Investigación Preparatoria, de conformidad con el numeral 1) del artículo 343, el fiscal decidirá en el plazo de quince días si formula acusación, siempre que exista base suficiente para ello, (...)”<sup>16</sup> .

Dicha “base suficiente” se corresponde a un estándar técnico que implica reunir los requisitos de procedibilidad que brinden la certeza de que quienes estuvieron investigados son responsables y por lo tanto merecen ser castigados por la administración de justicia, y para ello, en esa instancia se formulará una acusación, y consecuentemente, se elaborará la técnica de litigación para el posterior juzgamiento, que implica una formulación de una teoría del caso, alegatos, actuación probatoria y finalmente conclusiones (a manera de alegatos de cierre); en ese sentido, si por el contrario en dicha instancia, no existe la mencionada “base suficiente”, el fiscal deberá requerir el sobreseimiento.

La acusación como tal, según los argumentos de la Corte Suprema de la República; “Es, propiamente, una petición dirigida al órgano jurisdiccional para que

---

15 Missiego, J. (2021), “Uso y abuso de la prisión preventiva en el proceso penal peruano” Pág. 130.

16 Código Procesal Penal, Decreto Legislativo N° 957, Art. 344 inc. 1

imponga una sanción penal (incluida una consecuencia accesoria) y, en su caso, una reparación civil a una persona, que previamente ha de haber sido procesada o inculpada formalmente mediante la Disposición de Formalización en la investigación preparatoria, por la comisión de un hecho punible de carácter histórico que se afirma ha cometido.<sup>17</sup>”; la acusación representa el cumplimiento de la sospecha suficiente, que en otras palabras significa la suficiente convicción de que se logrará una condena, y por lo tanto, también representa el sustento y conclusión de todos los actos de investigación desarrollados por el Ministerio Público.

### LA SOSPECHA FUERTE, NIVEL DE SOSPECHA JURISPRUDENCIAL

Ahora bien, en esta instancia cabe hacer un repaso jurisprudencial, la prisión preventiva, así como otras medidas de coerción han sido permanentemente objeto de debate en la doctrina, lo cual promovió un acuerdo plenario, situación que introdujo una nueva definición conocida como “sospecha fuerte”, este criterio, lejos de tener un respaldo unánime, fue nuevamente cuestionado, en especial por los persecutores del delito, y por otro lado, aprovechado por los abogados de la defensa, para sostener que este nuevo grado de sospecha reúne requisitos mayores al de la sospecha suficiente, esto es, que representa en la escala un grado mayor de convicción, que solamente sería superado por la certeza alcanzada en el juzgamiento.

Estas posiciones doctrinarias resultan ser medianamente confusas, y ameritan una particular argumentación que permita aclarar su razonabilidad; ya que, para verificar la existencia de este nivel de sospecha, el acuerdo plenario refiere que: la sospecha fuerte necesita, en tanto juicio de atribución del delito imputado, el examen de las fuentes acopiadas en el curso de la causa que permita concluir que existe sospecha o alto grado de probabilidad que puede haber condena, siendo un estándar alto, pero no al nivel de la condena<sup>18</sup>.

A criterio personal del autor, la sospecha fuerte no es un reemplazo de la sospecha grave, sino que, por el contrario, resulta ser una etapa superior que se sustenta propiamente en la valoración judicial, es decir, el Código Procesal Penal, como se citó previamente<sup>19</sup>, tiene la siguiente fórmula normativa: “existen fundados y graves elementos de convicción”.

Ello implica que para que exista sospecha fuerte, necesariamente los sujetos procesales deben postular la sospecha grave, porque así lo exige el Código Pro-

17 Recurso de Casación N° 862 – 2018/Lima, Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, Fundamento Tercero núm. 1 in fine.

18 Acuerdo Plenario N° 01-2019/CIJ-116. (6 de noviembre de 2019), Fund. 25.

19 Ibidem, Ref. 14

cesal Penal, en tanto que, la sospecha fuerte, que es “fundada y grave” representa propiamente la valoración que el magistrado estime de los elementos que son puestos a su conocimiento, pues, es el único legitimado para resolver que estos son fundados.

## LA SOSPECHA SUFICIENTE Y LA SUFICIENCIA PROBATORIA

De los argumentos vertidos en el acápite anterior, no permiten definir si la sospecha fuerte es mayor a la sospecha suficiente, en todo caso habría previamente que definir dos conceptos que aparecen en el Código Procesal Penal, y que debido a su *nomen iuris* resultan ser confusos, y pueden perjudicar el concepto de la “suficiencia”, en ese sentido, cabe de antemano definir la diferencia entre el concepto de sospecha suficiente y suficiencia probatoria.

En el marco de esa definición, hay que precisar con suma prudencia lo que significa suficiencia probatoria, concepto que no puede ser atribuido como un grado de sospecha, sino que simplemente es una condición suficiente para alcanzar un grado de convicción, para ello se precisa entender el concepto de causalidad, es decir, se dispondrá de una serie de condiciones necesarias para completar un conjunto suficiente que sea capaz de provocar el efecto<sup>20</sup>, estrategia que resultará muy efectiva, pues de forma similar, para sustentar un delito, deberán reunirse una serie de elementos que denoten suficiencia para demostrar la convicción requerida.

La suficiencia probatoria es un requerimiento o exigencia común del Código Procesal Penal, en la regulación adjetiva se pueden encontrar una serie de artículos que invocan un nivel de suficiencia<sup>21</sup>, por lo tanto, requieren un estándar propio y particular de las diversas disposiciones del código; ello, ya desde un postulado técnico, hace suponer que existe una diferencia ineludible entre la suficiencia probatoria y la sospecha suficiente, ya que la segunda sí es un grado de sospecha y define a la etapa intermedia – acusación. Ambos términos no deben ser confundidos pues provocan definiciones erróneas de los niveles de sospecha.

## LA SOSPECHA FUERTE Y LA SOSPECHA SUFICIENTE

Regresando al tema controversial, es de conocimiento que respecto a la sospecha fuerte y la sospecha suficiente ha habido una variedad de definiciones, cada una de las cuales según la posición en la que se encuentran (defensa o acusación) ha llevado agua para su molino, es por ello que para un gran espectro de juristas, la sospecha fuerte resulta ser un grado de sospecha superior al de

---

20 Santiago, C. (1980), “Los límites de la responsabilidad penal – una teoría liberal del delito”, Pág. 462.

21 Código Procesal Penal, Decreto Legislativo N° 957, Sobre la suficiencia probatoria: Art. II, Art. VI, Art. 203, Art. 253, Art. 313 inc. 2 Lit. a), Art. 336 inc. 4; etc.

la sospecha suficiente, ello, sustentado en una apreciación de los fundamentos del Acuerdo Plenario N° 01-2019/CIJ-116<sup>22-23</sup>, resulta que en la aplicación práctica de este grado de sospecha, bajo esos criterios, no resulta ser idóneo ni eficaz que supere el grado de convicción de sospecha suficiente, ello por dos razones:

*Razón de orden procesal, las medidas de coerción, y en especial la prisión preventiva son requerimientos que se solicitan durante la etapa de Investigación Preparatoria, es decir, cuando el proceso se encuentra en el nivel de sospecha reveladora, el Ministerio Público no tiene que esperar a encontrarse en la acusación para requerir esta medida de coerción, por lo tanto, sin haber alcanzado la sospecha suficiente, puede requerir la prisión preventiva, presentar y acreditar la sospecha grave y solicitar que el juez de garantías evalúe si configura sospecha fuerte, pues así es como se ha ordenado las etapas del proceso, si la sospecha fuerte fuera un nivel de convicción superior al de la sospecha suficiente, evidentemente, se obligaría al fiscal, como condición sine qua non, a formular acusación para que solo posteriormente pueda solicitar la prisión preventiva, situación que no ocurre actualmente.*

*Razón de orden cautelar, la prisión preventiva, es una medida de coerción personal que busca evitar dos peligros, el peligro de fuga y obstaculización, a efectos de que la investigación cumpla con sus objetivos, sin embargo, si fuera solicitada de manera posterior a la etapa de sospecha suficiente, ya la investigación habría concluido, por lo tanto, se encontraría en acusación, lo cual hace innecesaria en esta etapa la aplicación de medidas de coerción.*

Ahora bien, serán las actuaciones de los sujetos procesales las que definan la aplicación de los niveles de sospecha, en primer lugar, será el fiscal quien decida y organice la investigación, y dependiendo del delito, sea capaz de armar su estrategia de investigación, la cual permitirá el esclarecimiento de los hechos y la individualización de los autores y partícipes<sup>24</sup>. Ello da cuenta básicamente de que cada caso particular tendrá una acreditación particular, y ello significa un estándar de prueba idónea – suficiencia probatoria, la cual, como se señaló previamente, no solo estará enfocada en determinar la responsabilidad penal, sino también, según la etapa, si corresponde el archivo o sobreseimiento.

Cabe preguntarse entonces si la suficiencia probatoria que permite acreditar cualquier nivel de sospecha será un factor estandarizado o si será un aspecto vinculado con el hecho delictivo, en ese sentido cabe resaltar previamente que existen algunos procesos en los que se exigen “condiciones de procedibilidad”,

---

22 Valderrama, D. (2021), “Los niveles de sospecha en el proceso penal. Bien explicado”

23 Moreno, J. (2018), “La variación de “sospecha suficiente” a “sospecha grave” como estándar requerido en la imposición de la prisión preventiva”

24 Chero, F. & Quispe, J. (2013) “Proceso Común y sistema de audiencias en el nuevo código procesal penal”, Pág. 42.

no obstante, también es correcto señalar, que el sistema probatorio peruano no es taxativo respecto a los medios de prueba, y no se puede obstar su admisión si es pertinente para demostrar el objeto de prueba<sup>25</sup>.

Debe señalarse que existen una serie de limitaciones en las facultades de probar de las partes en el proceso penal peruano, casos de reos contumaces que son capturados y llevados a juicio sin que se les permita ofrecer medios de prueba nuevos, más aún cuando su situación jurídica se perjudicó por una defensa ineficaz o por una mala notificación, detalles preocupantes que atentan contra la verdad procesal.

Es correcto precisar que el Código Procesal Penal es taxativo al señalar los criterios por los que se puede ofrecer la nueva prueba, pero, es también conveniente que se aplique un control difuso, y desde un punto de vista constitucional se admitan medios de prueba que permitan identificar aspectos que objetivamente demuestran la inocencia o la responsabilidad penal, y que al ser descartados, convierten al proceso en una arbitrariedad; aún al día de hoy con el modelo acusatorio, el proceso no está exento de vulneraciones a derechos fundamentales, que se traducen en libertad de delincuentes y en condenas de inocentes.

## **VALORACIÓN JUDICIAL DE LOS NIVELES DE SOSPECHA**

Por su parte, es labor del magistrado aplicar la valoración probatoria para determinar si se reúne la certeza suficiente de la realización de un hecho delictivo para alcanzar la condena, es decir, una certeza libre de toda duda, para ello, la evaluación judicial debe centrarse en la libertad de ofrecimiento de medios y la libre valoración de la prueba, con estándares que permitan un control de racionalidad, y por supuesto, una posterior motivación de las conclusiones probatorias<sup>26</sup>.

Por ello, al margen del ofrecimiento que hagan los sujetos procesales, es labor del magistrado, según el nivel de sospecha, realizar un análisis crítico, que le permita determinar el mérito o valor de convicción y la persuasión que le brindan las pruebas actuadas, en el margen de las reglas de la sana crítica o libre convicción en la resolución de un caso<sup>27</sup>, es por ello, que quien asuma responsabilidad de la mala aplicación de una medida de coerción o la continuación o conclusión de una etapa procesal a partir de la formalización de la Investigación preparatoria, siempre será el juez, no puede ser responsabilidad del fiscal o del abogado de la defensa, pues es el magistrado, el encargado de evaluar y razonar debidamente y de forma individualizada los postulados de los sujetos procesales.

---

25 Cáceres, R. & Iparraguirre, R. (2012) "Código Procesal Penal Comentado D. Leg. N° 957", Pág. 225

26 Cerda R. & Felices, M. (2011) "El Nuevo Proceso Penal – Constitucionalización principios y racionalidad probatoria" Pág. 220

27 Flores, A. (2016), "Derecho Procesal Penal I – Desarrollo teórico y modelos según el nuevo proceso penal". Pág. 445

Es por ello que el magistrado, como responsable del proceso, respecto a los niveles de convicción, y en especial, sobre la valoración de la prueba, debe conocer dos fases en las que tendrá en cuenta criterios distintos<sup>28</sup>: la primera un control de legalidad sobre las pruebas, y en segundo lugar, la valoración estricta, si lo ofrecido tiene suficiencia probatoria.

De manera que, la labor tanto del Ministerio Público, como de la defensa técnica, es la de ofrecer elementos de convicción que sustenten sus pedidos en un estándar que dependerá del delito específico, pues, cada caso particular requiere distintas exigencias probatorias, no obstante, subsisten aspectos que son imperturbables en cada delito, pues existe un estándar de convicción según el delito específico<sup>29</sup>, ello puede ser manifiesto por ejemplo, en el caso de lavado de activos, el incremento patrimonial; en el caso de robo – hurto, la preexistencia de los bienes; en el caso de la falsificación de documentos, la pericia dactiloscópica o de grafotecnia que determine la falsedad; etc.

## CONCLUSIONES

- Los niveles de sospecha en el proceso penal son cinco, los normados en el Código Procesal Penal son cuatro: la sospecha inicial simple (Diligencias Preliminares), sospecha reveladora (Investigación Preparatoria), sospecha grave (graves elementos de convicción – prisión preventiva), sospecha suficiente (Etapa Intermedia – acusación); y uno determinado por la jurisprudencia: sospecha fuerte (sospecha grave y fundada – prisión preventiva).
- Los puntos controversiales que se han podido desarrollar y analizar, y que han generado debate en la doctrina ante la diversidad de puntos de vista, siendo conveniente que sean tratados en futuros acuerdos plenarios, son:
  - a) Existe diferencia entre sospecha suficiente y suficiencia probatoria, en este caso, darles el mismo grado de valor resulta perjudicial y confuso para la investigación, el Código Procesal Penal define a la suficiencia probatoria como un grado óptimo de convicción; mientras por su parte, la sospecha suficiente es el grado de convicción necesaria para sustentar la acusación.
  - b) La sospecha fuerte, es el estándar de convicción necesario para sustentar una prisión preventiva, es un factor que se obtiene con posterioridad a la valoración judicial, pues contiene tanto a la sospecha grave (regulada en la norma) y la apreciación judicial (ser declarada fundada); es un nivel de

---

28 Reátegui, J. (2018), "Comentarios al nuevo Código Procesal Penal – Volumen 1", Pág. 508.

29 León, J. (2020), "Criterio de valoración probatoria de la sospecha grave en la prisión preventiva en el delito de lavado de activos"

convicción que exige una alta probabilidad de la realización de un hecho delictivo.

- c) La sospecha suficiente es un nivel de sospecha superior a la sospecha fuerte; la sospecha fuerte no puede estar por encima de la sospecha suficiente, ello se debe a dos razones, la razón procesal (las medidas de coerción pueden ser solicitadas en la etapa de Investigación Preparatoria – Sospecha Reveladora), y la razón cautelar (la prisión preventiva se solicita para proteger la investigación, pues de ser dictaminada cuando la investigación concluyó, es decir en la acusación, carece de idoneidad).
- Los niveles de sospecha están directamente relacionados a la acreditación de los delitos cometidos, por lo cual son particulares y específicos, a excepción de los supuestos en los cuales existe una condición de procedibilidad; no obstante, también se pueden formular estándares que impliquen que, al ser apreciados desde el margen de la suficiencia probatoria, sean idóneos individual o copulativamente para sustentar los niveles de sospecha requeridos según la etapa de investigación, cumpliendo de esta manera con los criterios del Código Procesal Penal.

## BIBLIOGRAFÍA

- Acuerdo Plenario N° 01-2019/CIJ-116. (6 de noviembre de 2019). El Peruano. Diario Oficial del Bicentenario. N° 1118, XI Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente, Transitoria y Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República – Separata Especial p. 2.
- Benavente, H. (2012). “Calificación de las denuncias penales – problemas y criterios para determinar su procedencia o archivamiento”, Diálogo con la Jurisprudencia – Gaceta Jurídica, Lima – Perú.
- Cáceres, R. & Iparraguirre, R. (2012) “Código Procesal Penal Comentado D. Leg. N° 957”, Jurista Editores, Perú.
- Cerda R. & Felices, M. (2011) “El Nuevo Proceso Penal – Constitucionalización principios y racionalidad probatoria”, Editorial Grijley, Perú.
- Chero, F. & Quispe, J. (2013) “Proceso Común y sistema de audiencias en el nuevo código procesal penal”, Fondo Editorial USMP, Perú, Primera edición.
- Chiesa, E. (1992), “Derecho Procesal Penal de Puerto Rico y Estados Unidos”, Editorial Forum, Colombia, primera edición.
- Código Procesal Penal, Decreto Legislativo N° 957, versión actualizada – Sistema peruano de Información Jurídica, disponible en: <https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/detallenorma/H682695>

- Flores, A. (2016), “Derecho Procesal Penal I – Desarrollo teórico y modelos según el nuevo proceso penal”. Universidad Católica los Ángeles de Chimbote, Trujillo – Perú. Primera Edición.
- León, J. (2020), “Criterio de valoración probatoria de la sospecha grave en la prisión preventiva en el delito de lavado de activos”, Tesis para obtener el título profesional de abogado, RENATI – SUNEDU.
- Levene, R. (1980), “Derecho Procesal Penal nacional y bonaerense”, Editorial Universidad, Buenos Aires – Argentina.
- Missiego, J. (2021), “Uso y abuso de la prisión preventiva en el proceso penal peruano”, *Ius et Praxis*, Universidad de Lima, Revista de la Facultad de Derecho N° 53, ISSN 2523-6296, Pág. 125 – 135.
- Moreno, J. (2018), “La variación de “sospecha suficiente” a “sospecha grave” como estándar requerido en la imposición de la prisión preventiva”, *LP Pasión por el Derecho, Área Penal*, disponible en: <https://lpderecho.pe/sospecha-suficiente-sospecha-grave-estandar-prision-preventiva/>
- Prado, V. (2009), “Nuevo Proceso Penal Reforma y Política Criminal”, Idemsa, Lima - Perú, primera edición.
- Reátegui, J. (2018), “Comentarios al nuevo Código Procesal Penal – Volumen 1”, Ediciones Legales E.I.R.L., Lima – Perú, Primera Edición.
- Recurso de Casación N° 862 – 2018/Lima, Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, Sentencia de Casación de fecha tres de junio de dos mil veintiuno.
- Rodríguez, M. et al. (2012) “Manual de la Investigación Preparatoria del Proceso Penal Común”, Editorial AMBERO Consulting Gesellschaft mbH y Cooperación Alemana al Desarrollo Internacional – GIZ, Lima – Perú, Segunda Edición.
- Rosas, J. et al. (2017), “Análisis y comentarios de las principales sentencias casatorias en materia penal y procesal penal – emitidas por las Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia Periodo 2007 - 2017” – Secretaría Técnica de la Comisión Especial de Implementación del Código Procesal Penal – Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Lima – Perú.
- Sánchez, P. (2009), “La Investigación Preliminar en el Nuevo Proceso Penal”, Ponencia en la UNMSM, Escuela del Ministerio Público, disponible en: [https://www.mpfm.gov.pe/escuela/contenido/actividades/docs/515\\_la\\_investigacion\\_preliminar\\_-\\_ncpp\\_-\\_2009.pdf](https://www.mpfm.gov.pe/escuela/contenido/actividades/docs/515_la_investigacion_preliminar_-_ncpp_-_2009.pdf)
- Santiago, C. (1980), “Los límites de la responsabilidad penal – una teoría liberal del delito”, Editorial Astrea, Buenos Aires – Argentina.

- Valderrama, D. (2021), “Los niveles de sospecha en el proceso penal. Bien explicado”, LP Area Penal, LP Pasión por el Derecho, artículo virtual, disponible en: <https://lpderecho.pe/niveles-sospecha-proceso-penal/>

# LA ACUSACIÓN DIRECTA EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL

Antonio José Reyes Díaz

## INTRODUCCIÓN

Con la puesta en marcha del Código Procesal Penal, Decreto Legislativo N° 957 del 29 de julio de 2004, en el Distrito Judicial de Lima Sur, se ha creado un Equipo Multisectorial, como lo es la Comisión de Implementación del Nuevo Código Procesal Penal, que permite la implementación, este primer tramo, órganos jurisdiccionales (de parte del Poder Judicial), tales como son: Juzgados Penales de Investigación Preparatoria, y de Juzgamiento, Salas Penales Superiores de Apelaciones, así también, se ha implementado el Módulo Penal Corporativo, contando con Especialistas de Causas y de Audiencias; de la misma manera, órganos fiscales (de parte del Ministerio Público) como son las Fiscalías Provinciales Penales Corporativas y las Fiscalías Especializadas; de la misma manera, se han fortalecido a los Defensores Públicos Penales, e implementado Defensores Públicos de Víctimas (de parte del Ministerio de Justicia), y demás. Denotando la preocupación por contar con la logística adecuada y capacitar al personal que coadyuvará a la correcta implementación y aplicación de este nuevo procesal penal.

Esta implementación trae consigo un cambio significativo en el trámite del proceso penal, siendo un proceso penal acusatorio y adversarial, primando los principios de igualdad de armas, entre las partes procesales, principio de oralidad de los actos procesales, principio de inmediación entre el juez y las partes, a fin de dotar de esas garantías a los justiciables.

## FIGURA JURÍDICA NOVEDOSA

A más de un año de entrada en vigencia de la totalidad del Código Procesal Penal en el Distrito Judicial de Lima Sur, aún sigue siendo una ardua labor el “cambio de chip” y el cambio de cultura procesal, en cuanto a las novedades que éste trae, si bien es cierto ya se venía aplicando figuras jurídicas (o instrumentos procesales) aun cuando no entraba en vigencia el mencionado código como son la Prisión Preventiva, la Terminación Anticipada, el Proceso Inmediato, entre

otros; sin embargo, es totalmente nueva la figura de la Acusación Directa, la misma que se encuentra prescrita en el inciso 4 del artículo 336° del referido cuerpo legal: **“Artículo 336°. Formalización y continuación de la Investigación Preparatoria. (...) 4. El Fiscal, si considera que las diligencias actuadas preliminarmente establecen suficientemente la realidad del delito y la intervención del imputado en su comisión, podrá formular directamente acusación”**. (énfasis añadido)

Recordemos que el Proceso Común, en el Nuevo Código Procesal Penal, contiene 3 etapas, la Etapa de Investigación Preparatoria, la Etapa Intermedia y la Etapa de Juzgamiento. La etapa de la Investigación Preparatoria, inicia con las Diligencias Preliminares cuyo plazo es de 60 días, pudiendo ser ampliados a 60 días más<sup>1</sup>, y continuación, a discrecionalidad del Fiscal y teniendo en cuenta los elementos de convicción recabados, la Investigación Preparatoria ya formalizada, cuyo plazo es de 120 días, prorrogables a 60 días más<sup>2</sup>; en total, de manera aproximada, se tiene como plazo de la Etapa de Investigación Preparatoria 300 días. A su vez, la Etapa Intermedia, para procesos comunes, tiene como plazo máximo 40 días<sup>3</sup>.

Dicho lo anterior, la Acusación Directa tiene como fin contribuir a la conclusión más célere y eficaz del proceso penal, a fin de acortar la investigación preparatoria hasta llegar a la Etapa Intermedia (Control de la acusación); con la única condición de que al término del recaudo de los correspondientes elementos de convicción, según sea el caso, dentro los 120 días de Diligencias Preliminares, se haya logrado generar causa probable, suficiencia probatoria, y vinculación delictiva en el imputado, para así obviar los 180 días de Investigación Preparatoria ya formalizada y directamente llegar a la Etapa Intermedia, con el correspondiente Requerimiento de Acusación Directa, para dar inicio al Control Formal de la Acusación.

Así pues, es un aliciente a la carga procesal que se cuenta actualmente, sin embargo, esta decisión Fiscal, debe ser tomada muy razonable y proporcionalmente, por cuánto, no se debe entender que se está prejuzgando a los involucrados o que se quiere apurar o adelantar el juzgamiento del acusado, para así

- 
- 1 **Artículo 334° del Código Procesal Penal. Calificación.- (...)** 2. El plazo de las diligencias preliminares, conforme al artículo 3, es de sesenta días, salvo que se produzca la detención de una persona. No obstante ello, el fiscal podrá fijar un plazo distinto según las características, complejidad y circunstancias de los hechos objeto de investigación. (Sic...).
  - 2 **Artículo 342° del Código Procesal Penal. Plazo.-** 1. El plazo de la Investigación Preparatoria es de ciento veinte días naturales. Sólo por causas justificada-s, dictando la Disposición correspondiente, el Fiscal podrá prorrogarla por única vez hasta por un máximo de sesenta días naturales. (Sic).
  - 3 **Artículo 351° del Código Procesal Penal. Audiencia Preliminar.- (...)** 4. Si la audiencia es suspendida, la siguiente sesión deberá realizarse en un plazo no mayor a ocho (8) días hábiles. Entre el requerimiento acusatorio y la emisión del auto que lo resuelve no puede transcurrir más de cuarenta (40) días.

perjudicarlo, sino, en sí, es la sola aplicación de la norma adjetiva en beneficio de la sociedad.

### ¿LA ACUSACIÓN DIRECTA AFECTA EL DERECHO DE DEFENSA DE LAS PARTES PROCESALES?

El Nuevo Código Procesal Penal, señala que el **agraviado**, es todo aquél que resulte directamente ofendido por el delito o perjudicado por las consecuencias del mismo<sup>4</sup>, de la misma manera, para que el agraviado ejercite la pretensión civil en el proceso penal, esto es, solicitar fundamentadamente el monto por concepto de reparación civil se exige que deba constituirse en Actor Civil (**Artículo 98°. Constitución y Derechos. La acción reparatoria en el proceso penal sólo podrá ser ejercida por quien resulte perjudicado por el delito, es decir, por quien según la ley civil esté legitimado para reclamar la reparación y en su caso, los daños y perjuicios producidos por el delito. [Sic... ]**).

Se tiene que, expresamente el Código Procesal Penal en su artículo 101°, prevé la oportunidad de la constitución en actor civil, al indicar: “La constitución en actor civil deberá efectuarse antes de la culminación de la investigación preparatoria”. Por lo que, debe quedar claro que, la Investigación Preparatoria, se da inicio al término de los 120 días de Diligencias Preliminares, con la correspondiente Disposición de Formalización de la Investigación Preparatoria, expedida por el Fiscal, comunicada al Juez Penal de Investigación Preparatoria. Así las cosas, con la Acusación Directa, se obvia el tránsito por la Investigación Preparatoria formalizada, hasta la Etapa Intermedia, entonces qué ocurriría, si en un proceso penal, el agraviado desea constituirse en Actor Civil, y el Fiscal acusa directamente, el agraviado puede entender que se le está recortando su Derecho de Defensa dentro del proceso penal.

Ahora bien, el imputado<sup>5</sup> es aquella persona en la cual recae la sindicación de la víctima como partícipe del hecho delictivo, es sobre quien recae la imputación objetiva y es el actor más importante dentro del proceso penal, éste podría alegar que es una vulneración a su derecho de defensa el acusarlo directamente creyendo que se le está prejuzgando; al respecto, el imputado teniendo tal condición, cuenta con todas las garantías procesales a fin de que no se le vulneren sus garantías y derechos fundamentales, entre ellos, el derecho de defensa que le asiste, pues, por ejemplo, al encontrarse en la imposibilidad de contar con un defensor particular de libre elección, el estado le asigna un defensor público, a

---

4 Artículo 94° del Código Procesal Penal.

5 Según la Real Academia de la Lengua Española. **Imputado**. Persona a la que se atribuye formalmente un acto punible otorgándole el derecho de defensa pleno en el procedimiento penal, por recaer sobre ella indicios derivados de una investigación en marcha que, si luego son confirmados, darán paso a la figura del acusado.

fin de que no se le prive de ese derecho, siendo el Fiscal y el Juez, los primeros en respetar tal condición.

Al respecto, el VI Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, mediante el Acuerdo Plenario N° 6-2010/CJ-116, fundamento jurídico 12 prevé: *“Conforme a lo expuesto el requerimiento acusatorio, en el procedimiento de acusación directa, cumple las funciones de la disposición de la formalización de la investigación preparatoria en la etapa de investigación. Es decir: (i) individualiza al imputado y señala los datos que sirven para identificarlo; (ii) satisface el principio de imputación necesaria describiendo de forma clara y precisa el hecho que se le atribuye al imputado, con sus circunstancias precedentes, concomitantes y posteriores, y la correspondiente tipificación; (iii) establece la suficiencia probatoria señalando los elementos de convicción que fundamentan el requerimiento acusatorio; (iv) determina la cuantía de la pena que se solicita y fija la reparación civil cuando no hay actor civil; y (v) ofrece los medios de prueba para su actuación en la audiencia”*.

De la misma manera, en el fundamento jurídico 13, se prevé: *“El derecho de defensa de las partes procesales queda salvaguardado con la notificación del requerimiento de acusación para que en el plazo de 10 días puedan pronunciarse sobre el pedido fiscal. Respecto al imputado, se le posibilita, en virtud del artículo 350°.1 NCPP observar la acusación fiscal formal y sustancialmente y, de ser el caso, ofrecer las pruebas que considere se deben producir en el juzgamiento. En el caso de que la víctima no haya podido constituirse en actor civil podrá solicitarla al Juez de la Investigación Preparatoria conforme al artículo 100° NCPP y antes de que concluya el plazo establecido en el artículo 350° NCPP, en virtud de lo señalado por la citada normativa en el apartado 1, literal h), conforme al cual los sujetos procesales podrán plantear en el plazo de 10 días cualquier otra cuestión que prepare mejor el juicio; asimismo, objetar la reparación civil, o reclamar su incremento o extensión, para lo cual ha de ofrecer los medios de prueba pertinentes para su actuación en el juicio oral”*.

## CONCLUSIÓN

La acusación directa, de ninguna manera atenta, ni mucho menos vulnera el derecho de defensa de las partes procesales, conforme la Corte Suprema lo ha expuesto en el Acuerdo Plenario indicado, ya que, respecto al imputado, éste podrá ejercitar su derecho de defensa de manera íntegra e irrenunciable en la etapa intermedia, dentro del plazo legal otorgado, cuando se le notifique el Requerimiento de Acusación, a fin de que pueda ofrecer pruebas para el juicio, objetar la pena y la reparación civil, entre otros. Lo mismo ocurre, con el agraviado que no haya podido constituirse en actor civil podrá solicitar su constitución ante el Juez antes del vencimiento del plazo legal otorgado cuando se le notificó el requerimiento de Acusación Directa.

# LA PENA DE INHABILITACIÓN Y SU EJECUCIÓN EN LOS JUZGADOS DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA

*Luis Miguel Cuya Salcedo*

Al propósito de la pena de inhabilitación, nace la intención de decidirle algunos pensamientos y asumir un criterio uniforme, debido al debate que surgió de un caso en concreto en las instalaciones de la Corte Superior Nacional, donde se expusieron diversas posiciones con respecto al computo del plazo para la ejecución de la pena de inhabilitación, por lo que, surge la necesidad de exponer tres criterios relevantes; así como, el criterio que se adopta en este modesto ensayo.

## I. INTRODUCCIÓN

Como bien conocemos la ejecución de la pena de inhabilitación queda a cargo del Juzgado de Investigación Preparatoria, esto es, debido a que el Juzgado Penal Colegiado al dictar Sentencia –Condenatoria –y esta queda consentida o ejecutoria- sobre un determinado acusado, este último, remite los actuados «Copia Certificada o Cuaderno de Ejecución» al Juzgado de Investigación Preparatoria, a fin de seguir con el trámite correspondiente a la ejecución de la Sentencia, [Pago de la reparación civil, Inhabilitación, pago de Costas]. Por lo que, corresponde abordar este tema muy interesante sobre la pena de Inhabilitación y su ejecución en los Juzgados de Investigación Preparatoria de esta Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada, en adelante CSNJPE.

## II. DESARROLLO DEL ENSAYO.

### § Conceptos previos

#### 2.1 La Pena de Inhabilitación

##### 2.1.1 Definición

“La pena de inhabilitación consiste en la privación, suspensión o incapacidad de uno o más derechos políticos, económicos, profesionales y civiles del penado. A través de esta pena se sancio-

na a quien ha infraccionado un deber especial propio de su cargo, función, profesión, comercio, industria o relación familiar; o a quién se ha prevalido de su posición de poder o de dominio para delinquir<sup>1</sup>.”

De igual forma, el Código Penal regula la pena de inhabilitación, y ésta, se caracteriza por privar de ciertos derechos personales, profesionales o políticos al condenado; asimismo, lo que se busca con la inhabilitación es incapacitar a cierta persona, para el ejercicio de diversas funciones o actividades Públicas<sup>2</sup>. pena de inhabilitación, según la naturaleza del delito puede ser **principal o accesoria**<sup>3</sup>. **Es principal**, cuando se impone independientemente sin sujeción a otra pena, a su vez puede aplicarse de forma conjunta, con la pena privativa de la libertad o de multa. Es **accesoria**, cuando no tiene existencia propia y únicamente se aplica acompañado de una pena principal, esto es la pena privativa de la libertad, siendo una pena complementaria que castiga una acción que constituye a una violación a los deberes inherentes a la función pública, de cargo, de profesión, abuso de autoridad, comercio, industria, patria potestad, tutela, curatela, o actividad regulada por ley<sup>4</sup>. Extendiéndose por igual tiempo que la pena principal.

Al respecto el Juez Magistrado de la CSNJPE, Dr. Concepción<sup>5</sup> (2022), refiere que, [...] es bien sabido que la pena que se le impone a todo sentenciado por un determinado delito, puede ser una pena principal o accesoria, lo mismo ocurre con uno de los tipos de pena, que se puede imponer a un sentenciado, como vendría a ser la pena de inhabilitación.

Siguiendo el argumento anterior, y parafraseando las ideas del ilustre Dr. Concepción<sup>5</sup> (2022), la pena de inhabilitación cuando se impone como **pena principal**, valga la redundancia, siempre se impone de manera autónoma, y ésta, puede aplicarse sola o puede ir acompañada a otra pena. En cambio la **pena de inhabilitación accesoria**, no tiene autonomía, siempre se aplica acompañando una pena principal, la misma que está previsto para cada tipo penal; básicamente esta pena complementaria, que se aplica a nivel de pena accesoria es cuando el agente

---

1 FUNDAMENTO JURÍDICO Nro. 6° del Acuerdo Plenario N°2-2008-7CJ-116. Pág.2. CORTE SUPREMA DE LA REPUBLICA. Lima, Perú. 2008.

2 Artículo 36° del Código Penal.

3 Artículo 37° del Código Penal.

4 Artículo 39° del Código Penal.

5 RICHARD AUGUSTO CONCEPCIÓN CARHUANCHO. (2022). Juez Titular del Primer Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional. Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada. Poder Judicial. Lima, Perú.

para cometer el delito, se ha valido de esa posición ventajosa, es por ello que la sanción no solamente va al castigo del delito, sino también hay una desvalorización adicional, el cual va implicar que adicionalmente se le pueda imponer una pena de inhabilitación, básicamente con la finalidad de sancionar el ilícito penal, por haberse valido de esa posición ventajosa.

## § De los criterios controvertidos

El tema central que dio origen al abordaje de la pena de inhabilitación, versa sobre lo dispuesto en el Acuerdo Plenario Nro. 2-2018/CJ-116, de fecha 18 de julio del 2018, y el Acuerdo Plenario N°10-2009/CJ-116, del 13 de noviembre del 2009, sobre la «**Ejecución de la Pena de inhabilitación**»; a raíz de ello, es que, después de una ligera interpretación de los mencionados Acuerdos Plenarios, surgen tres criterios, los mismos que pasamos a exponer y estas responden a la siguiente interrogante: **¿cuándo se computa el plazo para la ejecución de la pena de inhabilitación?**

### 3.1 El primer criterio:

Un pequeño sector de la comunidad jurídica, considera que el cómputo del plazo para la ejecución de la inhabilitación, rige al término de la pena privativa de la libertad, esto es cuando el «**Condenado**» obtiene su libertad, al concluir la pena impuesta, iniciando así la pena de inhabilitación para ejercer cargos Públicos y otros que señala la norma; ya que es requisito que haya obtenido dicha libertad para ser efectiva la razón de ser de dicha pena.

Con este criterio, nos quieren decir en ciertas palabras, que el condenado podría votar -sufragar- en prisión, dejando abierta la posibilidad de ejercer un cargo Público, dentro del Establecimiento Penitenciario.

Posición que no compartimos, puesto que, si la pena de inhabilitación no rigiese durante el tiempo en que el condenado está privado de su libertad, no tendría sentido esa «previsión»<sup>6</sup>.

### 3.2 Por su parte, un segundo criterio refiere que:

La Inhabilitación, se ejecutará una vez que la «**Sentencia condenatoria**» haya adquirido autoridad de cosa juzgada, es decir contra la que no procede recurso alguno, estando expedita para su ejecución. Iniciando desde dicha fecha el cómputo de la pena de inhabilitación impuesta al «**Condenado**».

6 Previsión.- Acción de disponer lo conveniente para atender a contingencias o necesidades previsibles. Real Academia Española. Madrid, España.

Criterio que compartimos parcialmente, el mismo que desarrollaremos ampliamente a lo largo de este ensayo.

### 3.3 Finalmente, un tercer criterio que resulta cuestionable:

Refieren que, con respecto al plazo de la ejecución de la pena de inhabilitación, iniciará cuando el Juzgado de Investigación Preparatoria emita el Auto de ejecución de la pena de inhabilitación<sup>7</sup> y curse los oficios a las entidades correspondientes «Jurado Nacional de Elecciones, RENIEC, Ministerio de Trabajo, Ministerio de Educación y otros», siguiendo la misma suerte de trámite, igual o similar a una inscripción de una medida<sup>8</sup> llámese de Embargo, inhibición, incautación y otros. Contabilizándose desde su inscripción, a efectos de dar cumplimiento a la pena de inhabilitación impuesta.

Criterio que no compartimos, siendo que carece de sustento legal que refuerce dicha posición, por lo que, representa una interpretación errónea de la norma tanto materia y procesal, con ello se estaría vulnerando el derecho del «**Condenado**».

Siguiendo el argumento anterior, la demora «si se quiere burocrática» en remitir los oficios a las entidades correspondientes, para la inscripción de la Inhabilitación, no debería perjudicar al «Condenado», puesto que, la deficiencia del Sistema Judicial es ajeno a ello.

## § Sobre la ejecución de la pena de Inhabilitación

Ahora bien, al propósito de este último criterio y teniendo en cuenta los dos criterios precedentes, surge la necesidad de realizar una nueva interrogante: **¿Quién es el llamado para ejecutar la pena de inhabilitación y cursar los oficios para su debida inscripción?**

Al respecto, con el Antiguo Código de Procedimiento Penales<sup>9</sup>, el Juzgado Penal Colegiado emite la «Sentencia Condenatoria», inmediatamente después remite los Oficios a las entidades correspondientes a fin de poner de conocimiento e inscriban dicha pena. Ello teniendo presente la demora que se incurre al momento de remitir el cuaderno de ejecución al Juzgado de Investigación Preparatoria, y proveer la misma.

Por su parte la Dra. Lazo De La Vega (2022), señala que: [...] con la carga que tienen los jueces de investigación preparatoria, podría ser muy

---

7 Con el Nuevo Código Procesal Penal, el Colegiado emite la Sentencia Condenatoria en un caso concreto, y remite al Juzgado de Investigación Preparatoria para iniciar la ejecución de la misma dentro de los parámetros que indica.

8 Medida Limitativa de Derechos.

9 Información recabada y obtenida de la Secretaría del Juzgado Liquidador

interesante que volvamos nuevamente a los jueces de ejecución, porque serían jueces directamente avocados a esa labor<sup>10</sup> [...]. Resaltando así, la Magistrada que se debería retomar con el antiguo modelo, en donde los jueces de ejecución eran los encargados de ejecutar la pena de inhabilitación.

A la entrada en vigencia el Nuevo Código Procesal Penal, el Juez de Investigación Preparatoria es el llamado a ejecutar las Sentencias Condenatorias, emitidas por el Juzgado Penal Colegiado o Juzgado Unipersonal, «**Sentencia consentida o ejecutoriada**» en el extremo de [Pago de la Reparación Civil, pago de costas, mandato de inhabilitación].

En palabras del Juez Magistrado, Zúñiga (2022), de la CSJNPE, refiere que, la ejecución de la pena de Inhabilitación debe ser inmediata<sup>11</sup>, esto en mérito a lo dispuesto en el Acuerdo Plenario Nro. 10-2009/CJ-116, y esta, debe estar a cargo del Juez de Investigación Preparatoria.

### § Posición que se adopta con el presente ensayo

Después de haber leído detenidamente los Acuerdos Plenarios Nro. 2-2018/CJ-116, de fecha 18 de julio del 2018, y N°10-2009/CJ-116, publicado el 13 de noviembre del 2009, ambos sobre la «Ejecución de la Pena de inhabilitación», sin mayor esfuerzo en realizar una debida interpretación sistemática, se concluye que el cómputo del plazo para la ejecución de la pena de inhabilitación, inicia cuando la Sentencia condenatoria haya adquirido de cierta forma la autoridad de cosa juzgada, esto es una «**Sentencia Firme**». Ejecutándose, desde la fecha que se emita la resolución que declara consentida o ejecutoriada la Sentencia Condenatoria.

De allí que, exista demora en el trámite para la inscripción de la misma, es irrelevante e incuestionable con respecto al cómputo del plazo para su ejecución.

Coincidimos con las ideas del Juez Magistrado, Dr. Concepción (2022), que refiere, “[...] por ahora existe un mandato legal, en que los jueces de investigación preparatoria se encargan de la ejecución de la sentencia, esto está previsto expresamente en la norma procesal penal, y por ende, si se le ha impuesto la obligación de ejecutar las sentencias que haya expedido el Juzgado Colegiado, por mandato legal lo deben hacer”<sup>12</sup>.

10 LAZO DE LA VEGA VELARDE SANDRA JANETTE. (2022). Jueza Superior Titular de la Corte Superior de Justicia de Arequipa. Perú.

11 ZÚÑIGA URDAY VÍCTOR RAÚL. (2022). Juez Titular del Cuarto Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional, de la Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada. Poder Judicial. Lima, Perú.

12 *Ibidem* 1.

El autor anteriormente citado, agrega que dicha obligación es inconveniente y no es adecuado por dos razones:

[...] **La primera razón** obedece a la carga procesal, dado que los jueces de investigación preparatoria, tienen ya bastante carga procesal por el solo hecho de ser jueces de control durante la investigación preliminar, durante la investigación preparatoria y por conducir la etapa intermedia, tienen bastante carga procesal incluso con las medidas cautelares, y darle de manera adicional la ejecución de las sentencias, es recargar aún más, su carga procesal, no siendo conveniente [...].

[...] **Lo segundo**, considero que deberían de crearse como antes que existían los famosos jueces de ejecución penal, es decir jueces especializados que solamente se encargaban de la ejecución de las sentencias o de todas las medidas de seguridad que implementaban como consecuencia del proceso penal, de tal suerte que ello, ya no distraía la carga procesal ni de los jueces de investigación preparatoria, ni de los jueces de juzgamiento [...]. Además, considero que la ejecución penal tiene su propia especialidad, es decir tiene sus propios principios [...].

### § Caso práctico - caso en concreto

Expediente N°101-2017-28-5001-JR-PE-01<sup>13</sup>

**CASO: “TIFÓN”**

«Tráfico Ilícito de Drogas»

A fin de ejemplificar, el tema que viene desarrollando, es pertinente abordar un caso práctico –real- con el propósito absolver toda duda existente derivado del tema que hoy nos convoca.

Primero, se tiene que, al juzgado de investigación Preparatoria Nacional, llega el oficio remitido por el «Juzgado Penal Colegiado Nacional», conteniendo copias certificadas de la **Sentencia de conformidad** –un sentencia-do-, y la **Resolución** que declara **consentida** la misma, para su ejecución correspondiente.

Es de mencionar que, Sentencia de Conformidad N°1, respecto al acusado Josué Iván Vallejos Sangama, tiene fecha 18 de febrero del 2022, por su parte la Resolución N°2, que declara consentida y firme la Sentencia, fue emi-

---

13 Primer Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional. Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada. Poder Judicial. Lima, Perú. auto que lo resuelve no puede transcurrir más de cuarenta (40) días.

tida con fecha 18 de febrero del 2022; y, estas fueron remitidas al Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional, con fecha 03 de mayo de 2022; para su ejecución correspondiste, con respecto a la pena de Inhabilitación –cinco meses- y la pena de –ciento cincuenta y cuatro- días multa, del Sentenciado antes mencionado.

Con referencia a la pena privativa de la Libertad, esta es de doce (12) años y diez meses, y en forma conjunta la inhabilitación de cinco (5) meses; por lo que, si realizamos un cálculo en base a lo dispuesto en los Acuerdos Plenarios descritos anteriormente, el computo del plazo inicia desde la fecha en que la Sentencia de Conformidad quedó firme, a la fecha actual (4 de mayo del 2022), nos queda un saldo dos (2) meses y 14 días de inhabilitación por inscribir en los registros, remitiéndose los oficios correspondientes.

Como lo señalamos anteriormente, de allí que exista demora en remitir los actuados al Juzgado de Investigación Preparatoria, exista demora el trámite para la inscripción de pena de inhabilitación en las entidades correspondiente, resulta irrelevante e incuestionable con respecto al cómputo del plazo para su ejecución; por lo que no se podría aplicar esta omisión en perjuicio del sentenciado.

### III. CONCLUSIONES

Para concluir el presente ensayo, debemos señalar que la ejecución de la pena de inhabilitación, inicia desde la fecha, en que la sentencia queda firme –llámese consentida o ejecutoriada– adquiriendo, si se quiere, autoridad de cosa Juzgada.

Creemos que la ejecución de la pena de Inhabilitación, debería estar a cargo del «**Juzgado Penal Colegiado**», toda vez que al momento de emitir la «**Sentencia Condenatoria**», inmediatamente después se remitan los oficios para su inscripción, siguiendo la misma suerte de la inscripción de la Sentencia en el INPE, y no incurrir en una demora innecesaria. Siendo esto así, dejamos abierta la posibilidad de que el Órgano competente, opte por expedir una directiva que establezca dicho procedimiento.

Finalmente, concluimos que, deber haber un registro único, en donde se inscriban las penas dictadas de inhabilitación, en palabras del respetable y admirable Dr. Concepción (2022), “[...] debe existir un registro a efectos de publicitar, y quede claro, que se ha impuesto dicha pena, indicando desde cuando inicia y cuando termina, todo ello, a fin de llevar un control”.

Agradeciendo, a mi maestro y jefe en la CSNJPE, el ilustre **Dr. Richard Augusto Concepción Carhuanchu**, por brindarme una entrevista, por compartir su amplio conocimiento, y permitirme citarlo en este modesto ensayo.

#### IV. REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

- ACUERDO PLENARIO N° 2-2018/CJ-116. (2018). VI Pleno Jurisdiccional De Las Salas Penales Permanente, Transitoria Y Especial. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA. Jurisprudencia Sistematizada del Poder Judicial. Lima, Perú. Extraído de: <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/ba8odd804075b9e5b66ff699ab657107/Acuerdo+Plenario+2-2008.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=ba8odd804075b9e5b66ff699ab657107>.
- ACUERDO PLENARIO N° 10-2009/CJ-116. (2009). V Pleno Jurisdiccional De Las Salas Penales Permanente, Transitoria Y Especial. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA. Jurisprudencia Sistematizada del Poder Judicial. Lima, Perú. Extraído de: [https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/bb7529004075b96bb599f599ab657107/ACUERDO\\_PLENARIO\\_10-2009-CJ-116\\_301209.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=bb7529004075b96bb599f599ab657107](https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/bb7529004075b96bb599f599ab657107/ACUERDO_PLENARIO_10-2009-CJ-116_301209.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=bb7529004075b96bb599f599ab657107).
- CUYA, L. (2022). “Entrevista al Juez Richard Augusto Concepción Carhuancho.” Youtube. 26 de junio del 2022. Extraído de: <https://youtu.be/SobXm8crBiU>.
- DE LA VEGA, V. (2022). Concurso Público Para La Selección Y Nombres De Jueces/Juezas Supremos (as). Junta Nacional de Justicia. Transmitido en vivo, por Justicia Tv. Lima, Perú.
- ZÚÑIGA, U. (2022). Conversación personal, de fecha 20 de junio 2022. Instalaciones de la Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada. Lima, Perú.

# EL DIVORCIO NOTARIAL Y LA DESINTEGRACIÓN DE LA INSTITUCIÓN FAMILIAR PERUANA (2008-2022)

*Mg. Paúl Peña Manco*

## RESUMEN

En la literatura del divorcio “rápido” en Perú, especialmente, en esta última década, la tendencia es a desjudicializar el divorcio, donde una buena parte de las parejas acuden a las notarías, buscando previo acuerdo de las partes. Para poder expresarse con propiedad la desjudicialización de divorcios, se podría denominar notarialización del divorcio, que en orden de costo beneficio es sustancialmente favorable para ambas partes. El objetivo general de este trabajo es describir los efectos significativos de la disolución del vínculo matrimonial en las notarías y qué efectos trae en la sociedad. Para ello, se aborda el estudio de caso y su aproximación teórica, propia del método cualitativo, para luego realizar un análisis de fuentes bibliográficas que nos dé una aproximación más certera de los efectos del divorcio “rápido” en el Perú durante esta última década. En breve, consideramos que existe evidencia que “aceleración” de la notarialización del divorcio afecta en gran medida la institucionalidad de la familia peruana.

**Palabras clave:** Divorcio, Desintegración de familia, Derecho de familia, Matrimonio, Familia.

## ABSTRACT

In the literature on “fast” divorce in Peru, especially in this last decade, the tendency is to dejudicialize divorce, where a good part of the couples go to notaries, seeking the prior agreement of the parties. In order to be able to properly express the dejudicialization of divorces, it could be called notarialization of the divorce, which in order of cost benefit is substantially favorable for both parties. The general objective of this work is to describe the significant effects of the dissolution of the marriage bond in notaries and what effects it brings to society. For this, the case study and its theoretical approach, typical of the qualitative method, are addressed, to then carry out an analysis of bibliographic sources that give us a more accurate approximation of the effects of “rapid” divorce in Peru during this last decade. In short, we consider that there is evidence that

“acceleration” of the notarization of divorce greatly affects the institutionality of the Peruvian family.

**Keywords:** Divorce, Family environment, Family law, Family, Marriage.

## I. INTRODUCCIÓN

La investigación sobre el divorcio notarial permite a las personas, interesadas en este tipo de trámites, acreditar rápidamente haber estado casados como dos años aproximadamente, pero que se pueden evidenciar con separación de cuerpos. La notarialización del trámite se inicia al momento de presentar una solicitud ante el notario correspondiente adjuntando los documentos de Ley, donde existe voluntad manifiesta de ambas partes para proceder con el trámite. La importancia es mayor, por cuanto, en todas las oficinas notariales, a lo largo del país, pueden tramitarse divorcios notariales, con expedientes debidamente acreditadas conforme a Ley para que personas con malas intenciones no puedan usar la modalidad con fines mal intencionados.

Esta investigación utiliza instrumentos jurídicos como medio de conocimiento que está basado en evidencias teóricas, sobre aquellos casos seguidos respecto a la protocolización de divorcios notariales. Asimismo, es importante, porque está inmersa la actividad humana, toda participación humana respecto a diversas problemáticas, de por sí es importante, por cuanto analiza fenómenos y situaciones que rodean las normas de convivencia. La coyuntura que atravesamos no es excepción.

De lo expuesto, este trabajo parte de la siguiente interrogante: ¿De qué manera la disolución del vínculo matrimonial en las oficinas notariales produce efectos significativos en la familia, núcleo de la sociedad? Con fines de precisión este trabajo tiene el siguiente marco delimitativo:

**Delimitación espacial.** El ensayo se desarrolla en relación a las oficinas notariales del Perú sobre disolución de unión matrimonial con la protocolización notarial y sus efectos en las familias.

**Delimitación Temporal.** Por su naturaleza jurídico-Social, el estudio reúne condiciones para analizar la realidad de la disolución de vínculo matrimonial. En tal sentido, es un estudio de actualidad, por lo que temporalmente fue delimitada como fecha de inicio en el 2008 al presente.

**Delimitación social.** La investigación permite describir y analizar el estudio sobre la separación del vínculo matrimonial con la notarialización de los acuerdos en notarías por su dimensión jurídico – social. En este caso la categoría familia peruana es el centro de investigación.

La denominación de divorcio rápido, en el Perú, entra en vigencia en el año 2008, que facultan a Notarías y las Municipalidades, a realizar el trámite, como

un camino alternativo al del Poder Judicial. En ese sentido, la disolución de vínculo matrimonial en notarías de Lima, lo que pretende es conocer los efectos en la familia. Cabe precisar que al amparo de la Norma jurídica N° 29227 no todas las municipalidades pueden hacer este trámite, ya que esta ley les exige a los municipios cumplimiento de una serie de requisitos previos. Se conoce que cualquier trámite que se hace ante una entidad estatal termina en una resolución, son firmadas por diversos funcionarios, pero en la “Ley de divorcio rápido” se exige que cada “resolución” sea firmada por el propio alcalde. A nivel práctico, no se está cumpliendo a cabalidad, por cuanto los alcaldes firman decretos, ordenanzas, y un sin fin de decisiones que afectan a miles de ciudadanos de su jurisdicción, y la firma de una resolución de divorcio tendrá que seguir el conducto regular. Aquí es donde está el retraso.

Frente a esta realidad, al parecer, el camino más rápido es vía notarial, quienes ofrecen mejor alternativa donde la firma de resoluciones es en cuestión de minutos. Divorcio rápido en despachos Notariales son más rápidos que en despachos municipales. Sin embargo, la función del notario siempre ha estado encargada de registrar los muebles e inmuebles, propiedades que tienen que ver con las garantías de seguridad jurídica. En ese sentido, el divorcio rápido en las notarías, es un desafío que le ha impuesto la sociedad de tal forma que pueda humanizar sus expedientes con valores de familia

El objetivo general de este trabajo es describir los efectos significativos de la disolución del vínculo matrimonial en las notarías y qué efectos trae en la sociedad. Mientras que los objetivos Específicos están dirigidos a: a) Describir los aspectos favorables en los costos procesales en la disolución del vínculo matrimonial en las notarías. b) Determinar los factores socioculturales que se relacionan con la disolución del vínculo matrimonial en las oficinas notariales con los problemas en la sociedad. c) Señalar que la garantía en la seguridad jurídica en la disolución del vínculo matrimonial en las notarías tergiversa la institucionalidad familiar.

Este ensayo aproximativo se ha elaborado metodológicamente desde el estudio de caso y su aproximación teórica, propia del método cualitativo, para luego realizar un análisis de fuentes bibliográficas que nos dé una aproximación más certera de los efectos del divorcio “rápido” en el Perú durante esta última década. En breve, consideramos que existe evidencia que “aceleración” de la notarialización del divorcio afecta en gran medida la institucionalidad de la familia peruana. Los principales límites de nuestra investigación están relacionada a la falta de evidencias empíricas y estadísticas provenientes de la misma institución notarial en el Perú, la cual carece de apertura con su documentación, en tal sentido, apuntamos a enmarcar la problemática para que futuras investigaciones confirmen nuestras sospechas.

Finalmente, arribamos a conclusiones que evidencian la disolución del matrimonio como significativa para la familia, debido a que la Ley de divorcio rápido, lo que permite es tramitar los divorcios directamente en las oficinas notariales por la eficacia en los resultados en un tiempo aproximado de 3 a 4 meses, lo que dura años en el Poder Judicial. Asimismo, se concluye que, a pesar de su rapidez, rompe la institución familiar, de modo que convierte el divorcio como un simple producto de supermercado. No contempla la posibilidad de recuperar la armonía familiar. Esto se evidencia debido que ofrece ventajas, en cuanto al trámite, beneficios de tiempo y economía, rapidez y bajos costos. Pero no contempla el trauma que implica para los hijos menores de edad. Finalmente, se concluye que este procedimiento rápido tiene sus restricciones y requisitos para poder acceder, y desde luego sus costos, viene representando para toda una nueva alternativa, por lejos más económica y rápida que el sistema de divorcio tradicional.

## II. METODOLOGÍA

En este trabajo se ha llevado una revisión sistemática de la literatura científica vinculado en el campo del Derecho y en el marco teórico de del Derecho a la Familia, específicamente en el tema del divorcio notarial y sus efectos en el matrimonio y la disolución de la familia peruana, núcleo central del estado nacional. Para su elaboración, se ha proseguido las directrices de la declaración PRISMA. A continuación, reseñaremos el proceso de elaboración de este trabajo siguiendo sus distintas fases:

En primera instancia precisamos que este trabajo es una variante de mi publicación Guía del Divorcio “Rápido” publicada en el 2021. En ese trabajo y en el actual realizamos una combinación de búsquedas iniciales relacionando los términos “divorcio notarial” y “matrimonio y familia” en el buscador de Google y la base de datos de Google Scholar. Posteriormente, siguiendo una combinación de operadores booleanos AND y OR terminos como “Familia”, “derecho de familia”, “divorcio”, “divorcio municipal” y “Divorcio municipal”. La búsqueda arrojo numerosas cantidad de publicación, muchos de ellos duplicados o indirectos al tema de nuestra investigación. Asimismo, paralelamente se realizó un seguimiento a nivel de intranet en la base bibliográfica de la biblioteca universitaria de Posgrado de la Universidad Alas Peruanas. Con esta información conseguimos ampliar nuestro campo de estudio de la cual resulta un balance de los principales especialistas en la materia.

Entre los criterios de búsqueda utilizados puede resaltarse los siguientes parámetros: (divorcio notarial or divorcio municipal) OR matrimonio en Perú) AND (estadística OR divorcio notarial) OR INEI) OR disolución matrimonial) OR legislación divorcio). En esta búsqueda se obtuvieron resultados superiores a 1000, siendo relevantes 80 referencias. De esta última cifra, se definió el siguiente criterio de inclusión y exclusión:

En primer lugar, a nivel de inclusión se ha dado énfasis a tesis y publicaciones más que a artículos o ensayos, esto debido a que buscamos referencias consolidadas en el tiempo que sirvan de referencia a un tema que consideramos aún exploratorio y por lo tanto de contenido más de carácter divulgativo.

En segundo lugar, qué se estudie el tema en el sesgo del campo del derecho, especialmente en el derecho de familia.

En tercer lugar, se relaciona a criterios de especialidad, prefiriendo optar por bibliografía peruana y/o de carácter en el ámbito latinoamericano. Esto debido a que nos interesa comparar únicamente la temática con países que comparten similitud de trayectoria histórica, especialmente en el contexto denominado Bicentenario.

En relación al criterio de exclusión, hemos enfatizado en el idioma, seleccionando la bibliografía escrita en español. Esto a sabiendas que la temática ha sido abordada en diferentes lenguas, especialmente el inglés.

Otro criterio de exclusión ha sido centrar nuestra atención el campo del divorcio notarial, excluyendo al divorcio municipal.

En último, descartar aquellos estudios que no se enfoquen o aporten en el tema de su impacto en el entorno familiar y aquellos que temporalmente hayan sido escritos antes del 2008.

Según estos criterios se ha procedido a seleccionar un aproximado 25 trabajos. De los cuales se ha seleccionado 5 estudios para comprender la problemática del divorcio notarial a nivel general y 5 estudios aplicados al Perú, dando un total de 10 investigaciones. Posteriormente se han incluido un grupo de libros de carácter general sobre la materia y legislación propia emitida por el estado peruano para regular el divorcio notarial. Lamentablemente, debemos señalar que, pese a nuestra búsqueda permanente, existe muy poca información estadística acerca del divorcio notarial en el Perú, esta situación es muy probable que se deba al carácter reservado de la documentación que manejan las notarías. No obstante, resulta perjudicial, para el enfoque que pretendemos.

Señalado esta primera limitación es importante reiterar el carácter aproximativo y generalizante de nuestro ensayo. La cual se debe especialmente a la ausencia de investigaciones aplicadas y empíricas, así como a la escasa documentación que procede del Consejo Nacional de Notarías del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (MINJUS). Es por ello, que indirectamente se han agregado notas de investigación periodística y sobre todo reportes estadísticos de diversas instituciones peruanas como: INEI, RENIEC, Ministerio de la Mujer, etc. Gracias a estos recursos hemos podido recrear un panorama del divorcio y sobre todo el divorcio como una de los indicadores de la problemática de la crisis familiar en el Perú.

En base a la recopilación de este material nos ha resultado muy útil para este trabajo identificar un conjunto de conceptos que se han convertido en referentes para la explicación de nuestro ensayo de investigación, dada su relevancia para nuestro estudio, detallamos algunos referentes que abordaremos sucesivamente en este trabajo:

**Familia:** La Real Academia de la Lengua Española señala que la Familia es *Grupo de personas emparentadas entre sí que viven juntas*. Esta definición resulta superficial si asumimos la definición que la editorial Etecé, especialistas en temas sociales, entiende por familia. Es decir, una organización, la más importante de la sociedad, conformada por vínculos consanguíneos, o como la organización social más importante para el hombre, por pertenecer a una comunidad que son importantes en el desarrollo psicológico y social de la persona. (2020)

**Derecho de familia:** En el campo jurídico, es la salvaguarda de los derechos de las familias involucradas en la unión hechos por medio de matrimonio, concubinatos o la de los hijos. (Baqueiro, E. y Buenrostro, R., 2005)

**Matrimonio:** Se llama a la celebración institucional de desvinculación conyugal, de dos miembros. Es un acto reconocido en la sociedad como matrimonio, consagrado por vía legal y religiosa, con tradiciones y costumbres incluidos. La celebración matrimonial establecido entre cónyuges, generan obligaciones y derechos que son establecidos por derecho civil, el matrimonio legitima a los hijos procreados, según los procedimientos establecidos en el código de familia. (Ramos, 1998)

**Disolución del vínculo matrimonial:** Señala desvinculación de las parejas por fallecimiento de alguno de los cónyuges, o por comportamientos impropios de algunos de ellos. Por lo que la sentencia de divorcio es ejecutoriada en forma LEGAL (Ley 996 Arts. 151, 155) Disolución Sumaria Del Matrimonio).

**Divorcio:** La desvinculación matrimonial se define como la separación de las parejas luego de haber vivido en la constitución matrimonial. Por otro lado, se define el divorcio, como desvinculación conyugal, refrendado por juzgados de familia a solicitud de alguna de las partes, que pudieran ser.

**Divorcio absoluto:** Se denomina así la ruptura definitiva de la institución matrimonial, que ocurre con frecuencia, en legislaciones latinoamericanas; empero, en caso del Perú, también se aceptan divorcio relativo.

**Divorcio relativo:** Se refiere a separación simple, es decir, desvinculación de cuerpos, pero sin resolver el vínculo. A pesar que cesan los deberes matrimoniales, el vínculo matrimonial persiste.

**Divorcio-Remedio:** Esta teoría está basado en la trascendencia y frustración del fracaso conyugal, vale decir; la ruptura de la convivencia matrimonial,

bajo corresponsabilidad de ambos cónyuges, siendo interés personal de alguno de los involucrados que tiene interés legítimo, para demandar. (Ramos 1990).

**Divorcio-Sanción:** Estas teorías están basados en conceptos de que los conflictos conyugales que conduce al rompimiento del matrimonio, presupone culpabilidad de una de las partes o ambos cónyuges, cuyos acontecimientos se tipifican hechos de culpabilidad cuyas acciones son incompatibles con la convivencia razonable y la vida en común. (Cornejo 1999).

**Notarias:** Son los órganos de competencia que cumplen función pública y tienen autorización para testificar manifestaciones de voluntad en la celebración de contratos y actos extrajudiciales inherentes a la función notarial. Su actuación es de carácter público que valide todo instrumento por medio de su firma.

**Notario:** Es aquel profesional de derecho, cumple la responsabilidad de Notario, es un funcionario público facultado para protocolizar la fe pública, autenticar las firmas y evidenciar los actos y contratos que acuerdan en su despacho. Asesora implícitamente a las partes, protocolizando la voluntad de las partes. Redacta la instrumentalización notarial, conservando una copia en su archivo. (Tambini, 2006)

**Celebración de la Audiencia:** Es un acto de carácter público, pero se celebran a puertas cerradas, en el acto no puede haber personas que no estén vinculados al procedimiento o que no sean partes del proceso en el Tribunal.

**Costos:** El divorcio, en oficinas notariales, es protocolización de voluntades de ambas partes, en el sistema judicial, es un proceso que demora en promedio un año o dos años, a parte de la dilatación del tiempo entre costos procesales y legales bordea entre 4,500 a 6,000 soles, en esas circunstancias surge la Ley 29227, que simplifica la desvinculación de las parejas en corto tiempo y por un costo menor que bordea entre S/. 700 y S/ 1500. Soles

**Seguridad Jurídica:** Se llama al instrumento que garantiza al individuo la seguridad jurídica, de sus bienes y propiedades que no serán violentados por terceros, es una garantía de protección de bienes de la sociedad, una garantía para proteger y reparar las manifestaciones de voluntad.

**Separación convencional:** Es la desvinculación del vínculo conyugal, situación en la cual quedan ambas partes atenuadas en todas las situaciones del vínculo marital, las obligaciones de cohabitación, por ende, cada cónyuge puede perder los derechos al querer que cohabite con él.

**Tesis antidivorcista:** Es una opción doctrinaria que propone el divorcio de las personas, mediante la tolerancia, reservando los causales regulados en

forma taxativa los medios probatorios, para poder evitar la ruptura de la desvinculación matrimonial.

**Tesis divorcista:** Es una opción doctrinaria que propone definir criterios valorativos, a fin de propiciar desvinculación matrimonial, evitando no perjudicar la tranquilidad de los esposos.

### III. RESULTADOS:

#### EL DIVORCIO NOTARIAL O “RÁPIDO” EN LATINOAMERICANA

Un breve recorrido a las principales publicaciones especializadas en el tema de divorcio notarial nos dará un panorama más amplio de los principales debates alrededor de esta, desde su aplicación en Perú y en algunos países latinoamericanos:

El libro de Asti, J., Arias, P. y Vásquez, C. (2013) *Un estudio sobre los efectos del Divorcio Rápido en el Perú, disertado en la XVII Conferencia Anual de Asociación Latinoamericana e Ibérica de Derecho y Economía (ALACDE)* Rio de Janeiro, señala los efectos generados desde la publicación de Ley de divorcio rápido. No era lo que se habían pronosticado, que fue producto del desarrollo teórico. En este estudio, los autores aseveran que las estructuras de incentivos no se afectan en la toma de decisiones respecto al contrato matrimonial, dado que el proceso de salida no es determinante, sumando a ello, la convivencia, como reemplazo del matrimonio, que genera incentivos diferentes productos del emparejamiento. De esta manera, las personas al casarse o no, valoran más rentas producidas durante esa unión.

Añaden, en su conclusión, que las parejas casadas han sabido incorporar a su procedimiento el conocimiento de normas, asegurándose, frente a una desvinculación, las conductas estarían afectadas. Del mismo modo, señalan que las parejas casadas con bienes separados, lo hacen con conocimiento de normas, posteriormente tomar decisiones frente a las rupturas y sincerar el estado convivencial ante la ley, lográndose con ello, evidenciar los expedientes que permitan cumplir los requisitos legales para trámites posteriores.

En tanto, Erazo (2014) *Divorcio por mutuo consentimiento ante el notario, con hijos menores de edad, previa resolución del juzgado de la niñez y adolescencia, donde se garantizarán los derechos de los menores* (Ecuador) señala que procedimiento tramitacional del divorcio ya sea controvertido o mutuo consentimiento, se llevan a cabo en Unidades Judiciales correspondientes a Familia – Mujer - Niñez y Adolescente, se caracterizan por su dilación, por tener carga procesal, que causan insatisfacción y molestias en los usuarios. Es por eso que los notarios aparecen en escena con trámites convenientes, seguros y ágiles que garantiza el interés superior de los niños. El artículo 18 numeral 22 de la ley faculta a la Notaría para resolver separaciones por mutuo con-

sentimiento de las partes garantizadas los derechos de hijos por medio de un dictamen del notario que garantiza la rapidez procesal, económico, ágil, liberado de la carga procesal, como resultado quedara la satisfacción del cumplimiento de justicia responsable y rapidez procesal con el beneficiario.

Arguello (2014) *Divorcio por mutuo consentimiento y la unión de hecho otorgado por notario público según el art. 18 numerales 22 y 26 de la ley notarial* (Quito) añade sobre la ruptura por mutuo acuerdo y uniones de hechos que otorgan notarios públicos, conforme al art 18 numerales 22 y 26. El autor resume cuatro capítulos de esta norma: El primer capítulo resume el origen de instituciones de cómo se originan los divorcios por mutuo acuerdo y uniones de hechos, cuyo fundamento es la familia; se habla de definición de las rupturas y sus normativas conforme las legislaciones ecuatorianas. El capítulo dos se mencionan normativas de las rupturas por mutuo acuerdo y uniones de hechos que se otorgan en las notarías; se mencionan los requisitos para los trámites a seguir. El capítulo tres se mencionan el contenido general de forma general que analizan las atribuciones acordadas en las notarías, que anteriormente eran solamente competencia de jueces civiles ecuatorianas; se menciona la evolución de las normas, que argumenta la necesidad del gobierno ecuatoriano para tomar medidas pertinentes con la finalidad destugurizar los sistemas judiciales para lograr la eficacia en la administración de la justicia. En consecuencia, la desvinculación matrimonial vía protocolización notarial facilita ahorro del tiempo y economía a los usuarios. El capítulo cuarto de la investigación se refiere al campo. Permite reconocer las conclusiones respecto a las rupturas por mutuo acuerdo otorgado por las notarías.

Megía (2014), *Competencia del Notario Público en el divorcio por mutuo consentimiento frente a la Legislación Ecuatoriana*, precisa que el casamiento, entre un varón y una dama, regulado conforme a ley, no responde a la ciencia del Derecho, porque es una institución que la Constitución del Derecho regula en favor de la sociedad, su estabilidad e inestabilidad corresponde a la superestructura social. La convivencia permanente y vitalidad del seno familiar se explica por su vinculación diaria con la naturaleza humana; que aparece como estructura obligatoria de la humanidad. Es una dicotomía de equilibrio entre las personas y la sociedad. Los conyugues de hoy, lamentablemente, no están cumpliendo con fines jurídicos del matrimonio, razón por la cual los divorcios por mutuo acuerdo están en crecimiento, mientras los matrimonios están disminuidos considerablemente. Siendo preocupación por cuanto la sociedad necesita de la familia para sobrevivir, porque son instrumentos de socialización imprescindible; sin la esencia del matrimonio la sociedad no puede crecer, por ende, está condenado a extinguirse.

En el trabajo de Mata (2017) *La viabilidad de implementar una nueva figura jurídica para disolver el vínculo matrimonial, el divorcio voluntario unilateral*

o *incausal* – Guatemala de la Asunción, se añade lo relacionado al establecimiento matrimonial, enfocándolo a la creación de la figura jurídica respecto a la ruptura voluntaria, denominado divorcio exprés. El matrimonio como institución social es la unión de un varón y una dama unidos legalmente, existiendo voluntad expresa de convivencia que procrean y educan a los hijos juntos, auxiliándose mutuamente en las malas y las buenas. Si bien es cierto que la legislación guatemalteca como cualquier otra norma de otros países, busca tener a buen recaudo los derechos que proceden de la familia, así garantizar la tranquilidad de sus integrantes, también toma conocimiento, de existir conflictos en seno familiar debieran acudir a la vía del divorcio. El autor resume que la ruptura es aquella medida por la que ocurre la desvinculación matrimonial, por cualquier conflicto existente entre los cónyuges. La legislación tipifica dos clases de rupturas, por mutuo acuerdo o por causa justificada. La sociedad, conforme avanza la ciencia, está evolucionando permanentemente, determinando la necesidad de establecer una figura jurídica que justifique la desvinculación matrimonial. La ruptura del vínculo matrimonial mediante la notarialización es reciente, en legislaciones como México, Brasil y España, las estadísticas muestran lo eficiente que ha sido su aplicación.

### **EL DIVORCIO NOTARIAL EN PERÚ**

Azabache (2009), *El Matrimonio y el Divorcio en el Perú y Alemania*, (Breve estudio de derecho comparado) señala que su objetivo fue desarrollar estudios sobre las normas que rigen la unión matrimonial, problemas de rupturas en sus aspectos sustantivos, procesales relacionados con Alemania; la investigación pone mayor énfasis en aspectos legales que norman las diferencias entre realidades entre Perú y Alemania, sus aspectos más importantes, procurando despertar inquietud en el debate, reflexionar entre los especialistas del derecho.

Llaja & Marrufo (2017) *Los costos y seguridad jurídica en procesos notariales de separación y divorcio ulterior y la eficacia de los divorcios en Cercado de Lima*, plantea que el trabajo tuvo como objetivo investigar la relación existente entre los gastos y seguridad en procedimientos notariales respecto a la desvinculación y divorcio ulterior referente a la eficacia en procesos de rupturas en Lima. El autor explica que el tipo de investigación es descriptivo, nivel aplicada, método y diseño de investigación correlacional. Con población censal compuesta por 60 notarios y colaboradores de oficinas notariales en Notarías de Cercado de Lima. Se aplicó la técnica de encuesta a notarios y abogados con un cuestionario de preguntas contemplando enunciados para medir variables de estudios en el proceso de divorcio. Los resultados encontrados demuestran que los gastos y seguridad jurídica en procedimientos

notariales de rupturas y divorcio ulterior se vinculan positivamente con eficiencia con los divorcios en Cercado de Lima.

En la publicación citada de Asti, Arias, Vásquez (2013). Un estudio empírico sobre los efectos del “Divorcio Rápido” en el Perú. (ALACDE). Los autores concluyeron que las decisiones tomadas respecto a la celebración del convenio nupcial es un mecanismo determinante en la convivencia de las parejas. Así, actualmente, las personas antes de casarse piensan más en las consecuencias materiales generados durante la unión matrimonial, conforme las estadísticas se observan un margen considerable de aumento de divorcios en el país. Desde que se promulgo la ley del divorcio vía notarial. Al margen de cualquier aspecto social y reglamentarista, los usuarios regularizaron su separación en tiempo más corto, empero, esto no ha significado que las personas hayan abandonado el mecanismo legal respecto al divorcio convencional, menos una puerta abierta para divorciarse de manera fácil.

Dzido (2016) Incidencia de la Separación Convencional y Divorcio Ulterior en sede Municipal y Notarial, en el número de procesos similares tramitados en sede Judicial en Trujillo. En este trabajo, el autor señala que el divorcio notarial ha permitido disminuir considerablemente la carga montón procesal en los juzgados de familias. Asimismo, presenta un análisis sobre la evolución del divorcio notarial y su valoración legal de la ruptura convencional y divorcio ulterior. Las conclusiones de este estudio demuestran que el divorcio notarial ha simplificado los tramites en esta localidad. Recomienda que es una vía a tener en cuenta por cuanto destuguriza el tramite engorroso en los juzgados.

En tal sentido, existe mayor efectividad en los tramites de las documentaciones y procedimientos en rupturas convencionales, por parte de los Notarios, debido a su avocamiento de fe en los procedimientos. La protocolización de los expedientes en notarías de distrito de Trujillo, se cumple en plazo establecido por la norma. Viabilizando, de esta manera, la necesidad de los usuarios economizando el tiempo y dinero respecto a la separación convencional.

## **EL DIVORCIO EN EL DERECHO PERUANO**

El marco jurídico que envuelve el divorcio notarial en el Perú está relacionado con en el Artículo 333°, Inciso 13. del CÓDIGO CIVIL RESPECTO AL ACTO DE MATRIMONIO, se plantean las bases para comprender el divorcio. Tenemos, así, las siguientes figuras contempladas:

### **a) Separación de Cuerpos**

Se refiere a la institución familiar al amparo del derecho civil, concierne en interrupción de unión matrimonial por mandato judicial, que

suspende los deberes respecto a la convivencia en el hogar, finalizando el régimen de patrimonios de la sociedad de gananciales. Las normas vigentes consideran la separación de cuerpos como instituciones independientes en la imagen del divorcio.

En separación de cuerpos, se produce ruptura conyugal, no precisamente su terminación o desvinculación. Por eso, puede ser considerado como causal de divorcio, vale decir, como prueba para llegar a él. Se sabe que alejamiento de Cuerpos, la suspensión de deberes relativos a los bienes materiales y habitaciones, denominado como terminación de la unión patrimonial se basa en el derecho jurídico que cautela la sociedad de gananciales

#### **b) Separación de hecho**

Se denomina la situación jurídica donde se encuentran los litigantes del divorcio, que, sin previo aviso jurisdiccional, rompen la convivencia en forma permanente, sin que la situación jurídica lo indique de esa forma, ya sea por voluntad de una de las partes.

#### **c) El Divorcio**

Se denomina a la ruptura del vínculo matrimonial de las parejas, bajo el enfoque de decisión judicial, conforme a ley. Se ha señalado que el argumento de divorcio es de aplicación indistinta tanto a la desvinculación convivencial como a la ruptura de cuerpos. Este supuesto representan una diferencia sustantiva, ya que mientras en el primer caso falta a los ex esposos a casarse nuevamente, la separación de cuerpos permite su desvinculación de su situación anterior.

El divorcio, en la práctica, busca desvinculación matrimonial para dejar libre a los cónyuges; pero si hubiese hijos, se determinan las responsabilidades que tienen, respecto a su alimentación, visitas programadas, y disposición de bienes habidos durante la duración del matrimonio. Las causales del divorcio están tipificadas en las legislaciones, algunas más que otras, justificadas o no, culpables, o no, toda vez que se consideran conductas reprochables, para la visión de la justicia, constituyen incumplimiento de los derechos derivados del matrimonio, aquellas que se tipifican bajo los conceptos de divorcio-remedio.

El inciso 13, art. 333 de Código Civil peruano tipifica la desvinculación convencional, luego de haber pasado 2 años de haberse celebrado el casamiento, es un causal básico para el inicio del trámite, tanto por separación de cuerpos, como el divorcio notarial. El Notariado interviene en el divorcio, como autor del nuevo acto jurídico preventivo, valorando la veracidad de los acuerdos entre esposos, bajo manifestación de voluntades sin lesionar la tranquilidad

de los hijos menores, ni de las partes, manera tan que la escritura pública de divorcio notarial esté optimizando el trámite jurídico, garantizando la publicidad, con bajo costo y menor tiempo.

LUGAR DEL MATRIMONIO	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020
AMAZONAS	22	34	40	53	40	23	28	32	31	7
ANCASH	430	361	137	132	103	172	217	308	298	106
APURIMAC	12	21	12	17	17	34	38	61	41	5
AREQUIPA	428	375	295	229	263	402	446	485	563	117
AYACUCHO	87	87	94	97	82	112	75	98	138	20
CAJAMARCA	138	153	159	127	118	95	94	139	198	37
CUSCO	186	245	164	225	164	291	271	292	353	78
HUANCAVELICA	23	46	52	45	37	59	66	61	46	6
HUÁNUCO	127	65	31	32	20	22	38	569	42	16
ICA	371	379	389	337	346	402	364	428	411	65
JUNIN	304	288	229	163	148	229	218	260	240	71
LA LIBERTAD	440	402	691	718	687	783	773	907	962	219
LAMBAYEQUE	145	143	149	103	117	199	298	343	350	167
LIMA	1781	8553	9613	9177	9649	10020	10600	10646	10267	3536
LORETO	155	206	230	262	253	240	261	327	274	96
MADRE DE DIOS	34	32	2	4	1	1	8	8	11	4
MOQUEGUA	40	62	38	30	16	35	66	61	63	14
PASCO	38	26	34	30	34	28	43	29	34	6
PIURA	195	265	268	226	307	302	289	322	352	127
PUNO	127	126	96	104	64	135	132	125	111	29
SAN MARTÍN	162	171	134	127	66	84	86	119	150	42
TACNA	146	1458	85	68	33	70	89	69	66	25
TUMBES	21	24	5	0	1	5	78	140	180	57
CALLAO	114	1033	1099	1257	1170	1345	1324	1350	1223	347
UCAYALI	99	81	57	33	21	21	34	73	81	22
NACIONAL	5625	13126	14103	13598	13757	15109	15931	16742	16485	5711
EXTRANJERO	72	3	98	90	97	116	118	125	176	42
<b>TOTAL</b>	<b>5697</b>	<b>13129</b>	<b>14201</b>	<b>13688</b>	<b>13854</b>	<b>15225</b>	<b>16049</b>	<b>16867</b>	<b>16661</b>	<b>5733</b>

**Gráfico 1:** Consolidado de Divorcios en Perú inscritos, según distrito de ocurrencia del matrimonio.  
Fuente: Base de datos de oRegistros Civiles -RENIEC-Gerencia de Estadística GPP - RENIEC

## LA DISOLUCIÓN DEL VÍNCULO MATRIMONIAL EN LA LEY N° 29227

En el Perú, con la dación de la LEY N° 29227, Ley que regula el Procedimiento No Contencioso de la Separación Convencional y Divorcio Ulterior en las Mu-

nicipalidades y Notarías, la regulación de procedimientos no contenciosos respecto a la separación convencional y separación ulterior ostentan competencias para valorar aquellos incidentes donde las parejas que han contraído matrimonio civil y que, posteriormente, transcurridos años más y años menos, aquel matrimonio, notarializan su matrimonio de mutuo acuerdo, poniendo fin al matrimonio.

Esta Ley regula procedimientos no contenciosos respecto a la desvinculación convencional en los registros notariales y municipalidades previo cumplimiento de los requisitos de los usuarios conforme (Art. 5 D.S. 009-2008-JUS) siendo dispensable no dejar en desamparo a hijos menores, evidenciar las sentencias judiciales procesadas contar con un documento de conciliación, acorde a Ley N° 26872 y su reglamentación, referido a los regímenes de patria potestad, alimentación, tenencias, y rol de visitas a los hijos menores de edad.

Salvaguardando a los hijos mayores con incapacidad si es que lo hubiera, o contar con sentencia judicial, con acta de conciliación conforme a Ley N° 26872 y sus reglamentos vinculantes, respecto al procesamiento de curatelas, alimentación, visitas a hijos mayores con evidente incapacidad. Respecto a los herederos mayores con incapacidad, los divorciantes debieran contar, con la copia notariada de sentencias judiciales que evidencian la interdicción y nombramiento de un curador.

Otra evidencia a considerarse es no contar con propiedades sujetos al régimen gananciales, o no contar con Escrituras Públicas de sustitución de liquidación de la propiedad patrimonial, inscrito en el Registro Público. (Art. 6, D.S.009-2008-JUS) Los expedientes sobre la desvinculación convencional se presentan de manera inscrito, señalando datos completos, con documentos personales y fiscales, para notificaciones acorde a Ley, con firma y huella digital de ambas partes. El argumento del expediente deberá contener específicamente la voluntad de separarse.

El sistema notarial, claramente establecido en los parámetros jurídicos, cumple su labor independientemente del sistema tradicional por cuanto para que exista protocolización de la norma, tiene que haber voluntad de las partes, ya no se discute sobre las conveniencias o inconveniencias toda, porque se inicia los procesos con temas ya resueltos, lo que vamos a hacer es ejecutarlo; solo vamos a discutir la forma y calidad de los instrumentos notariales que hagan posible el divorcio.

Por lo tanto, a partir del día siguiente de su publicación, las bases legales que rigen el divorcio notarial están expuestas para llevar a cabo el trámite no contencioso.

- a) Porque para los Notarios el artículo 20 de la Ley 26662 fue modificado, convirtiendo a la desvinculación Convencional en Asuntos No Contenciosos de Competencia Notarial que tienen un trámite ya establecido con claridad, al cual sólo deben agregarse las variantes que por especialidad incorpora la presente Ley; siendo el caso que el reglamento sólo podrá incorporar alguna precisión, pero no variar el procedimiento establecido por la Ley que es de superior jerarquía.
- b) En su cuarta Disposición Complementaria, la Ley establece que el Ministerio de Justicia dictará la reglamentación, respecto al artículo que alude al reglamento en su 8o, que se refiere a la obligación del Ministerio de Justicia de emitir certificados de acreditación a las municipalidades como requisito previo conforme con las exigencias reguladas en este Reglamento. Dicho en otras palabras, el reglamento está destinado a regular el trámite y la acreditación Municipal, no la notarial, porque no es necesaria.

Queda claro, entonces, que los Notarios están aptos para aplicar esta Ley sin esperar que se publique el reglamento el que, en principio, no estará destinado a ellos. No vamos a tomar aspectos políticos, religiosos o filosóficos de este tema, porque nos distraerían de nuestra obligación principal que es colaborar para que la Ley se cumpla, independientemente de nuestras convicciones personales. Aunque, como ya se ha dicho, nada impide que el Reglamento pueda establecer normas respecto de alguno de los aspectos notariales, sin oponerse ni contradecir lo que dicen las leyes sobre la función notarial.

Para el caso, debemos estar totalmente claros que las normas se aplicarán en el siguiente orden jerárquico. Primero, Ley de Separación, segundo, Ley 26662 Ley que regula las Competencia Notarial relacionados con Asuntos No Contenciosos; Tercero, Ley 26002, Ley del Notariado, Cuarto, Código Civil y quinto el Código Procesal Civil. Se entiende que antes de estas leyes siempre está la Constitución.

### **EL NOTARIO COMPETENTE**

En el Art. 3º, Ley, la competencia, determina la competencia notarial de dos formas: a) Lugar donde se celebra el acto matrimonial; b) domicilio conyugal actual donde ocurre el acto.

Resulta hasta natural establecer que sea competente el Notario del lugar donde se celebra el matrimonio que luego los esposos quieren disolver; porque allí donde se hace, también se deshace; y esta debe entenderse que es la primera opción, aun cuando la Ley la pone como segunda opción u opción alternativa.

También, resulta natural afirmar que los cónyuges se casan en su mayor parte ante una Municipalidad Distrital. De aquí, surge la primera pregunta ¿Es sólo competente el Notario del distrito donde se contrajo matrimonio? La Ley no lo dice, pero la Ley del Notariado establece con toda claridad que la función notarial es provincial y por lo tanto todos los notarios de la provincia son competentes para conocer de la solicitud de divorcio.

También, es natural, porque nuestra legislación procesal siempre lo estableció así, que el Notario competente sea el del último domicilio conyugal. No el del domicilio de los solicitantes sino del último que como cónyuges tuvieron en común. Allí, también, la competencia es provincial.

Sobre el tema del domicilio, cabe una precisión, porque de acuerdo con la Ley de la RENIEC debe entenderse que el domicilio es el que en ese documento se indica, pero todos sabemos que no es así porque esa información no está actualizada, porque la RENIEC no comprueba el domicilio sino tan sólo consigna el dicho del solicitante y porque una persona puede tener varios domicilios y de hecho lo tienen cuando viven en común, después de su matrimonio.

El Código Civil Peruano de 1984 estableció respecto del domicilio la Teoría Objetiva, separándose de la teoría Subjetiva que regía con el Código Civil de 1936, eliminando el “animus” y por lo tanto, la imposibilidad de comprobarlo (obligación que además, no establece la Ley) en la protocolización notarial del divorcio se tiene, que confiar en el dicho de los esposos sobre el cual fue el último domicilio conyugal, queda entonces librada elección de lo dicho en competencia de la manifestación de voluntad de las partes.

Resulta obvio que solo será competente para estos casos, el Notario que sea Abogado, por así establecerlo la Ley 26662, de Competencias Notariales en Actos No Contenciosos.

## **INSTRUMENTOS PROTOCOLARES**

En la Ley, aparentemente, se dejaría entender para quien no conozca del derecho Notarial, que el Notario hará audiencia y acta extraprotocolar, esto es fuera de su registro, pero no es ni puede ser así, porque al no mencionar expresamente la Ley el tipo de instrumento notarial que debe hacerse, dejan estos claramente librados a las leyes generales que rigen nuestra función.

Es así que en su Segunda Disposición Complementaria y Final establece la incorporación de la separación de cuerpos como Asuntos No Contencioso de competencias notariales, siendo el caso que todos ellos se extienden en Registros Notariales de asuntos No Contenciosos y nunca fuera de él, conforme lo dispone la Primera Disposición complementaria de Ley 26662; que trata siempre de instrumentos protocolares y en ningún caso de instrumen-

tos extra protocolares o siquiera protocolizados, porque la protocolización solo procede en asuntos expresamente autorizados por Ley, que no es el caso.

Siendo esto así y con cargo de ampliar detalladamente y establecer en común los modelos de los instrumentos que vamos a hacer para cumplir con la Ley, podemos adelantar que no habrá inconveniente para que el Notario pueda realizar la denominada “audiencia única” y declaración de separación convencional en una sola acta en la que firmarán su ratificación y su propia separación los (asumiendo la responsabilidad personal que les compete) cónyuges, junto con el Notario; esta será un Acta Protocolar extendida por Registros Notariales de asuntos no Contenciosos, tal como se hacen y firman las actas de transferencia vehicular y las demás actas protocolares, con lo que demostraremos la seguridad jurídica y la eficiencia que otorgamos. El divorcio se hará, a solicitud del interesado, de la misma manera sin necesidad de esperar 15 y siquiera 3 días, firmando el solicitante el acta protocolar junto con el Notario.

#### **IV. DISCUSIÓN**

##### **EL DIVORCIO NOTARIAL Y LA FAMILIA**

El volumen de demandas procesadas sobre el divorcio en las oficinas notariales es para descongestionar la carga procesal en juzgados de familia el poder legislativo ha dado la ley 29227 que reglamenta los Procedimientos No Contenciosos en la desvinculación Convencional en oficinas Municipales y Notariales. También se expide la reglamentación de la ley, mediante el D.S. N° 009-2008-JUS. Se sabe que la sobrecarga procesal en Poder Judicial, solamente en Lima, existe veintisiete mil esposos que se encuentran tramitando su separación.

Este procedimiento se denomina condición no contenciosa, vale decir carece de conflictos, debido que ambas partes están de acuerdo. En esta modalidad de trámites, no se habla de causales, porque no hay esposos culpables ni inocentes.

Para esta causal se aplique, debe existir evidencia de una separación de dos años. Con este requisito, pueden acogerse, donde los cónyuges ponen fin a la unión mediante desvinculación convencional. Cabe precisar que estos acuerdos pueden plantearse también jurisdiccionalmente en procesos no contenciosos.

Los funcionarios cuya competencia son para llevar procedimientos no contenciosos son alcaldes en todo el territorio de la república, así como las oficinas notariales de la jurisdicción adonde viven los conyugues. Allí se protocolizan los divorcios, o donde fue realizado el matrimonio.

Cuando se refiere al último domicilio conyugal, se debe tener en cuenta, el vigente, hogar que compartieron los cónyuges antes iniciar el proceso notarial, este detalle debe estar en la declaración jurada de las partes. Los Requisitos mínimos para evidenciar e iniciar los procedimientos son:

- a. No tener hijos menores o mayores incapacitados, en caso que exista, tener sentencias judiciales firmes o acuerdos de conciliación con apego a ley, respecto a la tipificación de la patria potestad como, alimentación, tenencias, visitas a hijos menores, o hijos mayores incapacitados.
- b. Declarar la carencia de propiedades sujetos al régimen de sociedad de gananciales, si los hubiera, tener Escrituras Públicas registrados en el Registro Público.

El expediente de desvinculación convencional, se presentan por escrito, mencionando la identificación de los conyuges, debidamente documentadas con identidad personal de las partes, mencionando el domicilio actual de los conyuges, avalado con las firmas y huella digital de las partes. A este expediente, se adjunta documentos legales a fin de que sea valorados para dar trámite con celeridad, cuyo tenor expresa la voluntad expresa de separarse.

Una vez valorado los expedientes sea la municipalidad o las oficinas notariales, velarán por el cumplimiento del proceso, convocando a una audiencia pública y única en un plazo perentorio de quince días. En la audiencia los cónyuges manifiestan su deseo de ratificarse en la solicitud de separación convencional o no. Si realmente están seguros de la decisión. De ratificarse las parejas, ya sea con alcaldes o notarios declararán la desvinculación convencional, reconsideraran su decisión. Caso contrario, emitirán resolución de alcaldía o acta notarial.

Cuando uno de las partes no asiste a la audiencia o ambos no asisten a la misma, por diversas causas, los alcaldes o notarios convocaran una nueva audiencia en plazo de quince días. En esta parte, la ley evidencia que la ausencia de uno o de ambos deberán ser justificadas, si no se justifican de modo fehaciente, debe entenderse que las partes han desistido de proseguir con el trámite.

De no acudir a la segunda convocatoria, uno de ellos o ambos cónyuges, será concluido el proceso. Posteriormente, 2 meses de haberse emitido la resolución, los cónyuges pueden volver a solicitar nuevamente, a la municipalidad u oficinas notariales la disolución del vínculo matrimonial, con nuevas evidencias. Dicho expediente debe ser resuelta en un plazo perentorio de 15 días.

Una vez declarada la desvinculación matrimonial, tanto municipal como notarial, dispondrán su inscripción en registros correspondientes, lo que se

llegara a concluir con el procedimiento final, para que los divorciados puedan rehacer sus vidas. Se espera que, en el tiempo, esta modalidad solucione los problemas y rebaje en algo las descomunales recargas procesales en juzgados de familia, porque, según los entendidos, la justicia que tarda no es justicia.

Duración. Este trámite (según ley) tiene una duración de tres meses, sin embargo, algunos notarios la aplican mal y piden requisitos que la ley no exige o alteran los plazos e incluso convocan a una segunda audiencia que la ley no exige.

Es preciso determinar que la separación notarializada, con una simple determinación de separación, da por culminado la unión de años, sabiendo que producto de esa unión hay hijos. Producto de esa unión se pudo comprar bienes materiales, muebles e inmuebles, pero que a pesar del acuerdo notarial ha traído, consecuencias jurídicas, para ambas personas, los hijos y familiares.

En tal sentido, el Estado tiene el deber de proteger el bien social matrimonial. En consecuencia, la terminología del lenguaje jurídico respecto al tema, deja en la disyuntiva derechos y obligaciones, entre las parejas, de los padres respecto a sus hijos, los familiares frente a la comunidad. En consecuencia, no se puede aceptar la separación, asumiendo que se está vulnerando la tranquilidad familiar, por más que tomen sus pertenencias que para los demás no tendría importancia.

En tal sentido, las líneas de investigación de este trabajo, ponen como antecedente central, que el Perú es una sociedad multicultural y plurilingüe, que busca conservar la institucionalidad de la unión familiar con apego a la justicia. Por otro lado, la disolución del vínculo matrimonial en las oficinas notariales, debiera ser abordada sin discriminación, ya que, por hecho que las parejas tengan discrepancias, no es materia de marginación, sino más bien debiera ser forma de protección familiar por parte del Estado.

En estas circunstancias, es que la juridicidad busca regular la situación conyugal, admitiendo las motivaciones conforme a Ley, que tipifica el apartamiento de cuerpos como causal de Divorcio, notarializándolo. Estas acciones regulan el decaimiento y disolución del vínculo matrimonial. Por esta razón, el Código Civil, Códigos de familia, y demás, se reglamentan el divorcio vía notarial y municipal.

Socialmente, nuestro ensayo se justifica porque es necesario poner en agenda del debate la desvinculación de las personas de la unión matrimonial en las oficinas notariales para crear conciencia colectiva respecto al tema, que las personas responsables de administrar la justicia, legislen mediante los lineamientos jurídicos establecidos para tales efectos, con una valoración

general para tomar de decisiones a la hora de buscar justificar el amparo del derecho de familia.

Además, socialmente, los divorcios, en las notarías, solamente aportarían celeridad en cuanto a los costos procesales y acortar el tiempo, en ningún caso aporta solución como la conservación de la unidad familiar como soporte de la sociedad. Todo esto se evitaría si los operadores de justicia aplicaran la Constitución y las normas consiguientes, como normas rectoras de la unidad familiar, tomando en cuenta los postulados que la familia unidad es éxito para la sociedad.

Por otro lado, cabe mencionar que unión libre es una relación voluntaria del hombre y la mujer que no han tenido impedimentos para poder convivir, pero que puede enfriarse y disolverse, no solo por hechos naturales, como fallecimientos, sino por comportamientos impropias de unos de ellos, aquellas que las leyes consideran como causales motivacionales, para la celebración de la separación por mutuo acuerdo.

Las normas respecto a la separación convencional suponen acuerdos consensuados tanto del hombre y la mujer quienes toman decisiones conforme su conveniencia, luego de haber dialogado respecto a sus intereses, analizando cada una de las razones por lo que deciden separarse, definiendo los intereses materiales de cómo quedarán los hijos (si es que lo hubiera), especificando las obligaciones respecto a los hijos, de aquellos cónyuges, estableciendo el destino de los bienes adquiridos durante de la convivencia en que situación quedan.

Como señalamos anteriormente, nuestro acercamiento documental a la situación de la familia en el Perú, son las Estadísticas trabajadas por el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables (s/f). Estas cifras tienen como fuente los censos y estadísticas elaboradas por el Instituto Nacional de Estadística e informática del Perú (Instituto Nacional Estadística e Informática, s/f). A saber, estos cuadros nos aproximan a realidad nacional compleja, donde las tensiones de la pobreza, por un lado, y la solidaridad, por otro son los rasgos más comunes de las familias peruanas. Es por ello que en el Decreto Legislativo N° 1408 modificado por el Decreto Legislativo N° 1443 el Estado peruano dispone normativas para el fortalecimiento de las familias. Es necesario precisar que la última data de INEI fue en el año 2017 y que la data del MIMP, sobre todo en las publicaciones de su web “Observatorio de las familias” peruanas siguen siendo de referencia en el tema (Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, Familia, s/f). Veamos:

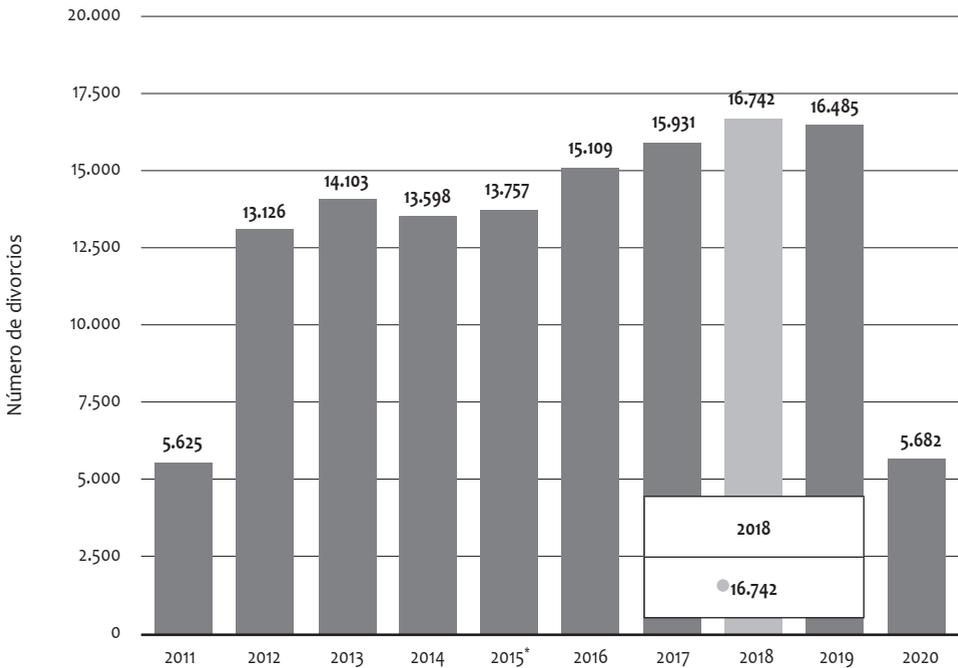
- En forma general, existe un aproximado de 6`754,074 hogares a nivel nacional, de los cuales el 76% se encuentran en zonas urbanas y el 24% en zonas rurales (CENSO 2007).

- 60.5% de los hogares son nucleares, el 21.7% son extendidos, el 10.4% son unipersonales, el 4.1% sin núcleo y el 3.3% compuestos (ENAHO 2010).
- 2.6 es la Tasa Global de Fecundidad, siendo para el área rural 3.5. y en el área urbana 2.3, alcanzando su mayor nivel en los grupos de 20 a 24 y 25 a 29 años de edad (ENDES 2011).
- 22.3 años es el promedio de la edad de la mujer en el momento del nacimiento del primer hijo (ENDES 2011).
- La edad media de ingreso al matrimonio o convivencia es de 24.5 años en el total de la muestra. La vida de pareja en las áreas urbanas comienza un año y medio más tarde (25.1 años) que en el área rural (23.4 años).
- El 27,8% de la población se encuentra en situación de pobreza, incidiendo en el área urbana en 18%, mientras que en el área rural 56.1%, siendo la sierra afectada con 41.5% (Informe INEI: Evolución de la Pobreza 2007-2011).
- La pobreza afecta más a los niños(as) y adolescentes, afectando al 39,5% niños menores de 5 años y, al 40% de niños entre 5 y 9 años de edad. Así también afectó al 31.9% de adolescentes entre 15 y 19 años. (Informe INEI: Evolución de la Pobreza 2007-2011).
- El tamaño de un hogar pobre es 4.8 miembros, a diferencia del hogar no pobre: 3.5. (Informe INEI: Evolución de la Pobreza 2007-2011)
- El 21.9% de los hogares pobres son jefaturados por mujeres. (Informe INEI: Evolución de la Pobreza 2007-2011)
- 34.9% de los hogares que tienen por lo menos una persona adulta mayor (Política Nacional en relación a las Personas Adultas Mayores, Decreto Supremo No 011-2011-MIMDES).
- 10,9% de hogares que tienen al menos una persona con discapacidad física o mental (INEI, UNFPA y PNUD, Perfil Socio-demográfico del Perú, Agosto del 2008, segunda edición).
- El 26% de los hogares son jefaturados por mujeres, siendo mayor en el área urbana con 28.2% que en el área rural con 21.1% (ENDES 2011).
- 35 000 casos son denunciados de personas afectadas por violencia familiar, 88% son casos de mujeres y 12% de varones, las regiones que presentan mayores reportes de violencia son Lima, Cusco y Junín; (Centro de Emergencia Mujer 2011)
- Las mujeres dedican 39:28 horas semanales a la actividad doméstica no remunerada a diferencia de los hombres que sólo dedican 15:53, siendo mayor la desigualdad en el área rural, donde la diferencia son 26:58 (ENUT 2010).

- La vida en unión estable de pareja es preponderante (56%), pero es más importante en el área rural y la sierra donde esta categoría sube a 65%. En Lima Metropolitana no existe mayor diferencia entre la población de unidos y solteros (48% y 47.4), sin embargo, la proporción de solteros es más elevada (47.4%) que en otras regiones posiblemente se deba a que existe una postergación de las uniones.

En torno a este panorama sombrío de la familia peruana, en la última década (2008-2020), se debe agregar una tasa promedio de 11,605 divorcios al año (Véase el gráfico 2). Es decir, que la tasa de divorcios en el Perú representa 4 por cada 10 000 habitantes. Una cifra similar es la que plantea INEI con data del Registro Nacional de Identificación (RENIEC):

*De acuerdo con el Reniec, en el año 2018, a nivel nacional se registraron 16 742 divorcios. Por departamento se observa que el mayor porcentaje de divorcios se reportó en Lima con 63,6 %, seguido de la Provincia Constitucional del Callao 8,1 %, La Libertad 5,4 %, Arequipa 2,9 %, entre otros.*



**Gráfico 2:** Número de divorcios que se registraron en Perú de 2010 a 2020. Fuente: Statista. «Divorcios registrados en Perú». <https://es.statista.com/estadisticas/1241930/numero-de-divorcios-registrados-en-peru/>.

*La tasa de divorcios en el país representa 5 por cada 10 000 habitantes, siendo la Provincia Constitucional del Callao la que registra la tasa más alta, al reportar 13 por cada 10 000 habitantes.*

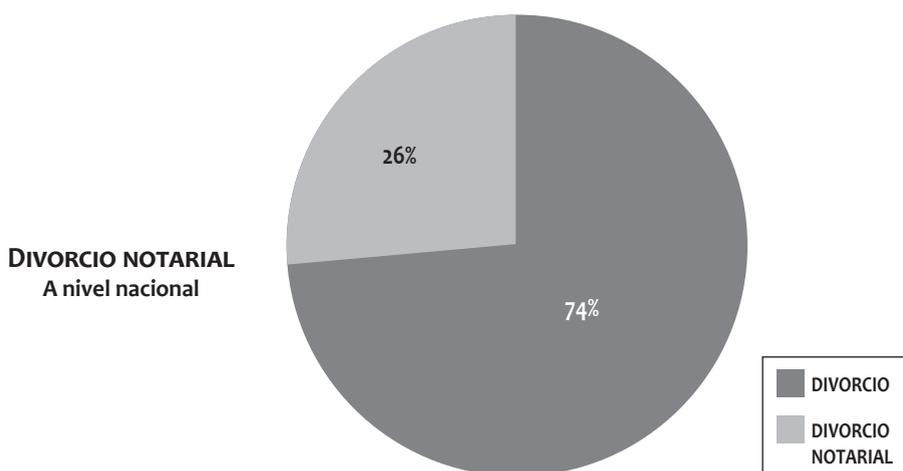
*(Instituto Nacional de Estadística e informática, 13/02/2020)*

El impacto real de estas cifras no radica en interpretar la data como resultado individual e aislados, sino en comprender que cada número involucra una familia, una red de socialización mucho más amplia. No pretendemos especular cifras, pero el impacto de los desenlaces matrimoniales deviene en factor de mayor preocupación, especialmente a la responsabilidad con los menores de edad.

El divorcio, de por sí es negativo, para la sociedad y para las personas involucradas, la posibilidad de contraer matrimonio nuevamente, las pensiones alimenticias, la tenencia de los hijos menores, será una de las secuelas insalvables para los cónyuges y otros relacionados al patrimonio, en especial los relacionados al régimen jurídico de bienes, y la posibilidad de reparación civil, en caso hubiera por daños morales si es que hubiera.

Finalizando esta mirada estadística, habría que resaltar que el Colegio de Notarios de Lima (CNL) ha señalado que solo en Lima existen 2200 divorcios notariales. En una rápida comparación de los cuadros de divorcio se observa que los 2200 divorcios notariales de Lima representan el 26% del total de los 8354 divorcios de Lima.

El promedio anual de divorcios en el Perú, señalado anteriormente, es de 11,605. De estos, Lima representa 8354 divorcios, es decir, que Lima representa el 72% de los divorcios al año y las regiones solo el 28% (3251). Extrapolando los porcentajes a nivel nacional y de forma aproximativa, tendríamos un aproximado de 3045 divorcios notariales (26%) y 8560 divorcios (74%) por



otros procedimientos. Los divorcios notariales están por encima de la cuarta parte del total de divorcios de todo el Perú. En solo 14 años, contando desde su aparición, el divorcio notarial se ha convertido en un factor crucial para explicar o comprender la problemática familiar.

## LIMITACIONES A TOMAR EN CUENTA ANTES DEL DIVORCIO

### Primera recomendación:

- Poner atención en las consecuencias que trae el divorcio rápido, en especial la alteración del comportamiento de los hijos menores tras la ruptura, una situación que hace necesaria el debate para buscar alternativas jurídicas que neutralicen esos efectos. Por ejemplo, solicitar informe psicológico de los menores y de ser el caso de los padres.

### Segunda recomendación:

- Asimismo, la ruptura de la institución familiar, en una notaría, convierte al divorcio en un simple producto de supermercado. Es importante que tanto el estado como los privados que se desenvuelven en las instituciones educativas y universidades difundan entre los jóvenes las consecuencias que trae un divorcio cualquiera fuera su causa. Para lo cual se les debería enseñar los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio.

### Tercera recomendación:

- Del mismo modo, analizado la tercera recomendación sobre la evidencia que ofrece ventajas, en cuanto al trámite, beneficios de tiempo y economía, rapidez y bajos costos, se recomienda preparar una iniciativa legislativa que contemple como solucionar la afectación psicológica que ocasiona a los hijos menores el divorcio rápido. Esta debe incluir evaluaciones psicológicas para los menores, así como para los cónyuges.

### Cuarta recomendación:

- Por último, si bien la seguridad jurídica garantiza significativamente la desvinculación matrimonial en las notarías se recomienda que ante las evidencias se analice y estudie sus implicancias desde el aspecto moral y ético para preservar la unidad familiar.

## REFLEXIONES FINALES

**Primera reflexión:** Analizados los datos bibliográficos sobre la disolución del vínculo matrimonial en las oficinas notariales y sus efectos en perjuicio de la unidad familiar, se evidencia que es significativa, debido a que la norma vigente respecto a este tema permite tramitar el proceso directamente ante las oficinas notariales por la eficacia en los resultados en un tiempo aproximado de 3 a 4 meses, lo que dura años en el Poder Judicial. Es decir, la

celeridad del procedimiento pauperiza la institución familiar, no obstante, soluciona problemas de relaciones matrimoniales inviables.

**Segunda reflexión:** Asimismo, se concluye que los factores socioculturales se relacionan significativamente con la disolución del vínculo matrimonial en las notarías. Esto se evidencia que a pesar de su celeridad con los problemas en la sociedad contribuyen negativamente, debido a que rompe la institución familiar, convirtiendo el divorcio como un simple producto de supermercado. No contempla la posibilidad de recuperar la armonía familiar.

**Tercera reflexión:** Del mismo modo, las medidas son significativas en cuanto a los costos procesales en la desvinculación matrimonial en las notarías. Esto se evidencia debido que ofrece ventajas, en cuanto al trámite, beneficios de tiempo y economía, rapidez y bajos costos. Pero no se contempla los efectos psicológicos que recaen sobre los familiares e hijos menores.

**Cuarta reflexión:** Finalmente, se concluye que la seguridad jurídica garantiza significativamente la desvinculación matrimonial en las notarías. Se evidencia debido a que es provechoso, porque agiliza procesos haciendo expedito los tramites. Si bien es cierto este procedimiento rápido tiene sus restricciones y requisitos para poder acceder, y desde luego sus costos, viene representando para toda una nueva alternativa, por lejos más económica y rápida que el sistema de divorcio tradicional.

## ANEXOS

### REQUISITOS PARA LOS TRÁMITES DE DIVORCIO

- o Presentar copias del DNI de ambos tramitantes simples pero legibles; Copias certificadas de la celebración del Acta matrimonial (Partida de Matrimonio), con vigencia no menos de tres meses antes a la fecha de presentación del expediente.
- o Declaraciones juradas, autenticado con firma y huella digital de tramitantes, especificando nro. de hijos menores, o hijos mayores incapacitados.
- o Copias certificadas, Partida de Nacimiento, con vigencia de 03 meses a la fecha de ingreso del expediente, de hijos menores o hijos mayores incapacitados, en caso los hubiera.
- o Copias certificadas de sentencias judiciales firmes o actas conciliatorios relacionados con valoración de la patria potestad, alimentación, tenencias, visitas a hijos menores o hijos mayores incapacitados.
- o Copias certificadas de sentencias judiciales firmes, actas conciliatorias respecto a la valoración de la curatela, alimentación, visitas a hijos mayores incapacitados.

- Copias certificadas de sentencias judiciales firmes que declaran la interdicción de hijos mayores incapacitados y que puede nombrar a un curador.
- Escritura Pública inscrita en el Registro Público de la liquidación de la sociedad de gananciales y adjudicación de bienes, declaraciones juradas, con firmas e impresiones dactilares de cada uno de los tramitantes, al régimen de sociedades gananciales.
- Declaración jurada del domicilio vigente de los tramitantes, si fuera el caso, firmado de manera obligatoria por ambas partes.
- Patrocinio jurídico de los litigantes tipificados en el (Art. 8 D.S. 009-2008-JUS).
- En casos seguidos en notarías, las solicitudes de divorcio convencional, lleva firma del letrado, conforme establece el Art. 14. Ley N° 26662, Ley de competencias notariales en asunto no contencioso.
- Una vez presentado el expediente con requisitos exigidos, se verifica las documentaciones y se convoca a la audiencia en plazo de 15 días.
- En la audiencia, los cónyuges ratificarán o no su solicitud de separación. De ratificarse, el notario declarará la separación convencional por acta notarial.
- Una vez transcurrido 2 meses de la declaración de ruptura convencional, el tramitante puede solicitar a la oficina notarial, la desvinculación conyugal. El petitorio será resuelto en plazo de 15 días.
- Finalmente, los notarios deberán notificar la desvinculación matrimonial en SUNARP. posteriormente, se dará parte a RENIEC, sobre la situación actual de los divorciados con su respectivo nuevo estado civil.

## **BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA**

- Asti, J., Arias, P. y Vásquez, C. (2013) Un estudio empírico sobre los efectos del “Divorcio Rápido” en el Perú. Río de Janeiro. XVII Conferencia Anual de Asociación Latinoamericana e Ibérica de Derecho y Economía (ALACDE). [https://www.academia.edu/7126676/UN\\_ESTUDIO\\_EMP%C3%8DRICO\\_SOBRE\\_LOS\\_EFECTOS\\_DEL\\_DIVORCIO\\_R%C3%81PIDO\\_EN\\_EL\\_PERU\\_working\\_paper\\_](https://www.academia.edu/7126676/UN_ESTUDIO_EMP%C3%8DRICO_SOBRE_LOS_EFECTOS_DEL_DIVORCIO_R%C3%81PIDO_EN_EL_PERU_working_paper_)
- Arguello, P. (2014) Divorcio por mutuo consentimiento y la unión de hecho otorgado por notario público según el art. 18 numerales 22 y 26 de la ley notarial. Tesis de grado de la Facultad de Jurisprudencia, Ciencias políticas y Sociales, Universidad Central del Ecuador. <http://www.dspace.uce.edu.ec/bitstream/25000/3086/3/T-UCE-0013-Ab-28.pdf>

- Azabache, C. (2009), El Matrimonio y el Divorcio en el Perú y Alemania, (Breve estudio de derecho comparado). Trabajo de investigación
- Baqueiro, E. y Buenrostro, R. (2005). Derecho de Familia. Oxford University Press.
- Código Civil (2014) Comentado - Tomo II-Derecho De Familia. Gaceta Jurídica
- Cornejo, Héctor (1999). Derecho familiar peruano. Lima: Gaceta Jurídica.
- Dzido, R. y Carbajal, H. (2016) Incidencia de la Separación Convencional y Divorcio Ulterior en sede Municipal y Notarial, en el número de procesos similares tramitados en sede Judicial en Trujillo. Tesis de Maestría en derecho. Universidad Privada Antenor Orrego – UPAO. <https://repositorio.upao.edu.pe/handle/20.500.12759/2362>
- Etecé. (2020). Familia—Concepto, tipos, evolución, valores y características. Editorial Etecé. <https://concepto.de/familia/>
- Instituto Nacional de Estadística e informática. (13/02/2020). En el país se celebraron más de noventa y dos mil matrimonios durante el año 2018. Instituto Nacional de Estadística e informática (INEI). <https://www.inei.gob.pe/prensa/noticias/en-el-pais-se-celebraron-mas-de-noventa-y-dos-mil-matrimonios-durante-el-ano-2018-12057/>
- Instituto Nacional de Estadística e informática del Perú. (s. f.). <https://www.inei.gob.pe/bases-de-datos/>
- Llaja, I. & Marrufo, G. (2017) Los costos y seguridad jurídica en procesos notariales de separación y divorcio ulterior y la eficacia de los divorcios en cercado de lima. Tesis de maestría. Universidad Inca Garcilaso de la Vega. <http://repositorio.uigv.edu.pe/handle/20.500.11818/1905>
- Erazo, M. (2014) Divorcio por mutuo consentimiento ante el notario, con hijos menores de edad, previa resolución del juzgado de la niñez y adolescencia, donde se garantizarán los derechos de los menores. Tesis de grado. Universidad Regional autónoma de los Andes. Ecuador.
- Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables. (s. f.). Estadísticas. [https://www.mimp.gob.pe/files/direcciones/dgfc/estadisticas\\_diff.pdf](https://www.mimp.gob.pe/files/direcciones/dgfc/estadisticas_diff.pdf)
- Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables. (s. f.). Familia. <https://observatoriodelasfamilias.mimp.gob.pe/familia.html>
- Megía, H. (2014), Competencia del Notario Público en el divorcio por mutuo consentimiento frente a la Legislación Ecuatoriana. Quito: Tesis previa a la obtención del Título de Abogado. Carrera de Derecho. Universidad Central del Ecuador. 193 p. <https://repositorioslatinoamericanos.uchile.cl/handle/2250/2785316>

- Mata, H. (2017) La viabilidad de implementar una nueva figura jurídica para disolver el vínculo matrimonial, el divorcio voluntario unilateral o incausal. Guatemala de la Asunción: Tesis de grado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y sociales. Universidad Rafael Landívar. <http://recursosbiblio.url.edu.gt/tesiseortiz/2017/07/01/Mata-Herbert.pdf>
- PERU21, N. (2016, mayo 9). Cerca de 2,200 divorcios notariales se concretan al año en Lima | LIMA. Peru21; NOTICIAS PERU21. <https://peru21.pe/lima/cerca-2-200-divorcios-notariales-concretan-ano-lima-217590-noticia/>
- Ramos (1990) Acerca del divorcio. Gráfica Espinal. Lima – Perú.
- Ramos, R. (1998). Derecho de familia. Editorial Jurídica de Chile.
- Real Academia Española (2001) Diccionario de la lengua española, t. II, 22a. ed., Madrid, Espasa Calpe, 2014. p. 2040.
- Rebaza (2003). Definición de matrimonio. En w. Gutierrez Camacho, Código Civil comentado. Editorial Gaceta Jurídica. Lima- Perú.
- Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (2003): Normas relacionadas con Registros de Estado Civil. Lima – Perú.
- Tambini, M. (2006). Manual de Derecho Notarial. Lima: nomos & thesis.
- Varsi (2007). Divorcio y separación de cuerpos. Editorial Grijley. Lima-Perú.
- Velarde (2008). Ley que desjudicializa el proceso de separación convencional y divorcio ulterior: su historia. jus: doctrina y práctica, N° 7. Lima-Perú.

# ¿QUÉ TAN DIFÍCIL ES DEMOSTRAR EL DAÑO MORAL EN LOS PROCESOS LABORALES?

*Jonathan Vicente Veliz Soto*

## I INTRODUCCIÓN

Acreditar en los últimos años el daño moral en los procesos laborales se ha vuelto materia discusión tanto para los doctrinarios, como para las partes que participan en un Proceso Judicial en materia laboral, dejando dicha discusión al criterio de un tercero acreditado en este caso al Juez Laboral que con su experiencia y sapiencia podrá definir en qué casos se encuentra acreditado o no el daño moral. Como consecuencia del despido arbitrario en todas sus formas prescritas por ley o frente a los incumplimientos de las normas laborales, quedaría acreditado que se ha vulnerado el derecho al trabajo, se ha ocasionado a su vez el daño moral, toda vez que se le ha causado al demandante dolor emocional, afectación, sufrimiento, en la forma como ha sido tratado por parte del empleador que causo el despido arbitrario o cualquier incumplimiento a las normas laborales. De otro lado, debemos señalar que la indemnización del daño moral que se reclamaría se debe establecer en función al menoscabo y magnitud del daño sufrido por la víctima, por lo que para establecer el monto indemnizatorio por daño moral reclamado tiene que tener en cuenta los siguientes CRITERIOS:

- a) El dolor emocional causado por el trato en el centro de trabajo.
- b) El impacto moral del hecho sobre la víctima por el despido incausado.
- c) Condiciones emocionales de la víctima.

Ahora bien, la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, en **CASACIÓN LABORAL N° 5423-2014-LIMA**, estableció que a criterio del supremo tribunal, existen determinadas circunstancias frente a las cuales el trabajador puede recurrir a la vía judicial solicitando una indemnización por daño moral, debido a que la indemnización tarifada fijada por la ley está prevista para todos aquellos daños ordinarios que se puedan presentar producto del despido arbitrario y no para los daños extraordinarios generados por la conducta maliciosa del empleador.

Para la Corte Suprema, **LA CONDUCTA MALICIOSA DEL EMPLEADOR ES AQUELLA QUE GENERA UNA AFECTACIÓN ESPECIALMENTE DAÑOSA SOBRE LA DIGNIDAD, EL HONOR Y LA REPUTACIÓN DEL TRABAJADOR**, lo cual se evidencia claramente la afectación del demandante con el despido arbitrario o cualquier incumplimiento de las normas laborales. .

Asimismo, la **CASACIÓN N° 699-2015-LIMA**, emitida por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia, **a criterio del colegiado, el haberse puesto fin a la relación laboral de un trabajador sin que medie causa justa de despido conforme a ley, renuncia o acuerdo consensual entre las partes, significa que el empleador no respetó el contrato de trabajo**. Situación que implica haber incurrido en la inejecución de la obligación contractual, acto que constituye una conducta antijurídica y causa adecuada de daño injusto e indemnizable. **La Corte Suprema, entonces, considera que la indemnización por despido arbitrario no constituye suficiente reparación para el trabajador afectado**.

Es de tenerse en cuenta que conforme con la Exposición de Motivos y comentarios del Código Civil, al comentarse el artículo 1322° este es entendido como el daño no patrimonial, que es inferido a los derechos de la personalidad o valores que pertenecen más al campo de la afectividad que al de la realidad económica; es decir, que aquel que afecta la unidad psicosomática de la persona víctima del daño; que son los que se reclama en los procesos laborales por el demandante, debiendo ser valorizado por los jueces independientemente de las consecuencias que estas puedan ocasionar en la existencia ordinaria o cotidiana de la persona; teniendo en cuenta las actividades propias de la víctima, su proyecto de vida y otras circunstancias; así como el daño psíquico, que se configura por “la alteración o modificación patológica del aparato psíquico como consecuencia de un trauma que desborda toda posibilidad de elaboración verbal o simbólica”.

Es decir, supone una modificación o alteración de la personalidad que se expresa a través de síntomas, inhibiciones depresiones, bloqueos. Además, es comprensivo del denominado “daño a la salud” o “daño al bienestar” puesto que el ser humano, en cuanto es una unidad psicosomática, los daños que se le cause puede incidir ya sea en su cuerpo, en sentido estricto o en su psique o afectar su propia libertad. El “daño a la salud” o “daño al bienestar”, alude a las inevitables y automáticas repercusiones que produce cualquier lesión psicosomática en el bienestar de la persona, en sus intereses existenciales, con prescindencia de su magnitud e intensidad, compromete el estado de bienestar integral de la persona abarcando por consiguiente las normales y ordinarias actividades del sujeto ya sean ellas, entre otras laborales, domésticas, sexuales, recreativas, sentimentales, de relación social, deportivas, entre otras.

- **Sobre la Antijuricidad**: Debemos señalar que esta se produce no solo cuando se contraviene una norma prohibitiva, sino cuando la conducta

viola el sistema jurídico en su totalidad, en el sentido de afectar los valores y principios sobre los cuales se ha construido el sistema jurídico, por lo que de conformidad a la normativa vigente queda acreditado que el demandante ha sufrido angustia y depresión al haber sido despedido arbitrariamente o ante el incumplimiento de normas laborales, hecho que debe ser indemnizado por la empresa o empleador demandada por ser de Justicia.

- **Sobre la Relación de Causalidad:** La relación de causalidad queda **PLENAMENTE ACREDITADA** de acuerdo a lo expuesto en los puntos anteriores, esto es, **EL INCORRECTO ACCIONAR DE LA EMPRESA DEMANDADA** específicamente al **despedir sin causa alguna al demandante**, vulnerando las normas laborales establecidas por ley.
- **Determinación del Daño:** Entendido el daño como el producto pernicioso de una acción antijurídica la cual puede traducirse económicamente, existe perjuicio irrogado al demandante, como se ha señalado en los puntos anteriores, pues el indebido actuar de la empresa al despedir arbitrariamente al demandante, ha ocasionado en el actor angustia y preocupación por el despido incausado ocasionado.

**Siendo esto así, se debe tomar en cuenta los siguientes CRITERIOS, para determinar el monto indemnizatorio reclamado por daño moral:**

- a) La magnitud del daño producido: El daño moral ocasionado al producir en el demandante angustia, depresión, preocupación, debido a que el demandante se ha visto afectado moralmente y se ha visto afectado su dignidad por ser despedido sin causa alguna, creando desconfianza entre sus propios compañeros y otras empresas a las que desea postular.
- b) El análisis de la culpa con que ha procedido el agresor: En el presente caso, el incorrecto accionar de la empresa demandada, específicamente al despedir sin causa alguna al demandante.
- c) El análisis de la situación tanto del trabajador como de la empresa: En el caso del trabajador es indudable que debe apreciarse la situación económica, social y la ocupación laboral. La apreciación respecto de los valores personales depende de la propia víctima, lo que trae como consecuencia en la proyección a la sociedad, **o en el desarrollo de sus ocupaciones habituales**. Asimismo, en el caso de la empresa, se le debe tener en cuenta también sus condiciones (situación económica y social). **Se deben tener presente las circunstancias que rodearon los hechos – despido arbitrario**. Estos en el presente caso han sido debidamente acreditadas, por lo que queda al buen criterio del juzga-

do para los efectos de atenuar o acrecentar la responsabilidad de la empresa demandada.

- **Factor de Atribución:** El factor de atribución definido como aquel elemento que finalmente determina la existencia de responsabilidad en caso se hayan presentado los requisitos antes mencionados pudiendo ser la culpa como manifestación del sistema subjetivo de responsabilidad el cual comprende dolo y culpa propiamente y el riesgo creado como componente objetivo referido a la conducta peligrosa o riesgosa sin embargo debe tenerse en cuenta sin perder de vista los elementos constitutivos de la responsabilidad descritos anteriormente.

Es de señalar también señor Juez que al ser despedido de manera arbitraria y no poder contar con su remuneración impaga origina en el demandante una serie de perjuicios, no solo de carácter pecuniario. **En efecto, también puede ocasionarle la lesión a los sentimientos que afectan su fuero interno (angustia, padecimiento, frustración) o a su proyecto de vida. Por ello, que al quedar demostrado la existencia de este tipo de afectación, conocida como daño moral, DEBIDO A QUE EL RECORRENTE SE ENCONTRABA LABORANDO Y MANTIENE SU BIEN ESTAR Y LA DE SU FAMILIA; ASIMISMO, SE HA VISTO TRUNCADO SU DESARROLLO PERSONAL, esto debido a que el empleador al despedir al demandante de manera INCAUSADA, se vio afectado ocasionándole un daño moral debido a la angustia y preocupación que tuvo el demandante.**

Ahora bien, de lo indicado anteriormente, el simple hecho de despedir al demandante de manera arbitraria genera en el angustia y sufrimiento por la preocupación de no contar con un trabajo para poder mantenerse, ocasionando una angustia grande al demandante. **ESTE CRITERIO HA SIDO EXPUESTO POR LA CORTE SUPREMA EN LA CASACIÓN N° 7204-2014 AREQUIPA**, por medio del cual se resuelve el recurso interpuesto por una trabajadora, a fin de que se le reconozca una indemnización por daños y perjuicios a cargo de su empleadora. Siendo eso así, **en el presente caso sí se encuentra acreditada la existencia de daño moral en la medida de que al haber sido despedido de manera incausada, le ha generado angustia, preocupación, y un daño irreparable hacia su honor y dignidad; en ese sentido, resulta evidente que esta conducta generó angustias, padecimientos y frustración, afectando sus sentimientos y emociones del demandante.**

## II CONCLUSIONES

De otro lado es de advertir que muchas veces las empresas demandadas o empleadores, presentan en sus alegatos que la parte demandante debería presentar ante el juzgado y acreditar el daño moral mediante un informe psicológi-

co para que sea vinculante frente al criterio propio del Juez dejando su actuación frente a la misma de manera pasiva y es aquí donde nace la controversia principal del presente tema, acaso solo con un informe psicológico se puede demostrar el daño moral, para este punto hemos llegado a la conclusión y además recabado experiencias frente a sentencias laborales en relación a la acreditación del daño moral y queda determinado que si bien el informe psicológico es un medio de prueba idóneo para acreditar la afectación sensorial o de sentimientos del demandante no sería el único medio determinante, encontramos en el **PLENO JURISDICCIONAL LABORAL 2019** en el cual unifican el criterio del daño moral señalando que: *“En las pretensiones indemnizatorias derivadas de un despido inconstitucional, incausado, fraudulento o arbitrario declarados judicialmente como tales; el daño extra patrimonial invocado a título de daño moral, que comprende además al daño a la persona y otros similares; no cabe presumir la existencia del daño moral, y su existencia deberá ser acreditada ya sea con medios probatorios directos o indirectos, salvo los casos en los que además de vulnerarse el derecho al trabajo, también se hubieran vulnerado otros derechos fundamentales como el honor, la dignidad, u otros derechos de la personalidad, en cuyo caso deberá presumirse el daño moral; sin embargo la cuantificación deberá sustentarse en la prueba aportada o en la invocación de determinados parámetros o criterios y sólo en ausencia de ellos podrá acudir a la valoración equitativa conforme al artículo 1332° del Código Civil.”* Claramente este pleno laboral nos señala que el daño moral se acredita con medios de prueba directo en este caso el mencionado Informe Psicológico, pero no da también la opción de acreditarlo con medios de prueba indirecto que vendrían a ser los documentales que acrediten que al momento de la afectación laboral se deja al demandante con la afectación, angustia y preocupación de cubrir aspectos económicos y carga familiar, como partida de nacimiento, contrato de préstamo, pago de alimentos, colegio y vivienda, etc.; además nos señala que frente a la ausencia de uno de ellos ya sea de medio de prueba directo o el indirecto se podrá acudir a la valoración equitativa conforme al artículo 1332° del Código Civil que acredita al juez a utilizar su criterio de manera activa y exclusiva para que pueda determinar la existencia del Daño Moral frente al incumplimiento de las normas laborales y afectación al demandante.

**sí se encuentra acreditada la existencia de daño moral en la medida de que al haber sido despedida arbitrariamente la demandante, le ha generado angustia, preocupación, y un daño irreparable hacia su honor y dignidad, sin tener en cuenta su salud y la situación económica dentro de su familia; en ese sentido, resulta evidente que esta conducta generó angustias, padecimientos y frustración, afectando sus sentimientos y emociones también su salud. Asimismo, se demuestra la existencia de un daño moral al quedar claramente establecido que, debido al despido arbitrario, la demandante tiene que solventar gastos económicos por lo que tuvo que acudir a préstamos bancarios, frustrando y re-**

### **tardando sus expectativas de desarrollo mental con preocupaciones, personal, familiar y de salud**

Entonces consideramos que el daño moral es **la lesión a cualquier sentimiento de la víctima considerado socialmente legítimo**; es aquel daño que afecta la esfera interna del sujeto y no recae sobre cosas materiales, sino que afecta los sentimientos. Conforme lo señala la doctrina, reviste naturaleza resarcitoria y persigue la reparación de los padecimientos anímicos y espirituales sufridos con ocasión de un determinado acontecimiento.

En tal sentido, es evidente que el despido arbitrario, priva al trabajador de sus ingresos económicos inmediatos y directos con el que sustenta a su persona (carácter alimentario de la remuneración) y la evidente aflicción que tal situación produce a la demandante al carecer del sustento diario o su evidente reducción, lo cual acredita a su vez el evidente daño a la “salud” y al “bienestar de la demandante”; el honor y dignidad del trabajador - demandante, lo que debe ser indemnizado por lo que el monto por el resarcimiento sobre este concepto y de lo indicado en el punto anterior debe ser fijado de forma prudencial conforme con lo preceptuado por el artículo 1332 del Código Civil.

Por último, debemos recalcar que **Recibir indemnización laboral no impide demandar indemnización por daño moral en la vía civil según la CASACIÓN 5008-2010-LIMA**

Encontramos en el **Fundamento Destacado: Noveno.-** Que, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, ha señalado que “*este sistema tarifario es interpretado por la doctrina tradicional como aquella que cubre la totalidad de los daños patrimoniales y extra patrimoniales (...) mientras que otros autores opinan que la indemnización tarifaria sólo involucra el aspecto laboral, mas no el civil*”, decantándose el citado Colegiado Supremo por esta segunda posición, no sólo porque nuestra legislación civil en su artículo mil novecientos ochenta y cuatro faculta expresamente a promover la demanda para efectos de obtener la reparación por el daño moral en concreto, sino porque además “*(...) se debe considerar en general que todo despido injustificado trae consigo un daño a la persona que lo sufre, por cuanto de un momento a otro, de forma intempestiva, el trabajador deja de percibir su remuneración (...)*”. Este Supremo Tribunal comparte esa posición, toda vez que la indemnización tarifada -equivalente a una remuneración y media ordinaria mensual por cada año completo de servicios- importa la reparación del daño patrimonial inmediato ocasionado a la víctima a consecuencia de la pérdida del empleo y el quebrantamiento de la relación contractual laboral, lo que no impide que en la vía civil pueda intentarse las acciones correspondientes para obtener el resarcimiento de los daños producidos en el ámbito extracontractual; razones por las cuales concluimos que este extremo del recurso de casación también debe ser desestimado.

### **III BIBLIOGRAFÍA**

- CASACIÓN LABORAL N° 5423-2014-LIMA
- CASACIÓN N° 699-2015-LIMA
- CÓDIGO CIVIL ARTS 1322 Y 1332
- CASACIÓN N° 7204-2014 AREQUIPA
- PLENO JURISDICCIONAL LABORAL 2019
- CASACIÓN 5008-2010-LIMA



# EL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD PERSONAL EN LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS

*José Carlos Laguna de Paz*

## RESUMEN

En derecho administrativo sancionador rige el principio de responsabilidad personal. i) Es, pues, preciso hacer una interpretación de la responsabilidad solidaria conforme con el sistema. ii) La responsabilidad del garante no es objetiva, sino por acciones u omisiones culpables. iii) El deber de responder del pago de las sanciones impuestas a terceros solo debe imponerse cuando esté justificado. iv) La matriz solo podrá ser sancionada por las infracciones cometidas por la filial, si ha dirigido de manera efectiva su comportamiento y se han respetado sus derechos de defensa. v) Los cambios en la empresa infractora no afectan a su responsabilidad. vi) La responsabilidad de la empresa extinguida puede transmitirse a la que la suceda, a la matriz o a los socios.

**Palabras clave:** Sanciones administrativas; responsabilidad solidaria; grupo de empresas; derechos de defensa; garante.

## ABSTRACT

The principle of personal liability applies to administrative sanctions. i) Therefore, it is necessary to interpret joint and several liability provisions according to the system. ii) The person responsible for preventing infringements committed by a third party is not subject to an objective liability. iii) The duty to pay penalties imposed on third parties should only be imposed when justified. iv) A parent company can only be sanctioned for infringements committed by its subsidiary when it has effectively guided its performance and its procedural and defense rights have been respected. v) Any changes that might be introduced in the direction, property or business of the offending company do not affect its liability. vi) Defunct companies can transmit their liability to successor and parent companies and to a limited extent to the partners.

**Keywords:** Administrative sanctions; Joint and several liability; Group of companies; Rights of defence.

## SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. OBLIGACIONES CUYO CUMPLIMIENTO CORRESPONDA CONJUNTAMENTE A VARIAS PERSONAS: RESPONSABILIDAD SOLIDARIA: 1. Su delimitación. 2. Su difícil compatibilidad con el carácter personal de las sanciones, salvo que se interprete como responsabilidad patrimonial. 3. Requisitos para la exigencia de responsabilidad solidaria: 3.1. Solo puede exigirse a quien ha cometido la infracción. 3.2. La infracción ha de haber sido cometida de manera culpable. 3.3. Ha de haber sido declarado responsable y sancionado. 3.4. La sanción ha de haber sido individualizada. 3.5. La solidaridad no debe haber sido excluida por la legislación sectorial. III. DEBER DE PREVENIR LA COMISIÓN DE INFRACCIONES POR QUIENES ESTÉN EN UNA RELACIÓN DE DEPENDENCIA O VINCULACIÓN: 1. Su fundamento y exigencias. 2. Posible imputación a la empresa de las infracciones cometidas por sus empleados. 3. Imputación directa a la empresa de las infracciones cometidas por sus administradores. IV. DEBER DE RESPONDER DEL PAGO DE SANCIONES IMPUESTAS A PERSONAS DEPENDIENTES O VINCULADAS: 1. Responsabilidad patrimonial. 2. Su fundamento: situación de dependencia o vinculación del infractor. 3. En principio, la responsabilidad debe ser subsidiaria. 4. La responsabilidad se limita al pago de la sanción. V. GRUPO DE EMPRESAS: POSIBLE IMPUTACIÓN DEL COMPORTAMIENTO A LA MATRIZ: 1. Imputación de la infracción: 1.1. Jurisprudencia europea. 1.2. Jurisprudencia española. 2. La matriz solo puede ser imputada si ha dirigido el comportamiento de la filial. 3. La autoridad administrativa debe probar que la matriz dirigió el comportamiento de la filial: 3.1. Prueba directa o indiciaria. 3.2. Presunción iuris tantum. 4. Las empresas responsables deben ser formalmente imputadas. 5. Las empresas responsables deben ser sancionadas, y la sanción, individualizada. 6. Responsabilidad solidaria. VI. CAMBIOS EN LA EMPRESA: JURÍDICOS, ORGANIZATIVOS, DE ACTIVIDAD O ECONÓMICOS: 1. Cambios en la denominación, forma jurídica, directivos o accionariado. 2. Cambios en la dirección: absorción del infractor por un nuevo grupo empresarial. 3. Cambio en el objeto social: venta a un tercero de la unidad de negocio vinculada a la infracción. 4. Cambio en su situación económica: insolvencia. VII. EXTINCIÓN DEL INFRACTOR: 1. Fusión y absorción de la empresa infractora con extinción de su personalidad jurídica. 2. Grupo de empresas. 3. Liquidación. VIII. CONCLUSIONES.

## I. INTRODUCCIÓN

En el ámbito administrativo rige el principio de responsabilidad personal<sup>1</sup>, que *impide que alguien pueda ser sancionado por hechos ajenos*<sup>2</sup>.

- i) La jurisprudencia entiende que este principio es una derivación del de *legalidad*<sup>3</sup>, lo que le dota de protección constitucional (art. 25.1 CE)<sup>4</sup>. A este respecto, hay que tener en cuenta que el principio de legalidad no es un mero expediente técnico que permita amparar cualquier solución, sino que la constitucionalidad de la ley está en función de su contenido. En particular, ha de respetar la dignidad humana (art. 10.1 CE) y los derechos y libertades de los ciudadanos (art. 53.1 CE), incluida la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), así como la justicia, que es un valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE)<sup>5</sup>. No parece, pues, que pueda justificarse que alguien tenga que responder por los hechos de un tercero, sin haber intervenido de alguna forma en ellos<sup>6</sup>, de manera directa (coautoría o algún grado de participación)<sup>7</sup> o indirecta (culpa *in eligendo* o *in vigilando*). Es por eso que solo podrán imponerse sanciones por la comisión de infracciones administrativas (art. 27.2 LSP). Así las cosas, una ley que previera la responsabilidad punitiva de quien no ha intervenido de ninguna forma —por acción u omisión— en la realización de la infracción sería arbitraria y contraria a los derechos y valores apuntados y, por tanto, podría reputarse inconstitucional.
- ii) Más directamente, el carácter personal de la responsabilidad resulta del *principio de culpabilidad*<sup>8</sup>, que el texto constitucional no menciona<sup>9</sup>, pero que la jurisprudencia<sup>10</sup> y la práctica totalidad de la doctrina consideran un presupuesto ineludible para el ejercicio de la potestad punitiva. En esta línea, la ley dice que solo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos

1 J. Suay Rincón (1994), «Algunas consideraciones en torno a la aplicación de los principios de la responsabilidad personal (o por actos propios) y de culpabilidad en el Derecho Administrativo Sancionador. (Particular referencia al ordenamiento del crédito y del mercado de valores)», en *Estudios de Derecho Bancario y Bursátil. Homenaje a Evelio Verdura y Tuells*, Madrid: La Ley, págs. 2593-2595.

2 STC 219/1988, de 22.11, FJ 3º.

3 ES:TS:2019:1708, FJ 6º.

4 STC 219/1988, de 22.11, FJ 3º; STC 254/1988, de 21.12, FJ 5º; STC 146/1994, de 12.5, FJ 4º.

5 M. Rebollo Puig (2015), «Los principios de legalidad, personalidad y culpabilidad en la determinación de los responsables de las infracciones», en M. Rebollo Puig, M. López Benítez y E. Carbonell Porras, *Régimen jurídico básico de las Administraciones públicas*. Libro Homenaje al Profesor Luis Cosculluela, Madrid: Iustel, pág. 848.

6 T. Cano Campos (2018), *Sanciones administrativas*, Madrid: Colección Claves Prácticas Derecho Administrativo, Francis y Taylor, pág. 67.

7 M. Rebollo Puig (2014), «Responsabilidad de los autores de las infracciones y de los partícipes», *Revista Vasca de Administración Pública*, 99-100, págs. 2527 y ss.

8 A. De Palma del Teso (1996), *El principio de culpabilidad en el Derecho Administrativo sancionador*, Madrid: Tecnos, págs. 58 y 65.

9 A. Nieto García (2012), *Derecho Administrativo Sancionador*, Madrid: Tecnos, págs. 319 y 324.

10 STC 150/1991, de 4.7, FJ 4º.A; STC 246/1991, de 19.12, FJ 2º; STC 76/1990, de 26.4, FJ 4º.A.

de infracción administrativa las personas que resulten responsables, a título de dolo o culpa (art. 28.1 LSP)<sup>11</sup>. No puede haber, pues, culpabilidad, si no hay participación en la infracción.

- iii) Por último, el carácter personal de la responsabilidad administrativa se vincula a la *finalidad* misma que persiguen las sanciones, tanto en su vertiente de prevención especial (castigo del infractor)<sup>12</sup> como general (disuadir de la comisión de nuevas infracciones)<sup>13</sup>. La sanción no cumplirá su finalidad si recayera sobre una persona ajena a los hechos.

Afirmado el carácter personal de la responsabilidad administrativa, hay que valorar las condiciones bajo las que puede admitirse la *responsabilidad solidaria*, en el caso de obligaciones cuyo cumplimiento corresponda conjuntamente a varias personas (punto II). La normativa puede tipificar como infracción administrativa el incumplimiento del deber de *prevenir la comisión de infracciones* por quienes estén en una relación de dependencia o vinculación respecto de ellos (punto III). Esto da lugar a la figura del garante, que no es un supuesto de responsabilidad objetiva, sino por acciones u omisiones culpables (*culpa in eligendo* o *in vigilando*). La normativa también puede establecer el deber de *responder del pago de las sanciones* impuestas a personas dependientes o vinculadas (punto IV). El principio de responsabilidad personal se proyecta también sobre los *grupos de empresas*, de manera que la matriz solo podrá ser sancionada por las infracciones cometidas por la filial, si ha participado en ellas (punto V). Las empresas suelen estar sujetas a continuos *cambios* en su forma jurídica, organización, dirección y accionariado, que —con carácter general— no inciden en el régimen de responsabilidad administrativa (punto VI). Por último, es preciso preguntarse si cabe la transmisión de la responsabilidad administrativa en caso de *extinción* de la empresa infractora (punto VII).

## II. OBLIGACIONES CUYO CUMPLIMIENTO CORRESPONDA CONJUNTAMENTE A VARIAS PERSONAS: RESPONSABILIDAD SOLIDARIA

Cuando el cumplimiento de las obligaciones corresponda a varias personas conjuntamente, responderán de forma solidaria de las infracciones y de las sanciones que se impongan (art. 28.3 LSP).

### 1. SU DELIMITACIÓN

La primera cuestión que suscita el precepto recién citado es su delimitación. La ley habla de obligaciones cuyo cumplimiento corresponda a varias personas conjuntamente. De ahí parece desprenderse que *los obli-*

---

11 M. Rebollo Puig (2014: 2527-2546).

12 A. Huergo Lora (2007), *Las sanciones administrativas*, Madrid: Iustel, pág. 380.

13 De Palma del Teso (1996: 78 y 91).

*gados (que resulten responsables) cometen una infracción conjuntamente, es decir, cometen una única infracción.*

A ello hay que añadir que la ley también dice que, cuando sea pecuniaria —siempre que sea posible— la resolución individualizará la sanción, en función del grado de participación de cada responsable (art. 28.3, *in fine*, LSP). Es decir, la ley presupone que la infracción *puede ir seguida de la imposición de una única sanción para todos los responsables*, bien que —en lo posible— individualizada. No obstante, no puede excluirse que —en lugar de una única sanción conjunta— se impongan sanciones individualizadas a cada uno de los responsables. La delimitación del precepto así realizada parece confirmada por la legislación sectorial.

i) En este sentido, por ejemplo, en el caso de concentraciones empresariales que superen los umbrales previstos en la norma, están obligados a notificar la operación las partes que intervengan en una fusión, en la creación de una empresa en participación o en la adquisición del control conjunto sobre la totalidad o parte de una o varias empresas [art. 9.4.a) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, LDComp)]. El incumplimiento de dicha obligación está tipificado como infracción administrativa (art. 62 LDComp).

Se entiende que en este caso las empresas obligadas cometen una única infracción y son objeto de una única sanción. ii) Por su parte, el conjunto de empresas que llevan a cabo una conducta colusoria cometen una única infracción (art. 62.3 y 4 LDComp), frente a la que normalmente se tramita un único procedimiento administrativo y, en la misma resolución, se impone la sanción, individualizada para cada empresa, en función de su responsabilidad. iii) Como un nuevo ejemplo, la legislación de patrimonio histórico declara responsables solidarios de «la infracción [a] cuantas personas hayan intervenido en la exportación del bien y aquellas otras que por su actuación u omisión, dolosa o negligente, la hubieren facilitado o hecho posible» (art. 75.1 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español).

En consecuencia, como decimos, en principio, parece que la responsabilidad solidaria se refiere al supuesto en el que distintas personas cometen una única infracción, seguida de una o varias sanciones. No obstante, no puede dejar de advertirse que la legislación sectorial no sigue patrones fijos. Hay así supuestos en los que el legislador declara *la responsabilidad solidaria respecto de sujetos que, en algunos casos, aparentemente, habrían cometido infracciones distintas*. Este podría ser el caso de la normativa tributaria, que prevé la responsabilidad solidaria de los coautores, personas que colaboren activamente en la comisión u ocultación de una

infracción tributaria o dificulten las medidas adoptadas para su ejecución (art. 42.1 y 2 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria). La cuestión es: ¿cometen todos ellos la misma infracción o cada uno de ellos (coautor, colaborador, encubridor) comete una infracción distinta? Como decimos, en algunos casos, no parece fácil reconducir la conducta a la misma infracción (por ejemplo, la colaboración en el levantamiento de bienes o derechos embargados).

A ello habría que añadir que alguna de estas conductas no parecen estar tipificadas como infracciones independientes, sino que solo se alude a ellas al afirmar la responsabilidad solidaria.

## 2. SU DIFÍCIL COMPATIBILIDAD CON EL CARÁCTER PERSONAL DE LAS SANCIONES, SALVO QUE SE INTERPRETE COMO RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

Las sanciones solo pueden ser impuestas a quien ha cometido la infracción, o lo que es lo mismo, nadie puede ser sancionado por hechos ajenos, en base a una pretendida responsabilidad colectiva. Así resulta de los *principios de personalidad de la sanción*<sup>14</sup>, *culpabilidad*<sup>15</sup> y *proporcionalidad*<sup>16</sup>. Como la jurisprudencia ha razonado en alguna ocasión: «[...] de lo contrario, se derrumbaría el fundamento del sistema punitivo, según el cual cada uno responde de sus propios actos, sin que quepa, con el fin de una más eficaz tutela de los intereses públicos, establecer responsabilidad alguna sancionable solidariamente por actos ajenos»<sup>17</sup>.

La *doctrina* también se ha manifestado en contra de la responsabilidad solidaria. Entendida en sentido estricto (comisión de varias infracciones por distintos sujetos), la solidaridad no tiene cabida, ya que se obliga a un sujeto a pagar por su infracción y por la de otros<sup>18</sup>. La responsabilidad solidaria es también difícil de admitir en el caso de que se trate de la comisión de una única infracción por varios sujetos, ya que el carácter personal de la sanción debe llevar a que la Administración individualice la responsabilidad que corresponde a cada uno de ellos, sin que puedan ser castigados por el comportamiento de los demás<sup>19</sup>.

---

14 Rebollo Puig (2015: 845-848).

15 Nieto García (2012: 378); J. A. Santamaría Pastor (2018), *Principios de Derecho Administrativo General*, vol. II, 5ª edic., Madrid: Iustel, págs. 420-421; Huergo Lora (2007: 395 y ss.).

16 M. Izquierdo Carrasco (2010), «La culpabilidad y los sujetos responsables», en M. Rebollo Puig, M. Izquierdo Carrasco, L. Alarcón Sotomayor y A. M. Bueno Armijo, *Derecho Administrativo Sancionador*, Valladolid: Lex Nova, págs. 288-289.

17 STS de 26.1.1998 (rec. 1394/1994) (Ar. 573), FJ 5º.

18 Huergo Lora (2007: 398).

19 Cano Campos (2018: 116-117).

No obstante, pese a las críticas vertidas, lo cierto es que la responsabilidad solidaria está prevista en la Ley y, en algún caso, ha sido admitida por la jurisprudencia constitucional, que razona que, con ello, no se causa un perjuicio irreversible al interesado, ya que se traduce en el pago de una cantidad de dinero (sanción tributaria), «siempre prorrateable a posteriori entre los distintos responsables individuales»<sup>20</sup>.

Así las cosas —si no quieren contrariarse los derechos de los ciudadanos—, parece que la solidaridad debe limitarse a la posibilidad de exigir el montante total de la sanción a una sola de las personas sancionadas (siempre que esto no resulte desproporcionado), que —como es natural— después tendrá un derecho de repetición sobre las demás. La responsabilidad solidaria no puede significar asumir la sanción de otro (cada uno es sancionado por su comportamiento, no por el de los demás), sino solo tener que pagar la multa de los restantes sujetos responsables.

Como decimos, las exigencias constitucionales obligan a interpretar que la solidaridad en materia sancionadora equivale más bien a la responsabilidad patrimonial derivada de la infracción<sup>21</sup>, cuya admisión no suscita problemas desde la perspectiva del carácter personal de las sanciones. En otros términos, no se trata de una responsabilidad punitiva, sino patrimonial, derivada de la comisión de una infracción.

### 3. REQUISITOS PARA LA EXIGENCIA DE RESPONSABILIDAD SOLIDARIA

La responsabilidad solidaria es un régimen excepcional, que —en cuanto tal— debe ser interpretado de manera estricta. Esto es así aun en el caso de que se entienda que, en realidad, comporta un régimen de responsabilidad patrimonial.

La razón está en que, incluso en ese caso, el fundamento de la responsabilidad no es otro que la coautoría o colaboración del responsable solidario en la comisión de una infracción administrativa.

#### 3.1 Solo puede exigirse a quien ha cometido la infracción

La jurisprudencia interpreta que la responsabilidad solidaria presupone «la realización o colaboración en la realización de una infracción»<sup>22</sup>. La responsabilidad solidaria solo podrá exigirse a quienes hayan realizado la infracción, contribuido a ella o —debiendo hacerlo— no la hayan evitado. No tendría justificación que quien cumple escrupulosamente sus

---

20 STC 76/1990, de 26.4, FJ 4ºB; STC 146/1994, de 12.5, FJ 4º.

21 J. R. Parada Vázquez (1993), *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Madrid: Marcial Pons, pág. 392.

22 STC 76/1990, de 26.4, FJ 4B.

obligaciones fuese declarado responsable solidario de las infracciones cometidas por los demás. El interesado ha de estar, pues, personalmente implicado en la comisión de la infracción<sup>23</sup>. Dicho con más claridad, el responsable solidario ha de ser también un infractor.

i) Así, la legislación urbanística suele declarar responsables del cumplimiento de la legalidad al propietario de los terrenos, al promotor y, en su caso, al constructor, a los técnicos que dirijan las obras, a las empresas suministradoras de servicios e, incluso, al alcalde y miembros de la corporación<sup>24</sup>. ii) En el mismo sentido, la legislación de costas declara responsables al promotor de la actividad, al empresario que la ejecuta y al técnico director, así como a cualquier otro sujeto que intervenga por acción u omisión en la comisión del hecho constitutivo de la infracción<sup>25</sup>. En la medida en que estén conjuntamente sujetos al cumplimiento de determinadas obligaciones, como es natural, la responsabilidad de estas personas solo surge en el caso de que hayan cometido, participado o contribuido de algún modo a la infracción, por acción, omisión o encubrimiento. iii) Como un nuevo ejemplo, en el caso de grupos de empresas, la jurisprudencia acepta la responsabilidad solidaria de la matriz por las infracciones cometidas por la filial, siempre que le resulte imputable el comportamiento, como después veremos<sup>26</sup>. iv) En un supuesto de responsabilidad subsidiaria, la legislación de defensa de la competencia prevé la posibilidad de exigir el pago de la multa a cualquiera de los integrantes de una asociación, unión o agrupación de empresas, siempre que —entre otras condiciones— la empresa a la que se exija el pago haya participado en la comisión de la infracción (art. 63.1 LDComp)<sup>27</sup>. Salvo prueba en contrario, se presume que participan en la comisión de la infracción las empresas cuyos representantes sean miembros de los órganos decisorios de la asociación<sup>28</sup>. En cambio, no podrá exigirse el pago a las empresas que no aplicaron la decisión infractora de la asociación y que no tuvieron conocimiento de su existencia o bien se distanciaron activamente de ella antes de que se iniciara la investigación<sup>29</sup>.

---

23 Huergo Lora (2007: 399).

24 Art. 116.1 de la Ley 5/1999, de 8 de abril, de Urbanismo de Castilla y León.

25 Art. 93.1.b) de la Ley 22/1988, de 28.7, de Costas.

26 ES:TS:2016:936.

27 Arts. 14.3 y 19.4 de la Directiva (UE) 2019/1, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11.12.2018, encaminada a dotar a las autoridades de competencia de los Estados miembros de medios para aplicar más eficazmente las normas sobre competencia y garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior.

28 Art. 19.4 de la Directiva (UE) 2019/1.

29 Art. 19.4 de la Directiva (UE) 2019/1.

### 3.2 La infracción ha de haber sido cometida de manera culpable

La responsabilidad solidaria no es un supuesto de responsabilidad objetiva. Se requiere también, pues, «la concurrencia de *dolo* o *culpa* aunque sea leve» (las cursivas son nuestras)<sup>30</sup> del infractor. En este sentido, por ejemplo, no hay responsabilidad cuando se haya puesto la diligencia necesaria en el cumplimiento de las obligaciones tributarias (art. 179.2.d) LGT). Desde esta perspectiva, no parece que pueda sancionarse a la empresa que, diligentemente, trata de cumplir con sus deberes, pero que se encuentra con la oposición de los restantes sujetos obligados.

No obstante, en algún caso, la jurisprudencia ha avalado la sanción impuesta a la empresa propietaria de una central nuclear que había tratado de cumplir el deber legal que le correspondía (proceder al cambio de titularidad de la autorización de explotación, que debía pasar de cotitularidad a titularidad única), pero que se encontró con la oposición de las otras empresas propietarias de la central<sup>31</sup>.

### 3.3 Ha de haber sido declarado responsable y sancionado

La exigencia de responsabilidad solidaria solo cabe respecto del sujeto frente al que la Administración haya seguido el procedimiento sancionador<sup>32</sup> e impuesto la sanción que le corresponda, por los hechos que se le imputen (art. 97.1 LPC)<sup>33</sup>. Lo contrario vulneraría el derecho de defensa de los implicados<sup>34</sup>, no permitiría verificar la culpabilidad<sup>35</sup>, impediría adaptar la sanción a la vista de eventuales circunstancias atenuantes y agravantes, y dificultaría el ejercicio de la acción de repetición.

### 3.4 La sanción ha de haber sido individualizada

La exigencia de *individualización de la sanción* deriva del principio de responsabilidad personal<sup>36</sup>. No obstante, la ley solo la exige «siempre que sea posible», tomando en cuenta el grado de participación de cada responsable (art. 28.3 LSP). Es verdad que no siempre será fácil determinar el grado de participación de las personas que han intervenido en la infracción. Algunas leyes sectoriales parecen encontrar aquí la justificación de la solidaridad. i) En este sentido, la Ley de industria establece que cuando «dos o más personas resulten responsables de una infracción y no fuese posible determinar su grado de participación, serán solidaria-

30 STC 76/1990, de 26.4, FJ 4B.

31 ES:TS:2018:3161.

32 De Palma del Teso (1996: 78 y 93).

33 STS de 30.11.1991 (Ar. 8386).

34 STS de 13.7.1987 (Ar. 6890).

35 STC 76/1990, de 26.4.

36 De Palma del Teso (1996: 65).

mente responsables a los efectos de las sanciones que se deriven»<sup>37</sup>. ii) En parecidos términos, la legislación ambiental dispone que: «Cuando no sea posible determinar el grado de participación de las distintas personas que hubiesen intervenido en la realización de la infracción, la responsabilidad será solidaria, sin perjuicio del derecho a repetir frente a los demás participantes por parte de aquel o aquellos que hubieran hecho frente a las responsabilidades»<sup>38</sup>.

El error de la Administración en la concreción del grado de participación viciaría la resolución. No obstante, la pretensión de proteger la eficacia de la respuesta sancionadora no puede desconocer el principio de responsabilidad personal.

Además, la Administración debe probar la conducta de cada uno de los responsables, lo que pasa por concretar su grado de participación. A este respecto, hay que tener en cuenta que se trata de la fijación del «castigo» que corresponde a cada uno de los infractores, no del reparto de cuotas de deudores privados, como a veces se ha sostenido<sup>39</sup>.

### **3.5 La solidaridad no debe haber sido excluida por la legislación sectorial**

El art. 28.3 LSP proclama con carácter general la responsabilidad solidaria en el caso de obligaciones cuyo cumplimiento corresponda conjuntamente a distintas personas. No obstante, la legislación sectorial también puede excluir la solidaridad en el caso de la comisión de una misma infracción por parte de distintos sujetos. Este parece el sentido de la legislación del sector eléctrico, que prevé que una misma infracción puede dar lugar a diferentes sanciones, impuestas a distintos sujetos, que «tendrán entre sí carácter independiente» (art. 71.2 de la Ley 24/2013, de 26.12, del Sector Eléctrico).

## **III. DEBER DE PREVENIR LA COMISIÓN DE INFRACCIONES POR QUIENES ESTÉN EN UNA RELACIÓN DE DEPENDENCIA O VINCULACIÓN**

Las leyes pueden tipificar como infracción administrativa el incumplimiento de la obligación de prevenir la comisión de infracciones por quienes estén en una relación de dependencia o vinculación (art. 28.4 LSP). 1) Se establece con ello la responsabilidad del garante, en relación con la cual hay que aclarar su fundamento y exigencias. 2) El deber de prevenir infracciones ajenas explica también en algunos casos la responsabilidad del empleador por las infracciones cometidas

---

37 Art. 33.3 de la Ley 21/1992, de 16.7, de Industria.

38 Art. 79.4 de la Ley 42/2007, de 13.12, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad.

39 Nieto García (2012: 383).

por sus empleados. 3) En cambio, no es este el fundamento de la imputación a la empresa de las infracciones cometidas por sus administradores, directivos o representantes.

## 1. SU FUNDAMENTO Y EXIGENCIAS

i) El art. 28.4 LSP no establece un régimen general de responsabilidad por culpa *in eligendo* o *in vigilando*, sino que prevé que así puedan disponerlo las leyes sectoriales, se entiende que cuando esté justificado. ii) El fundamento de este deber está en la *situación de vinculación o dependencia* en que se encuentran determinadas personas respecto del sujeto obligado. De aquí se infiere que el garante *ha de disponer de poderes de dirección*, que le permitan asegurar el respeto de la legalidad por parte del sujeto vinculado. iii) *No se trata de una responsabilidad por hechos ajenos, sino de la comisión de una infracción consistente en no evitar que terceros cometan un ilícito administrativo*. Lo contrario plantearía serias dudas desde la perspectiva del carácter personal de las sanciones. El garante no es el autor de la infracción que comete el sujeto principal<sup>40</sup>. En estos casos, existen, pues, dos infracciones<sup>41</sup>: a) la cometida por la persona que está en situación de dependencia o vinculación; y b) la cometida para la persona que debe evitar la comisión de dicha infracción (garante). La primera infracción es presupuesto de la segunda. iv) Por último, el garante *no asume el deber de evitar el resultado*, lo que entrañaría una responsabilidad objetiva, sino de aplicar la diligencia debida para, en lo posible, evitar la comisión de la infracción. El garante *podría, pues, eludir su responsabilidad, demostrando que aplicó la diligencia debida*, pero que —en las circunstancias concretas— no le fue posible evitar la infracción.

Si se dan estos presupuestos, la Administración debe reaccionar con la imposición de *dos sanciones*. *No hay bis in idem*, ya que se trata de dos sujetos (autor material y garante), dos fundamentos (el comportamiento activo y el deber de evitar la infracción) y dos hechos distintos (la actuación u omisión del autor material y la omisión del garante).

## 2. POSIBLE IMPUTACIÓN A LA EMPRESA DE LAS INFRACCIONES COMETIDAS POR SUS EMPLEADOS

Los empleados<sup>42</sup> no son órganos de la empresa, no la representan, ni tienen capacidad para conformar la voluntad social. En consecuencia, en

40 Rebollo Puig (2014: 2533 y 2534).

41 Cano Campos (2018: 115).

42 M. Rebollo Puig (2018), «Tribulaciones sobre los responsables de las infracciones contra la competencia», en L. M. Miranda Serrano y J. Costas Comesaña, *Derecho de la Competencia. Desafíos y cuestiones de actualidad*, Madrid: Marcial Pons, págs. 374-377.

principio, les son personalmente imputables las infracciones administrativas que cometan (cuestión distinta es la responsabilidad patrimonial). No obstante, *la empresa puede resultar responsable de las infracciones cometidas en dos supuestos*. i) En primer lugar, cuando haya determinado positivamente el comportamiento de sus empleados, que serían meros ejecutores materiales de órdenes de la empresa, que sería la verdadera autora. En este caso, estaríamos en presencia de una única infracción administrativa, cometida por la empresa. ii) En segundo lugar, la empresa puede ser también responsable de comportamientos autónomamente realizados por el empleado, cuando no haya tomado las medidas adecuadas que hubieran impedido el resultado (defecto de organización)<sup>43</sup>. En este caso, se requeriría que se hubiera impuesto a la empresa el deber de prevenir la comisión de infracciones por sus empleados. En función de la concreta configuración normativa, podríamos encontrarnos en presencia de dos infracciones (la realizada y la de prevenir la comisión de la infracción) o, alternativamente, de una infracción cometida por dos personas, empleador y empresa. La responsabilidad de la entidad se fundamenta en el deber que a esta incumbe de adoptar todas las medidas necesarias y adecuadas para tratar de que sus empleados actúen conforme a la ley<sup>44</sup>. Ahora bien, no es una responsabilidad objetiva. La empresa se verá exonerada de responsabilidad si tomó las medidas necesarias para, dentro de lo posible, evitar la realización de comportamientos ilegales.

### 3. IMPUTACIÓN DIRECTA A LA EMPRESA DE LAS INFRACCIONES COMETIDAS POR SUS ADMINISTRADORES

El deber de evitar infracciones ajenas no sirve para explicar la responsabilidad de las personas jurídicas por los ilícitos administrativos cometidos por sus representantes, administradores y directivos. La razón está en que *la infracción que cometen los órganos directivos de la entidad se imputa directamente a la persona jurídica*<sup>45</sup>. Si los actos de sus órganos son imputados a la persona jurídica, siempre que se desarrollen en el ámbito de su objeto social y de los cometidos que tengan asignados, no hay razón para que no se le imputen también las infracciones administrativas en que estos incurran, siempre que sean realizadas de manera dolosa o culposa. No se cometen, pues, dos infracciones, sino solo una.

---

43 De Palma del Teso (1996: 203-204).

44 M. Gómez Tomillo e I. Sanz Rubiales (2017), *Derecho Administrativo Sancionador*. Parte General, 4ª edición. Cizur Menor: Aranzadi, pág. 498.

45 M. Rebollo Puig (2017), «Responsabilidad sancionadora de personas jurídicas, entes sin personalidad y administradores», en L. Parejo Alfonso y J. Vida Fernández, *Los retos del Estado y la Administración en el siglo XXI. Libro Homenaje al Profesor Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo*, tomo I, Valencia: Tirant lo Blanch, págs. 1046-1048.

No obstante, como excepción, en algunos casos, las normas imputan la infracción no solo a la persona jurídica, sino también a los administradores que adoptan la decisión ilegal o no la evitan<sup>46</sup>. Se trata de supuestos en los que el legislador toma en cuenta el especial reproche que merece la actuación de los administradores (por ejemplo, por su cualificada participación activa en la comisión de la infracción) o la necesidad de potenciar la función de prevención general propia de las sanciones (problema de agencia). El administrador resulta así partícipe de una infracción realizada por la empresa.

i) Esto es lo que, por ejemplo, sucede cuando la normativa de defensa de la competencia prevé la responsabilidad no solo de la empresa, sino también de los administradores. Además de la sanción impuesta a la empresa, cuando el infractor sea una persona jurídica, se podrá imponer una multa a cada uno de sus representantes legales o a las personas que integran los órganos directivos que hayan intervenido en el acuerdo o decisión (art. 63.2 LDComp). ii) Como un nuevo ejemplo, la legislación del mercado de valores prevé la posibilidad de imponer a los administradores y directivos sanciones complementarias, no solo pecuniarias, sino también de suspensión, separación, inhabilitación y amonestación (arts. 306 y 307 del Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores). iii) En parecidos términos, la regulación de las entidades de crédito prevé que —con independencia de la sanción que corresponda a la entidad infractora— podrán también ser sancionados sus administradores y directivos, cuando la actuación pueda imputarse a su conducta dolosa o negligente (arts. 100 a 102 y 104.1 de la Ley 10/2014, de 26.6, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito).

#### **IV. DEBER DE RESPONDER DEL PAGO DE SANCIONES IMPUESTAS A PERSONAS DEPENDIENTES O VINCULADAS**

Las leyes podrán prever los supuestos en que determinadas personas responderán del pago de las sanciones pecuniarias impuestas a quienes de ellas dependan o estén vinculadas (art. 28.4, *in fine*, LSP). Una vez más, hay que destacar que la ley no establece un régimen general de responsabilidad, sino que remite a lo que puedan establecer las leyes sectoriales a este respecto. En todo caso, esta previsión requiere aclarar cuatro aspectos.

---

46 Rebollo Puig (2017: 1066-1078).

## 1. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

La ley no establece la responsabilidad por la comisión de una infracción administrativa. La norma simplemente impone el deber de pagar las sanciones

pecuniarias impuestas a un tercero, es decir, una *responsabilidad patrimonial*. Si el obligado al pago es también responsable de la comisión de la infracción lo será por otro título (por ejemplo, por ser coautor o por no haber evitado la comisión de la infracción por un tercero). No es, pues, preciso seguir un procedimiento administrativo sancionador frente al responsable, aunque la obligación pecuniaria deberá ser declarada a través de la correspondiente resolución administrativa, salvo que la ley no precise de ningún acto aplicativo. El obligado al pago, en su caso, podrá ejercer una acción civil de repetición frente al autor de la infracción.

## 2. SU FUNDAMENTO: SITUACIÓN DE DEPENDENCIA O VINCULACIÓN DEL INFRACTOR

El fundamento de la responsabilidad del pago de la sanción es la *situación de dependencia o vinculación* en que se encuentran los autores de la infracción. En estos casos, la conducta del obligado al pago —aunque no se configura como una infracción administrativa— comporta la consecuencia dañosa de tener que asumir la responsabilidad patrimonial derivada de la infracción. Con todo, la mera situación de dependencia o vinculación no parece que pueda justificar con carácter general el deber de asumir el pago de las sanciones pecuniarias de un tercero. Esta responsabilidad solo debería admitirse cuando el obligado al pago *actúe en sectores que comporten un riesgo cualificado, esté en condiciones de evitar la infracción o se beneficie de ella*. Además, lejos de cualquier automatismo, la aplicación de esta regla debería tomar en cuenta los principios de proporcionalidad y equidad, de manera que no se abocara a situaciones materialmente injustas.

## 3. EN PRINCIPIO, LA RESPONSABILIDAD DEBE SER SUBSIDIARIA

La ley no aclara si se trata de un régimen de responsabilidad *solidaria* o *subsidiaria*. Este aspecto deberá ser decidido por la normativa sectorial. Lo más coherente sería prever una responsabilidad subsidiaria, ya que el obligado al pago no es autor ni partícipe de la infracción. En este sentido, por ejemplo, en las sanciones tributarias, son responsables subsidiarios los administradores de la persona jurídica que no hubiesen evitado, o que hubiesen posibilitado, la comisión de la infracción (art. 43.1.a) LGT). No obstante, no puede excluirse que, en determinados casos, las leyes valoren la conveniencia de establecer un régimen de responsabilidad solidaria.

#### 4. LA RESPONSABILIDAD SE LIMITA AL PAGO DE LA SANCIÓN

La ley limita la responsabilidad al pago de las sanciones pecuniarias, lo que debe ser interpretado en sentido estricto. A falta de previsión expresa en sentido contrario, la responsabilidad *no se extiende a los daños y perjuicios derivados de la comisión de la infracción*, ni al deber de reponer las cosas al estado en que se encontraban.

#### V. GRUPO DE EMPRESAS: POSIBLE IMPUTACIÓN DEL COMPORTAMIENTO A LA MATRIZ

El *grupo de empresas* engloba aquellos supuestos en los que un conjunto de empresas jurídicamente independientes están ligadas por vínculos —de propiedad, organizativos, contractuales o de otro tipo— que les permiten actuar sujetos a una *dirección única*. En realidad, la normativa no requiere una unidad de decisión, sino la existencia de una «relación de dominio o control»<sup>47</sup>, es decir, «la mera posibilidad de dirección unitaria que brinda la existencia de control»<sup>48</sup>. Este matiz es relevante a efectos de la imputación de la responsabilidad administrativa, como después veremos. i) La modalidad más característica es el *grupo vertical* de empresas, en el que una sociedad matriz controla jerárquicamente a las empresas que lo componen. No obstante, existen también *grupos horizontales*, basados en fórmulas de coordinación, de las que resulta una dirección económica unitaria. ii) A su vez, la relación de dominio o control puede resultar<sup>49</sup>: a) de la propiedad que tenga la matriz de las participaciones de las sociedades dependientes (grupos dominicales); b) de relaciones contractuales entre la matriz y las sociedades dependientes (grupos contractuales); c) o de la identidad de los administradores (grupos personales).

El grupo de empresas es, pues, un concepto material, que destaca la idea de que las empresas que en él se integran *se comportan —o pueden comportarse— como una unidad económica*. Esto permite modular las consecuencias de la personalidad jurídica propia de cada una de las sociedades que integran el grupo, a efectos contables, mercantiles, fiscales, laborales y de responsabilidad administrativa.

En concreto, en el caso de entidades integradas en un grupo de empresas<sup>50</sup>, la *jurisprudencia europea*<sup>51</sup> admite que *la infracción pueda ser directamente im-*

47 Art. 42 del Código de Comercio y art. 18 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2.2, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

48 C. Paz-Ares (2018), «Lección 29. Uniones de empresas y grupos de sociedades», en A. Menéndez y A. Rojo, *Lecciones de Derecho Mercantil*, Cizur Menor: Civitas, pág. 620.

49 Paz-Ares (2018: 621-623).

50 C. Kersting (2014), «Die Rechtsprechung des EuGH zur Bussgeldhaftung in der wirtschaftlichen Einheit», *Wirtschaft und Wettbewerb*, 12, págs. 1156 y ss.

51 Asuntos C-231/11 P a C-233/11 P, *Comisión y otros v. Siemens Österreich y otros*, EU:C:2014:256, marg. 46; asunto C-625/13 P, *Villeroy & Boch AG*, EU:C:2017:52, marg. 146.

putada a la matriz, si ha dirigido el comportamiento de la filial<sup>52</sup>. No obstante, el tribunal se preocupa más de afirmar la responsabilidad de la matriz que de justificar su conformidad con el principio de responsabilidad personal<sup>53</sup>. Esto explica las críticas de que ha sido objeto. La *jurisprudencia española* afirma también la responsabilidad de la matriz, aunque de forma más precisa.

Los grupos empresariales constituyen una unidad económica, que puede permitir a la matriz dirigir el comportamiento de la filial<sup>54</sup>. No obstante, matriz y filial son personas jurídicas distintas y *no necesariamente actúan sujetas a una dirección única en todas las facetas de su actividad*. De hecho, se entiende que para que pueda hablarse de dirección unitaria es necesario que «al menos se hallen centralizadas las decisiones financieras (decisiones sobre necesidades de capital y modos de cubrirlas, sobre políticas de dividendos y reservas, sobre redistribución de recursos financieros del grupo entre unos y otros proyectos presentados por las distintas sociedades, etc.)»<sup>55</sup>. En algunos casos, los grupos están centralizados, pero en otros actúan de manera descentralizada. En consecuencia, como decimos, la existencia de un grupo de sociedades, sujeto a una dirección económica única, *no excluye que las distintas sociedades que integran el grupo puedan llevar a cabo una actividad autónoma*, en un mayor o menor número de ámbitos (producción, comercialización, etc.).

Así las cosas, 1) lo primero que hay que definir es a quién se imputa la infracción. 2) La imputación a la matriz presupone que haya dirigido el comportamiento de la filial. 3) En ese caso, corresponde a la autoridad administrativa probarlo, sin perjuicio de que, en determinadas circunstancias, pueda presumirse que ha dirigido la actuación de la filial. 4) Las empresas responsables deben ser imputadas, de manera que puedan ejercer sus derechos de defensa 5) y, en su caso, sancionadas. 6) La solidaridad solo puede imponerse si la empresa responsable ha sido sancionada.

## 1. IMPUTACIÓN DE LA INFRACCIÓN

En los casos en que distintas personas aparecen como posibles responsables de la comisión de una infracción administrativa, la primera cuestión a aclarar es *a quién se imputa la infracción*<sup>56</sup>.

### 1.1 Jurisprudencia europea

En la UE, las sanciones a grupos de empresas se han planteado en el ámbito del derecho de la competencia, en el que la Comisión Europea

---

52 Asunto C-499/11 P, *Dow Chemical y otros v. Comisión*, EU:C:2013:482, marg. 49 y jurisprudencia citada.

53 J. Gutiérrez Gilsanz (2014), «La responsabilidad de la matriz por las infracciones del derecho de la competencia cometidas por sus filiales», *Revista de Derecho Mercantil*, 292, págs. 252-253.

54 Asunto C-516/15 P, *Akzo Nobel NV y otros*, EU:C:2017:314, marg. 53.

55 Paz-Ares (2018: 620).

56 Rebollo Puig (2018: 369).

tiene atribuciones ejecutivas. En general, la jurisprudencia acostumbra a no detenerse en el dato jurídico-formal, sino que tiende a hacer interpretaciones de carácter material (concepto de empresa pública, poder adjudicador, etc.). Con ello, se trata de asegurar la aplicación uniforme del derecho de la UE en países que tienen diferentes tradiciones jurídicas y legislaciones. En esta línea, el concepto de empresa, que delimita el ámbito subjetivo de aplicación de las normas europeas de defensa de la competencia (arts. 101 y 102 TFUE), se interpreta también en sentido material. Esto explica, por ejemplo, que no quepa imputar actuaciones colusorias a las sociedades integrantes de un mismo grupo empresarial, ya que falta la alteridad que presupone dicha conducta.

En este marco, la jurisprudencia argumenta que —si están sujetas a una dirección económica única— la sanción no se impone tanto a la matriz o a la filial, sino a la *unidad económica que constituyen ambas*<sup>57</sup>. En muchos casos, este razonamiento podrá compartirse, ya que en los grupos económicos la personalidad jurídica tiene un marcado carácter instrumental, por lo que el grupo se habrá comportado efectivamente como una unidad económica. No obstante, los pronunciamientos judiciales no tienen suficientemente presente que los grupos de empresas no tienen personalidad jurídica propia, sino que se integran por sociedades que están en sí mismas personificadas. Las empresas (unidades económicas) no son sujetos de derecho y, por tanto, no pueden asumir la responsabilidad por la comisión de infracciones administrativas<sup>58</sup>. Frente a ello, con frecuencia, *la jurisprudencia europea no establece un pronunciamiento claro sobre si el comportamiento se imputa a la matriz, a la filial o a ambas*. Lo mismo puede decirse en relación con la afirmación de la responsabilidad solidaria, que no se sabe si se extiende también a la filial, con independencia de que se le haya imputado formalmente la conducta. Esto explica las críticas que ha sufrido esta jurisprudencia.

## 1.2 Jurisprudencia española

*En el derecho español, el principio de responsabilidad personal exige que las infracciones sean formalmente imputadas a las personas jurídicas que las cometen o, en su caso, a las organizaciones no personificadas a las que —por tener capacidad de obrar— la ley reconoce capacidad para ser imputadas [grupos de afectados, uniones y entidades sin personalidad*

57 Asunto T-677/14, *Biogaran v. Comisión*, EU:T:2018:910, margs. 272.

58 J. Alfaro Águila-Real y P. Liñán Hernández (2012), «Crítica a la jurisprudencia europea sobre imputación a la sociedad matriz de las infracciones de competencia cometidas por sus filiales», *Revista Española de Derecho Europeo*, 43, pág. 229.

jurídica y patrimonios independientes o autónomos (art. 28.1 LSP)]<sup>59</sup>. Con este punto de partida, y con una aproximación más sistemática, la *jurisprudencia española* distingue cuatro supuestos.

En primer lugar, la infracción puede haber sido cometida exclusivamente por la filial, en el caso de que haya realizado un comportamiento independiente. El hecho de que una sociedad forme parte de un grupo de empresas no necesariamente significa que la matriz haya dirigido su comportamiento. El grupo puede permitir que las empresas que lo integran adopten de manera autónoma sus decisiones o, al menos, algunas de ellas. No parece tampoco que pueda justificarse que la matriz —solo por el hecho de que esté en condiciones de dirigir el comportamiento de la filial—, asuma una posición general de garante<sup>60</sup>, de la que derivaría el deber de evitar que esta cometiera infracciones. Si así fuera, la matriz habría de responder de todas las infracciones que cometieran sus filiales, lo que no es conforme con las consecuencias de la personificación.

En segundo lugar, la infracción puede *imputarse tanto a la filial como a la matriz*, cuando esta última haya dirigido —al menos, en parte— el comportamiento de la filial<sup>61</sup>. La decisión de llevar a cabo una conducta anti-competitiva puede haber partido de la matriz, pero el comportamiento puede haber sido instrumentado por la filial, que ha podido fijar su alcance e intensidad. En la mayor parte de los casos, la filial no es un *longa manus* de la matriz, sino que —aunque sujeta a su dirección— dispone de un margen de maniobra, que es lo que justifica que se le impute también la conducta. De hecho, incluso en los grupos más centralizados, un cierto grado de autonomía de la filial existe prácticamente siempre, sobre todo, cuando se trata de filiales que participan en sectores o en ámbitos territoriales que no son atendidos por las matrices<sup>62</sup>. En este caso, *la infracción habría sido, pues, cometida por ambas empresas, en concepto de autores*. Este parece también el sentido de la legislación española de defensa de la competencia, que prevé que «la actuación de una empresa es también imputable a las empresas o personas que la controlan, excepto cuando su comportamiento económico no venga determinado por alguna de ellas» (art. 61.2 LDComp).

En tercer lugar, la *infracción puede ser imputada a la matriz, como autora material*, si se llega a la conclusión de que la *filial es un mero artificio*

---

59 Rebollo Puig (2014: 2527).

60 M. Gómez Tomillo (2018), «La sanción a las empresas matrices por prácticas infractoras de las normas de competencia de sus filiales: regulación, principios y garantías», *La Ley digital*, 5117, pág. 5.

61 ES:TS:2016:1403, FJ 3º.

62 Alfaro Águila-Real y Liñán Hernández (2012: 229-250).

o *pantalla de aquella*<sup>63</sup>. La filial habría cometido formalmente la infracción, pero sin ningún margen de autonomía, en cumplimiento estricto del mandato impartido por la matriz. Estaríamos, pues, ante un supuesto de levantamiento del velo, que permitiría imputar directamente el comportamiento a la matriz. En esta misma línea, la jurisprudencia reconoce también a los acreedores de las sociedades filiales el derecho a recuperar sus créditos frente al propio grupo y, específicamente, frente a la sociedad dominante<sup>64</sup>. No obstante, no se trata de que exista una comunicación general de responsabilidad entre filial y matriz, como hemos visto, sino de la concurrencia de circunstancias específicas que justifican el levantamiento del velo de la persona jurídica.

En cuarto lugar, el comportamiento puede haber sido realizado exclusivamente por la matriz, *sin intervención de la filial*. Así, por ejemplo, la jurisprudencia ha reconocido que la filial española del motor de búsqueda Google (Google Spain) no podía ser sancionada como corresponsable de una infracción de la legislación de protección de datos en base a la idea de que matriz y filial constituyen una unidad de negocio<sup>65</sup>. La responsabilidad corresponde en exclusiva a la matriz (Google Inc.), que es la que determina los fines, las condiciones y los medios del tratamiento de datos personales. La filial española se limita a prestar apoyo a la actividad publicitaria del grupo, que es distinta de su servicio de motor de búsqueda.

## 2. LA MATRIZ SOLO PUEDE SER IMPUTADA SI HA DIRIGIDO EL COMPORTAMIENTO DE LA FILIAL

El presupuesto de la imputación de la matriz es que haya dirigido el comportamiento de la filial<sup>66</sup>. No estamos, pues, ante una excepción al principio de *responsabilidad personal*<sup>67</sup>, por lo que la matriz *no responde si la filial llevó a cabo una actuación autónoma*<sup>68</sup>. Es por eso también que hay que tomar en cuenta la diversidad de comportamientos que pueda producirse entre la matriz y la filial, lo que —de acuerdo con el principio de proporcionalidad— debe modular la respuesta sancionadora<sup>69</sup>. La exi-

63 ES:TS:2019:1708, FJ 6º y 10.

64 Paz-Ares (2018: 630-631).

65 ES:TS:2016:1056, FJ 7º y 8º.

66 Asunto C-521/09 P, *Elf Aquitaine v. Comisión*, EU:C:2011:620, marg. 55; asunto C-97/08 P, *Akzo Nobel y otros v. Comisión*, EU:C:2009:536, margs. 56 y ss.; asunto C-90/09 P, *General Química y otros v. Comisión*, EU:C:2011:21, margs. 36-40; asuntos acumulados C-231/11 P a C-233/11 P, *Comisión v. Siemens*, EU:C:2014:256, margs. 45 y ss.; asuntos acumulados C-247/11 P y C-253/11 P, *Areva y otros v. Comisión*, EU:C:2014:257, margs. 120 y ss.

67 Asunto C-516/15 P, *Akzo Nobel NV y otros*, EU:C:2017:314, marg. 53; asunto C-97/08 P, *Akzo Nobel y otros v. Comisión*, EU:C:2009:536, marg. 77.

68 Costas Comesaña (2013: 223-224).

69 Asunto T-677/14, *Biogaran v. Comisión*, EU:T:2018:910, margs. 217-218.

gencia de responsabilidad a la matriz *no comporta tampoco el establecimiento de un régimen de responsabilidad objetiva*. La culpabilidad sigue siendo el presupuesto para la imposición de la sanción<sup>70</sup>.

### 3. LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA DEBE PROBAR QUE LA MATRIZ DIRIGIÓ EL COMPORTAMIENTO DE LA FILIAL

#### 3.1 Prueba directa o indiciaria

El principio de *presunción de inocencia obliga a la autoridad administrativa a probar que la matriz dirigió de manera efectiva el comportamiento de la filial*. A estos efectos, se pueden utilizar *pruebas directas* (directrices, instrucciones, correos, etc.).

No obstante, la jurisprudencia europea destaca que la dirección de la matriz también puede deducirse del *conjunto de vínculos económicos, jurídicos y organizativos existentes dentro del grupo*<sup>71</sup>. Esto no necesariamente requiere una presencia cotidiana en las actividades de su participada, ni la emisión de instrucciones sobre elementos específicos de la política comercial. No es tampoco necesario que la filial siga todas las instrucciones de la matriz para demostrar la existencia de una influencia dominante<sup>72</sup>, siempre que el incumplimiento no sea la regla<sup>73</sup>. Lo relevante es que la matriz sea capaz de dirigir a la filial, de manera que ambas puedan considerarse una unidad económica<sup>74</sup>. No hay inconveniente en aceptar este razonamiento, siempre que no se olvide que —a efectos de poder imputarle la infracción— lo decisivo es que, en las circunstancias concretas, *la matriz haya dirigido de manera efectiva el comportamiento de la filial*. La prueba indiciaria debe basarse en datos ciertos, que —de manera verosímil— han de demostrar la actuación de la matriz. No obstante —una vez más, la crítica— la jurisprudencia europea no siempre es suficientemente cuidadosa a la hora de justificar por qué los indicios no son susceptibles de una explicación alternativa, es decir, de excluir que en las circunstancias concretas la actuación pudo haber sido autónomamente decidida por la filial<sup>75</sup>.

#### 3.2 Presunción *iuris tantum*

La jurisprudencia europea presume *iuris tantum* que la sociedad matriz ejerce una influencia efectiva sobre la filial, cuando —directa o indirecta—

---

70 Asunto C-625/13 P, *Villeroy & Boch AG*, EU:C:2017:52, marg. 149.

71 Asunto T-104/13, *Toshiba v. Comisión Europea*, EU:T:2015:610, marg. 121.

72 Asunto C-155/14 P, *Evonik Degussa y otros v. Comisión*, EU:C:2016:446, margs. 40-42.

73 Asuntos acumulados C-293/13 P y C-294/13 P, *Fresh Del Monte Produce v. Comisión y Comisión v. Fresh Del Monte Produce*, EU:C:2015:416, margs. 96 y 97.

74 Asunto C-97/08 P, *Akzo Nobel y otros v. Comisión*, EU:C:2009:536, marg. 73.

75 Alfaro Águila-Real y Liñán Hernández (2012: 229-250).

tamente— sea titular de la totalidad, o de la práctica totalidad, de su capital<sup>76</sup>. La presunción supone una inversión de la carga de la prueba. En consecuencia, en estos casos, corresponde a la matriz aportar pruebas que desvirtúen la presunción<sup>77</sup>. Se ha dicho que esta presunción es muy difícil de destruir, si no imposible<sup>78</sup>. i) No obstante, no es una presunción infundada, ya que —cuando una empresa tiene el 100% de la propiedad de otra— está en condiciones de dirigir su actuación. ii) Además, sí cabe prueba en contrario (por ejemplo, por ser un inversor financiero, por tener una participación puramente temporal o por no tener la capacidad jurídica de dirigir la actuación de la filial). De hecho, en algunos casos, los tribunales han anulado decisiones sancionadoras de la Administración, por estimar que la filial había llevado a cabo un comportamiento autónomo<sup>79</sup>. iii) La jurisprudencia acude también al principio de *facilidad probatoria*, razonando que los interesados están en mejores condiciones para probar que la matriz no ejerció una influencia efectiva sobre la filial<sup>80</sup>. De ahí que «si la sociedad matriz no logra enervar la presunción, la Comisión podrá considerar que la sociedad matriz forma una misma unidad económica con su filial y que la primera es responsable del comportamiento de la segunda, y condenar solidariamente a ambas sociedades al pago de una multa, sin que sea necesario demostrar la implicación personal de la sociedad matriz en la infracción»<sup>81</sup>. iv) Por último —cuando la imputación se base exclusivamente en dicha presunción—, la Administración debe motivar por qué los argumentos ofrecidos por los interesados no han conseguido enervarla<sup>82</sup>. Si se interpreta con rigor, la exigencia de motivación puede convertirse en la principal garantía de los interesados frente al juego de la presunción. En este marco, la exigencia de motivación puede constituir la principal garantía de los interesados.

76 Asuntos acumulados C-457/16 P y C-459/16 P a C-461/16 P, *Global Steel Wire y otros v. Comisión*, EU:C:2017:819, marg. 84; asunto C-155/14 P, *Evonik Degussa y AlzChem v. Comisión*, EU:C:2016:446, marg. 28; asunto C-625/13 P, *Villeroy & Boch AG*, EU:C:2017:52, marg. 147; asunto C-97/08 P, *Akzo Nobel y otros v. Comisión*, EU:C:2009:536, marg. 60.

77 Asunto C-516/15 P, *Akzo Nobel y otros v. Comisión*, EU:C:2017:314, marg. 55; asuntos acumulados C-93/13-P y C-123/13-P, *Comisión v. Versalis y Eni*, EU:C:2015:150, marg. 46; asunto C-155/14 P, *Evonik Degussa y AlzChem v. Comisión*, EU:C:2016:446, marg. 27 y 29 a 32; asunto C-625/13 P, *Villeroy & Boch AG*, EU:C:2017:52, marg. 148; asunto C-521/09, *Elf Aquitaine v. Comisión*, EU:C:2011:620, marg. 70. La jurisprudencia española mantiene esta misma posición: ES:TS:2018:2235, FJ 2º.

78 O. Odudu y D. Bailey (2014), «The Single Economic Entity Doctrine in EU Competition Law», *Common Market Law Review*, 51, págs. 1751-1752.

79 Callol y Coca (2017), «La responsabilidad de la sociedad matriz por las prácticas anticompetitivas vde sus filiales: la presunción iuris tantum», *La Ley digital*, 5193, págs. 1-2.

80 Asuntos acumulados C-93/13 P y C-123/13 P, *Comisión y otros v. Versalis y otros*, EU:C:2015:150, marg. 46 y jurisprudencia citada.

81 Asunto C-155/14 P, *Evonik Degussa y AlzChem v. Comisión*, EU:C:2016:446, marg. 27 y 29 a 32; asunto C-625/13 P, *Villeroy & Boch AG*, EU:C:2017:52, marg. 148.

82 Asunto C-521/09 P, *Elf Aquitaine v. Comisión*, EU:C:2011:620, marg. 153; asuntos acumulados C-247/11 P y C-253/11 P, *Areva y otros v. Comisión*, EU:C:2014:257, marg. 35.

En el mismo sentido, la *jurisprudencia española* —por influencia de la europea— *presume iuris tantum* que la matriz ejerce una influencia dominante sobre la filial, cuando es titular de la totalidad o de un porcentaje muy elevado de su capital<sup>83</sup>. Además, podrán tomarse en cuenta otros elementos de prueba, como la existencia de directrices emanadas por la matriz (correos electrónicos, etc.)<sup>84</sup>. En todo caso, la matriz puede destruir la presunción, aportando pruebas que pongan en evidencia que la filial llevó a cabo un comportamiento autónomo<sup>85</sup>. La autoridad administrativa deberá también motivar de manera suficiente por qué los indicios de comportamiento autónomo presentados por la matriz no bastan para destruir la presunción. La motivación es un requisito de forma esencial, cuya defectuosa cumplimentación determinaría la invalidez de la resolución sancionadora.

#### 4. LAS EMPRESAS RESPONSABLES DEBEN SER FORMALMENTE IMPUTADAS

La *jurisprudencia europea* entiende que ambas sociedades, matriz y filial, constituyen una sola empresa, lo que permite dirigir la decisión sancionadora a la matriz<sup>86</sup>. No obstante, como hemos avanzado, los jueces se preocupan más de subrayar que cabe la imputación a la matriz que de aclarar qué empresas deben ser imputadas y sancionadas. A este respecto, parece reconocerse un margen de apreciación para que la autoridad administrativa pueda dirigirse a una u otra («The Commission has discretion as to which legal persons within the economic unit to address the decision»)<sup>87</sup>. Frente a ello, hay que insistir en que —aunque actúen sujetas a una dirección única—, los grupos de empresas no solo no tienen personalidad jurídica propia, sino que están integrados por personas jurídicas distintas. Esto exige que la *Administración identifique a los sujetos que han cometido la infracción y les impute la responsabilidad* que pueda corresponderles<sup>88</sup>. En este sentido, deben ser considerados interesados en el procedimiento tanto la matriz como la filial, cualquiera que sea el sentido de la resolución que finalmente recaiga. No hay que olvidar que el procedimiento está precisamente llamado a esclarecer qué sociedades deben ser imputadas. Además, el procedimiento sancionador tiene una

83 ES:TS:2016:66, FJ 7º; ES:TS:2018:2819, FJ 5º.

84 ES:TS:2015:5313, FJ 5º.

85 ES:TS:2018:2819, FJ 5º.

86 Asuntos T-141/07, T-142/07, T-145/07 y T-146/07, *General Technic-Otis y otros v. Comisión*, EU:T:2011:363, margs. 70 y siguientes, confirmada en casación.

87 Odudu y Bailey (2014: 1742).

88 Conclusiones de la abogada general en el asunto C-97/08 P, *Akzo Nobel NV y otros v. Comisión*, EU:C:2009:262, margs. 36 y ss.

particular relevancia, en la medida en que permite al interesado ejercer su derecho de defensa.

La *jurisprudencia española* también toma en cuenta el hecho de que la autoridad administrativa actúa frente a una única empresa. Esto le lleva a aceptar la *flexibilización de las exigencias procedimentales*. El procedimiento tiene carácter instrumental. Los vicios de forma solo determinan la invalidez del acto si producen indefensión o restan a la Administración elementos para adoptar una decisión correcta. No obstante, como vamos a ver, la jurisprudencia española resulta demasiado indulgente en la actuación administrativa frente a los grupos de empresas.

i) Así, en el caso de que haya dirigido el comportamiento de la filial, admite que *los trámites procedimentales puedan desarrollarse directamente con la empresa matriz*, que podrá formular alegaciones de defensa de todo el grupo empresarial. El hecho de que la «filial no haya sido imputada de forma autónoma no significa que su actuación haya quedado fuera del litigio o que pueda haberse producido indefensión, puesto que la sociedad matriz expedientada *ha formulado en todo caso* las alegaciones relativas a la labor exportadora del grupo empresarial [...]» (las cursivas son nuestras)<sup>89</sup>. No obstante, esta línea jurisprudencial solo puede aceptarse en los casos en que resulte evidente que la matriz ha defendido eficazmente la posición de ambas empresas, por lo que no era imprescindible la presencia de la filial. Aun así, es muy discutible que pueda sancionarse a la filial, si no ha sido parte del procedimiento sancionador. Es por eso que, como regla, el procedimiento sancionador debe desarrollarse tanto frente a la matriz como frente a la filial. Lo contrario determinaría la invalidez de la resolución sancionadora.

ii) *Si el procedimiento se desarrolla frente a la filial*, en cuanto parte interesada, la matriz debe ser notificada y considerada parte del procedimiento sancionador<sup>90</sup>. No obstante, la jurisprudencia entiende que *la matriz no podrá alegar indefensión por no haber sido parte en el procedimiento administrativo*, ya que —habida cuenta de la unidad de dirección— se presume que tuvo conocimiento de su tramitación, lo que le hubiera permitido personarse o participar en la defensa desarrollada por la filial<sup>91</sup>. Una vez más, esta conclusión solo puede aceptarse cuando, en las circunstancias concretas, no solo no quepa ninguna duda de que la matriz hubiera po-

89 ES:TS:2017:1593, FJ 4º.

90 J. Sala Arquer (2013), «La responsabilidad de la matriz por la conducta contraria a la competencia de una sociedad filial: una perspectiva desde el Derecho Administrativo sancionador», en J. Guillén Caramés, *Cuestiones actuales del procedimiento sancionador en Derecho de la Competencia*, Cizur Menor: Aranzadi, págs. 208-209.

91 ES:TS:2015:4502, FJ 3º; ES:TS:2015:4465, FJ 3º.

dido personarse en el procedimiento, sino que —el hecho de que no lo haya hecho— pueda considerarse un cierto abuso del derecho.

## 5. LAS EMPRESAS RESPONSABLES DEBEN SER SANCIONADAS, Y LA SANCIÓN, INDIVIDUALIZADA

La respuesta sancionadora debe ser coherente con la imputación de la infracción administrativa. i) La sanción debe ser impuesta a la *filial*, en cuanto autora material, cuando haya actuado de manera autónoma y la conducta no pueda ser imputada a la matriz. ii) La sanción debe ser impuesta *tanto a la filial como a la matriz*, cuando esta última haya dirigido —al menos, en parte— el comportamiento de la filial<sup>92</sup>. En este caso, deberá *individualizarse* la sanción que corresponde a cada empresa. A este respecto, es preciso tomar en cuenta la eventual diversidad de comportamientos y circunstancias que puedan concurrir, a fin de graduar la responsabilidad. La sanción debe también imponerse tomando en cuenta el volumen de negocios de cada empresa. iii) Por último, la sanción debe ser impuesta a la matriz, como autora material, si la filial se ha comportado como un mero instrumento, sin capacidad alguna de llevar a cabo un comportamiento autónomo<sup>93</sup>. En este caso, a efectos del cálculo de la sanción, se tomará en cuenta el volumen de negocios acumulado de todas las sociedades integrantes de la unidad económica (en el ámbito de actividad relacionado con la infracción, si se aplican las normas europeas), lo que resulta necesario para garantizar el efecto disuasorio de la sanción<sup>94</sup>. En otro caso, la matriz —a la que materialmente se imputa el comportamiento— vería limitada su responsabilidad hasta el límite del volumen de negocios de su filial, que es la que formalmente comete la infracción.

## 6. RESPONSABILIDAD SOLIDARIA

La posibilidad de imponer la responsabilidad solidaria a un conjunto de infractores resulta siempre discutible, ya que puede contradecir el carácter personal de la responsabilidad administrativa. No obstante, como hemos visto, dentro de ciertos límites, la responsabilidad solidaria es aceptada tanto por la normativa española como por la jurisprudencia de la UE.

De acuerdo con la *jurisprudencia europea*, las empresas sancionadas responden solidariamente del pago de la multa. Se razona que no se trata de

---

92 ES:TS:2016:1403, FJ 3º.

93 ES:TS:2019:1708, FFJJ 6º y 10.

94 Asunto C-508/11 P, *Eni v. Comisión*, EU:C:2013:289, marg. 109 y jurisprudencia citada; asunto C-444/11 P, *Team Relocations y otros v. Comisión*, EU:C:2013:464, margs. 172 y 173 y jurisprudencia citada; asunto C-58/12 P, *Groupe Gascogne v. Comisión*, EU:C:2013:770, marg. 56; asunto T-677/14, *Biogaran v. Comisión*, EU:T:2018:910, marg. 283.

una forma de garantía para asegurar el pago de la multa, sino del deber de *responder por actos propios*<sup>95</sup>. Además, con esto se facilita la recaudación y se refuerza el objetivo disuasorio que la sanción persigue<sup>96</sup>. Ahora bien, como antes subrayábamos, el presupuesto para que la filial y la matriz respondan solidariamente debe ser que hayan sido *formalmente imputadas y sancionadas*. Como es natural, la solidaridad se limita a las empresas que formen parte del mismo grupo, pero no puede extenderse a empresas externas que puedan haber participado en la comisión de la infracción<sup>97</sup>. No es función de la autoridad administrativa la determinación de las cuotas o compensaciones internas que deban producirse entre las empresas del grupo<sup>98</sup>. Además, la compensación que, eventualmente, deba producirse dentro del grupo de empresas, como consecuencia de la asunción de responsabilidad solidaria<sup>99</sup>, es una cuestión que debe decidirse de acuerdo con el derecho de sociedades de los Estados miembros<sup>100</sup>.

La *jurisprudencia española* afirma también la responsabilidad solidaria de filial y matriz<sup>101</sup>. No obstante, la solidaridad solo cabe respecto de las empresas que se consideren responsables de la comisión de la infracción (art. 28.3 LSP). No parece que pueda aceptarse que la matriz está en una posición general de garante respecto del comportamiento de la filial, lo que no es conforme con la personalidad jurídica diferenciada de cada una de las sociedades que integran el grupo empresarial. Así las cosas, parece que solo podría imponerse la responsabilidad solidaria en el caso de que la infracción hubiera sido cometida conjuntamente por ambas empresas.

## VI. CAMBIOS EN LA EMPRESA: JURÍDICOS, ORGANIZATIVOS, DE ACTIVIDAD O ECONÓMICOS

La identidad de las personas físicas no experimenta cambios a lo largo de su existencia. Por el contrario, las personas jurídicas están sujetas a continuos cambios, en su dirección, organización, forma jurídica, accionariado u objeto social.

Es, pues, preciso preguntarse si dichas alteraciones tienen alguna incidencia en la responsabilidad administrativa de la empresa infractora. En concreto, es

95 Asunto C-516/15 P, *Akzo Nobel NV y otros*, EU:C:2017:314, marg. 58; asunto C-50/12 P, *Kendrion v. Comisión*, EU:C:2013:771, margs. 55 y 56; asunto C-243/12 P, *FLS Plast v. Comisión*, EU:C:2014:2006, marg. 107.

96 Asuntos C-231/11 P a C-233/11 P, *Comisión y otros v. Siemens Österreich y otros*, EU:C:2014:256, marg. 59.

97 Asuntos acumulados C-247/11 P y C-253/11 P, *Areva y otros v. Comisión*, EU:C:2014:257, margs. 130-133.

98 Asuntos C-231/11 P a C-233/11 P, *Comisión y otros v. Siemens Österreich y otros*, EU:C:2014:256, margs. 60 a 64; asunto C-625/13 P, *Villeroy & Boch AG*, EU:C:2017:52, marg. 153.

99 Asuntos acumulados C-231/11 P a C-233/11 P, *Comisión v. Siemens*, EU:C:2014:256, margs. 58-62; asuntos acumulados C-247/11 P y C-253/11 P, *Areva y otros v. Comisión*, EU:C:2014:257, marg. 151.

100 U. Schnelle (2015), «Die Aufteilung von Bussgeldern im Konzern», *Wirtschaft und Wettbewerb*, 4, págs. 332 y ss.

101 ES:TS:2019:1708, FJ 6º.

preciso plantear: i) si cabe la posibilidad de exigir el pago de la sanción impuesta; ii) o incluso, si cabe la posibilidad de imponer la sanción, siempre que la infracción no hubiera prescrito.

### 1. CAMBIOS EN LA DENOMINACIÓN, FORMA JURÍDICA, DIRECTIVOS O ACCIONARIADO

Los cambios en la denominación, forma jurídica, directivos o accionariado no *afectan a la responsabilidad* por la comisión de infracciones administrativas. La razón es que *permanece la identidad del sujeto infractor*<sup>102</sup>. No hay un cambio de empresa, sino en la empresa. No puede, pues, aceptarse que meros cambios en la denominación, forma jurídica, directivos o accionariado puedan hacer que el infractor eluda su responsabilidad<sup>103</sup>. En otro caso, se favorecerían operaciones fraudulentas de reestructuración empresarial, con el exclusivo propósito de evitar la responsabilidad administrativa<sup>104</sup>, lo que pondría en peligro la eficacia de la actuación sancionadora<sup>105</sup>.

### 2. CAMBIOS EN LA DIRECCIÓN: ABSORCIÓN DEL INFRACTOR POR UN NUEVO GRUPO EMPRESARIAL

En el caso de absorción sin extinción de la personalidad jurídica del infractor, cambia la dirección económica, que ahora pasa a estar en manos de un nuevo grupo empresarial. Sin embargo, eso tampoco afecta a la identidad del sujeto infractor, al que podrá exigirse la correspondiente responsabilidad administrativa. *El infractor podrá, pues, ser sancionado y/o se le podrá exigir el pago de la sanción*. No importa que la adquisición haya ido seguida de la reorganización de la empresa, ya que se mantiene la identidad del infractor<sup>106</sup>.

Ahora bien, el principio de responsabilidad personal impide que la nueva matriz pueda ser considerada responsable de las *infracciones que —antes de haber sido adquirida— hubiera cometido su filial*<sup>107</sup>. En este sentido, a efectos de fijar el límite máximo de la sanción, no podrá tomarse en cuenta el volumen de negocios de la matriz, sino el que tuviera la filial en el período anterior a la adquisición<sup>108</sup>.

---

102 Rebollo Puig (2018: 366).

103 Asuntos acumulados T-426/10 a T-429/10 y T-438/12 a T-441/12, *Moreda-Riviere Trefilerías y otros v. Comisión*, EU:T:2016:335, marg. 314.

104 Asunto T-161/05, *Hoechst v. Comisión*, EU:T:2009:366.

105 Asunto C-280/06, *ETI y otros*, EU:C:2007:775, margs. 41 y 42.

106 ES:TS:2015:5531, FJ 4º.

107 Asunto C-279/98 P, *Cascades v. Comisión*, EU:C:2000:626, margs. 77 a 79; asunto C408/12 P, *YKK y otros v. Comisión*, EU:C:2014:2153, marg. 65.

108 Asunto C-408/12 P, *YKK y otros v. Comisión*, EU:C:2014:2153, marg. 60; asunto C-637/13 P, *Laufen Austria AG v. Comisión*, EU:C:2017:51, margs. 46 y 49.

### 3. CAMBIO EN EL OBJETO SOCIAL: VENTA A UN TERCERO DE LA UNIDAD DE NEGOCIO VINCULADA A LA INFRACCIÓN

En virtud del principio de responsabilidad personal, incumbe a la persona física o jurídica que cometió la infracción responder por ella, aunque ya no esté bajo su control en el momento en que la conducta se sanciona<sup>109</sup>. La responsabilidad no se extingue, pues, en el caso de venta a un tercero de la unidad de negocio vinculada a la infracción<sup>110</sup>. *La empresa que vende los activos sigue siendo responsable*, aunque su ámbito de actividad haya cambiado. En otro caso, las empresas podrían eludir su responsabilidad con un simple cambio de actividad. No obstante, esta regla sufre algunas excepciones, en el caso de empresas pertenecientes al mismo grupo empresarial.

Así, la jurisprudencia europea entiende que i) en el supuesto de *cesión de unidades de negocio vinculadas a la infracción entre empresas del mismo grupo, la cesionaria podrá ser considerada responsable*<sup>111</sup>, incluso en el caso de que la entidad cedente aún exista<sup>112</sup>. Con ello, se persigue la aplicación eficaz de las normas sobre competencia, ya que, en otro caso, las empresas podrían fácilmente eludir las sanciones mediante reestructuraciones, cesiones u otros cambios jurídicos u organizativos<sup>113</sup>. ii) Se acepta *la transmisión de la responsabilidad entre empresas del mismo grupo cuando la empresa que cometió la infracción siga existiendo jurídicamente, pero haya dejado de realizar actividades económicas en el mercado en el que se cometió la infracción*<sup>114</sup>. A este respecto, se razona que ambas empresas han estado sujetas a una dirección unitaria<sup>115</sup>. Además, en otro caso, la sanción no tendría efecto disuasorio.

En el mismo sentido, la *jurisprudencia española* entiende que la sucesión en la responsabilidad sancionadora se produce también en el caso de que la empresa infractora, conservando su personalidad jurídica, i) *cesa en el ejercicio de la actividad económica que motivó la infracción*, ii) *que transfiere a otra entidad del mismo grupo empresarial* (la Caixa dejó de ejercer por sí misma la actividad bancaria, que —a partir del momento de la transfor-

109 Asunto C-352/09 P, *ThyssenKrupp Nirosta v. Comisión*, EU:C:2011:191, marg. 143 y jurisprudencia citada.

110 Asunto C-49/1992, *Anic*, EU:C:1999:356.

111 Asuntos C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P y C-219/00 P, *Aalborg Portland y otros v. Comisión*, EU:C:2004:6, margs. 354 a 360; asunto T-405/06, *ArcelorMittal Luxembourg y otros v. Comisión*, Rec, EU:T:2009:90, margs. 106 a 119.

112 Asuntos acumulados C-93/13-P y C-123/13-P, *Comisión v. Versalis y Eni*, EU:C:2015:150, marg. 53; asunto C-280/06, *ETI y otros*, EU:C:2007:775, margs. 48 y 49.

113 Asunto T-265/12, *Schenker Ltd v. Comisión Europea*, EU:T:2016:111, marg. 193.

114 Asunto C-280/06, *ETI y otros*, EU:C:2007:775, margs. 40 y ss.; asuntos acumulados C-93/13 P y C-123/13 P, *Comisión y otros v. Versalis y otros*, EU:C:2015:150, marg. 57.

115 Asunto C-280/06, *ETI y otros*, EU:C:2007:775, margs. 48 y 49 y jurisprudencia citada; asunto C-434/13 P, *Comisión v. Parker Hannifin Manufacturing y Parker-Hannifin*, EU:C:2014:2456, margs. 41 y 54.

mación— pasó a ejercerse por Caixa Bank)<sup>116</sup>. La razón está en que, en estos casos, la entidad infractora, aunque no haya dejado de existir jurídicamente, sí ha dejado de ejercer la actividad económica a la que se imputa la infracción, que pasa a ser ejercida por la entidad que la sucede y opera en el mercado en su lugar. En particular, esto es así cuando la sucesión económica va también acompañada del traspaso del equipo directivo. A este respecto, carecen de trascendencia las formas jurídicas de la entidad que ha cometido la infracción y de su sucesora. No es tampoco relevante que la reestructuración no se haya decidido por los interesados, sino que se haya impuesto por una norma legal (modificación de la forma jurídica de las Cajas de ahorro).

#### 4. CAMBIO EN SU SITUACIÓN ECONÓMICA: INSOLVENCIA

*En caso de insolvencia, declarado el concurso de acreedores, la Administración podrá imponer la correspondiente sanción, cuyo cobro se sujetará a las reglas concursales*<sup>117</sup>.

### VII. EXTINCIÓN DEL INFRACTOR

El principio de responsabilidad personal<sup>118</sup> impide exigir responsabilidad administrativa a quien no ha cometido la infracción<sup>119</sup>. Es por eso que la muerte extingue la responsabilidad administrativa (no se puede obligar a los herederos al pago de una sanción impuesta al causante)<sup>120</sup>, aunque no la responsabilidad civil por los daños y perjuicios derivados de la infracción. No obstante, el principio de responsabilidad personal *se modula en relación con las personas jurídicas*<sup>121</sup>, para adaptarse a sus peculiaridades. De manera habitual, las empresas se extinguen y liquidan, se fusionan con otras empresas o son absorbidas por grupos empresariales. Es, pues, preciso hacer una interpretación en clave teleológica de la responsabilidad empresarial, que evite situaciones de impunidad<sup>122</sup>. En caso de fusión, absorción o extinción del infractor, una vez más, hay que plantear dos cuestiones: i) ¿puede exigirse el pago de la sanción a la empresa que la sucede? ii) Más aún, ¿puede imponerse la sanción a la empresa sucesora? A este respecto, hay que distinguir tres situaciones.

---

116 ES:TS:2019:815, FJ 5º.

117 Art. 92.4 de la Ley 22/2003, de 9.7, Concursal.

118 De Palma del Teso (1996: 79).

119 Asuntos acumulados T-426/10 a T-429/10 y T-438/12 a T-441/12, *Moreda-Riviere Trefilerías y otros v. Comisión*, EU:T:2016:335, marg. 316.

120 Abogacía General del Estado (2005), *Manual de Derecho Administrativo Sancionador*, Cizur Menor: Aranzadi, pág. 214.

121 B. Lozano Cutanda (2010), «Persona jurídica, sujeto activo y responsable de las infracciones administrativas», en B. Lozano Cutanda, *Diccionario de Sanciones Administrativas*, Madrid: Iustel, pág. 611.

122 M. Álvarez San José y J. Hortalà i Vallvé (2015), «Sucesión empresarial y responsabilidad por infracciones del Derecho de la Competencia», en J. Guillén Caramés y M. Cuerdo Mir, *Estudios sobre la potestad sancionadora en Derecho de la Competencia*, Madrid: Civitas, pág. 164.

## 1. FUSIÓN Y ABSORCIÓN DE LA EMPRESA INFRACTORA CON EXTINCIÓN DE SU PERSONALIDAD JURÍDICA

En caso de fusión o absorción, *desaparece formalmente el sujeto infractor, que queda integrado en una nueva realidad empresarial*, que en muchos casos continúa la actividad económica<sup>123</sup>. En este caso, la jurisprudencia acepta: i) no solo que pueda exigirse a la nueva entidad el *pago de la multa*, ii) sino que pueda *imponérsele la sanción*. iii) A la transmisión de la responsabilidad administrativa acompaña también el deber de *restaurar las cosas al estado inicial*, así como de reparar los *daños y perjuicios* causados.

La transmisión de la responsabilidad se explica por el hecho de que la fusión y absorción comportan una *sucesión universal*<sup>124</sup>, en virtud de la cual la nueva entidad asume la totalidad de la organización, patrimonio, derechos y obligaciones. Existe también, pues, una mayor o menor *continuidad empresarial*. El infractor no solo aporta a la nueva entidad su patrimonio, sino en muchos casos también su organización, personal y directivos. Esto permite que la sanción pueda cumplir la función de prevención, general y especial, que la justifica.

En este sentido, la *jurisprudencia europea* razona que la entidad absorbente asume todo el activo y pasivo de la entidad absorbida, incluida la responsabilidad por infracciones administrativas<sup>125</sup>. Desde un punto de vista económico, existe identidad entre la empresa infractora y la nueva entidad<sup>126</sup>. La transferencia de responsabilidad se produce incluso en el supuesto de que la empresa absorbida hubiera cedido o transferido previamente las actividades que dieron lugar a la comisión de la infracción<sup>127</sup>.

Por su parte, el *Derecho español*: i) se produce una «transmisión en bloque de los respectivos patrimonios sociales a la nueva entidad, que adquirirá por sucesión universal los derechos y obligaciones» de las empresas involucradas en la operación (fusión); ii) o bien una «sucesión universal de los patrimonios de las sociedades absorbidas» (fusión por absorción)<sup>128</sup>.

123 ES:TS:2019:815, FJ 2º; ES:TS:2019:814, FJ 2º; ES:TS:2016:5129, FJ 7º.

124 De Palma del Teso (1996: 85).

125 Asuntos T-259/02 a T-264/02 y T-271/02, *Raiffeisen Zentralbank Österreich y otros v. Comisión*, EU:T:2006:396, margs. 324 a 326; asunto C-724/17, *Vantaan kaupunki y otros*, EU:C:2019:204, marg. 51.

126 Asunto C-280/06, ETI y otros, EU:C:2007:775, marg. 42; asunto C-448/11 P, *SNIA v. Comisión*, EU:C:2013:801, marg. 22; asunto C-434/13 P, *Comisión v. Parker Hannifin Manufacturing y Parker-Hannifin*, EU:C:2014:2456, marg. 40.

127 Asuntos acumulados T-426/10 a T-429/10 y T-438/12 a T-441/12, *Moreda-Riviere Trefflerías y otros v. Comisión*, EU:T:2016:335, marg. 316; asunto C-49/92 P, *Comisión v. Anic Participazioni*, EU:C:1999:356, marg. 145; asuntos T-259/02 a T-264/02 y T-271/02, *Raiffeisen Zentralbank Österreich y otros v. Comisión*, EU:T:2006:396, marg. 326.

128 Art. 23 de la Ley 3/2009, de 3.4, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles.

La legislación administrativa no contiene una previsión semejante a la del art. 130.2 del Código Penal, que dispone la traslación de la responsabilidad a la entidad o entidades en que se transforme, quede fusionada o absorbida, así como su extensión a la entidad o entidades que resulten de la escisión. No obstante, la *jurisprudencia* extrae esta consecuencia. A diferencia de las personas físicas, en relación con las que rige el principio de responsabilidad personal, «en materia de sucesión de personas jurídicas la sucesora universal asume la totalidad de la organización de la anterior, y sus consecuencias jurídicas. Para que la responsabilidad infractora de una persona jurídica se extinga por su extinción requiere su liquidación, es decir la desaparición intelectual de su centro de imputación de responsabilidad. En una fusión de sociedades se opera una continuidad intelectual de su comportamiento [...] se traduce en la incorporación de la totalidad de las relaciones jurídicas entre una sociedad y otra»<sup>129</sup>. No sería razonable que la nueva entidad se beneficiara solo de los activos de las empresas antes independientes, sin tener que responder también de sus cargas. «Se trata así de evitar la impunidad de las personas jurídicas que, por meros procesos de transformación, inviables en las personas físicas, pudiesen eludir sus responsabilidades administrativas y sancionadoras»<sup>130</sup>.

No obstante, la comunicación de responsabilidad también tiene *límites*. i) La nueva empresa responde *hasta el límite del patrimonio que haya aportado el infractor*<sup>131</sup>. A este respecto, hay que tener en cuenta que el art. 130.2, in fine, del Código Penal, prevé la posibilidad de «moderar el traslado de la pena a la persona jurídica en función de la proporción que la persona jurídica originariamente responsable del delito guarde con ella». ii) La imposición de la sanción solo será posible si la nueva empresa cuenta con elementos suficientes para hacer un ejercicio efectivo de su *derecho de defensa*. Esto será lo normal, ya que —tanto en el caso de la fusión como en el de la absorción—, con frecuencia, la nueva empresa asume la organización, personal, e incluso, directivos de la empresa que cometió la infracción. No obstante, la nueva empresa podría verse exonerada de responsabilidad si, en las circunstancias concretas, llegara a concluirse que no está en condiciones de ejercer una defensa efectiva de una conducta realizada por la entidad extinguida. iii) A efectos del cálculo de la sanción, deberá tomarse en cuenta el *volumen de negocios de la empresa extinguida* en el momento en que cometió la infracción.

---

129 ES:TS:2016:5129, FJ 7º.

130 ES:TS:2019:815, FJ 2º; ES:TS:2019:814, FJ 2º.

131 ES:TS:2019:815, FJ 2º; ES:TS:2019:814, FJ 2º.

El cambio de conducta por parte de la nueva empresa puede considerarse una *circunstancia atenuante* (cese de los responsables del cártel y finalización de la conducta anticompetitiva)<sup>132</sup>.

## 2. GRUPO DE EMPRESAS

La *matriz* puede ser declarada responsable de las infracciones cometidas por una *sociedad infractora extinguida*, salvo que demuestre que esta llevó a cabo un comportamiento autónomo<sup>133</sup>. La matriz asume la responsabilidad por ser la entidad que imprime una dirección económica unitaria al grupo de empresas.

Por eso mismo, la actuación de la filial se tomará en cuenta a efectos de aplicar la agravante de *reincidencia* a las infracciones que pueda cometer la matriz u otra filial<sup>134</sup>. En esta misma línea, la jurisprudencia española entiende que debe apreciarse la reiteración en el comportamiento de la matriz (Banco de Santander, como sociedad absorbente), si la filial había sido sancionada por la comisión de la misma infracción (Banesto, como sociedad absorbida)<sup>135</sup>.

## 3. LIQUIDACIÓN

En caso de liquidación de la empresa infractora, la normativa obliga a los antiguos socios a *asumir las deudas sociales sobrevenidas, hasta el límite de lo que hubieran recibido como cuota de liquidación*<sup>136</sup>.

## VIII. CONCLUSIONES

### Primera

El art. 28.3 LSP declara la responsabilidad solidaria en el caso de que el cumplimiento de una obligación corresponda conjuntamente a varias personas. Con ello, la norma parece referirse al supuesto de que distintas personas cometan una única infracción, que puede ir seguida de la imposición de una o varias sanciones. No obstante, no puede excluirse que la legislación sectorial declare la responsabilidad solidaria respecto de sujetos que cometen infracciones distintas, aunque estrechamente relacionadas.

La responsabilidad solidaria resulta difícilmente compatible con el carácter personal de las sanciones, salvo que se entienda que, en realidad, no es una responsabilidad punitiva, sino patrimonial. En todo caso, debe ser interpre-

---

132 ES:TS:2015:5531, FJ 4º.

133 Asuntos C-201/09 P y C-216/09 P, *Arcelor Mittal v. Comisión*, EU:C:2011:190.

134 Asuntos acumulados C-93/13-P y C-123/13-P, *Comisión v. Versalis y Eni*, EU:C:2015:150, marg. 91.

135 ES:TS:2016:5129.

136 Art. 399 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2.7, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

tada estrictamente. Solo puede exigirse a quien, de manera culpable, haya cometido la infracción y haya sido sancionado por ello, siempre que además no se le cause un perjuicio desproporcionado.

### **Segunda**

La tipificación como infracción administrativa del incumplimiento del deber de prevenir la comisión de infracciones por terceros no es una responsabilidad por hechos ajenos, sino por hechos propios. En todo caso, presupone que el sujeto obligado disponga de poderes de vigilancia y/o dirección sobre las personas que de él dependan. Además, el garante no asume el deber de evitar el resultado, lo que comportaría una responsabilidad objetiva, sino de aplicar la diligencia debida para tratar de evitar la comisión de la infracción.

### **Tercera**

El deber de responder del pago de las sanciones pecuniarias impuestas a las personas que estén en una situación de vinculación o dependencia no comporta la asunción de responsabilidad sancionadora, sino patrimonial. La ley solo debe establecer esta responsabilidad cuando el obligado al pago actúe en sectores que comporten un riesgo cualificado, esté en condiciones de evitar la infracción o se beneficie de ella. En general, esta responsabilidad deberá tener carácter subsidiario.

### **Cuarta**

Los grupos empresariales constituyen una unidad económica, que permite a la matriz dirigir el comportamiento de la filial. No obstante, matriz y filial son personas jurídicas distintas y no necesariamente actúan sujetas a una dirección única en todas las facetas de su actividad. Así las cosas, la infracción solo puede ser imputada a la matriz cuando haya dirigido de manera efectiva el comportamiento de la filial, lo que ha de ser probado por la autoridad administrativa. A este respecto, cabe la prueba indiciaria, o incluso, la presunción iuris tantum de que la matriz dirige el comportamiento de la filial cuando dispone de la práctica totalidad de su capital. No obstante, la jurisprudencia europea pone el acento en que el grupo de empresas es una unidad económica, lo que hace que, con frecuencia, no esté claro si el comportamiento se imputa a la matriz, a la filial o a ambas.

La matriz y la filial deben ser consideradas interesadas en el procedimiento administrativo sancionador, de manera que puedan ejercer sus derechos de defensa. No obstante, la jurisprudencia europea y española flexibilizan en exceso las exigencias procedimentales, aceptando que el procedimiento pueda desarrollarse tanto frente a la matriz como frente a la filial. Las sanciones deben ser individualizadas, lo que no impide que se afirme la responsabilidad solidaria de matriz y filial.

### **Quinta**

Los cambios en la denominación, forma jurídica, directivos, accionariado o actividad de las empresas no afectan a su eventual responsabilidad por la comisión de infracciones administrativas. La razón es que permanece la identidad del infractor. Así, la empresa que vende a un tercero la unidad de negocio vinculada a la infracción sigue siendo responsable, aunque su ámbito de actividad haya cambiado. No obstante, se acepta la transmisión de la responsabilidad entre empresas del mismo grupo cuando el infractor ya no esté presente en el mercado en el que se cometió la infracción.

### **Sexta**

En caso de fusión o absorción, la responsabilidad por infracciones administrativas se transmite a la nueva entidad, hasta el límite del patrimonio aportado por el infractor y siempre que esta pueda ejercer su derecho de defensa. La matriz puede ser declarada responsable de las infracciones cometidas por una sociedad infractora extinguida, salvo que demuestre que esta llevó a cabo un comportamiento autónomo. En caso de liquidación, la normativa obliga a los antiguos socios a asumir las deudas sociales sobrevenidas, hasta el límite de lo que hubieran recibido como cuota de liquidación.



# EL SÍNDROME DE BOREOUT, LA SATISFACCIÓN LABORAL Y SU RELACIÓN CON EL DERECHO AL TRABAJO EN EL PERÚ

*Erick Daniel Vildoso Cabrera*

## RESUMEN

Las organizaciones del siglo XXI están expuestas a una gran transformación día a día, desde una competencia local, nacional, transnacional, la competencia por el mercado y la clientela sana y no sana, la lucha por mantenerse en los más altos indicadores, las exigencias de los clientes, cada día más informados; el clima o ambiente de trabajo, como la relación entre los compañeros, los subordinados y el estilo de liderazgo, está íntimamente ligado, no solo son los procesos organizativos y gestión empresarial, si no también está vinculado con la gestión del cambio y la innovación, por lo que se requieren el uso de herramientas y estrategias que prevengan reacciones negativas que a las largas van a trascender negativamente en las relaciones laborales, con la consiguiente afectación al Derecho al Trabajo.

**Palabras Claves:** Síndrome de Boreout. Satisfacción laboral. Derecho al Trabajo.

## SUMMARY

The organizations of the 21st century are exposed to a great transformation day by day, from a local, national, transnational competition, competition for the market and healthy and unhealthy customers, the struggle to stay in the highest indicators, the customer demands, each day more informed; the climate or work environment, such as the relationship between colleagues, subordinates and leadership style, is closely linked, not only are the organizational processes and business management, but is also linked to the management of change and innovation, Therefore, the use of tools and strategies is required to prevent negative reactions that in the long run will negatively affect labor relations, with the consequent impact on the Key Words: Boreout syndrome. Work satisfaction. Right to work. Right to Work.

## INTRODUCCIÓN

Los expertos suizos Philippe Rothlin y Peter R. Werder identificaron en 2007 un nuevo síndrome laboral que denominaron Boreout. En inglés el término significa “estar aburrido hasta el cansancio”. Este fenómeno se produce cuando existe la combinación peligrosa de tres elementos (Rodríguez, 2015), es un síndrome que podríamos decir es el lado contrario del Síndrome de Boreout.

Los datos que se aportan son preocupantes en una encuesta a más de 10.000 empleados norteamericanos se comprobó que un tercio de los entrevistados admitían tener un trabajo poco exigente hasta el punto de dedicar sin problemas unas dos horas al día a la gestión de asuntos personales (Gutierrez, 2010). En un estudio de Salary.com y AOL han determinado que el fenómeno del Burnout le vale a los Estados Unidos de Norteamérica más de setecientos cincuenta mil millones de dólares, más de cinco mil dólares por trabajador/año. Por otro lado, Gallup estima que Alemania pierde doscientos cincuenta mil millones de euros. Gallup Organization llega a la conclusión que el 87% de los trabajadores se sienten poco o nada ligados a su empresa. (Cabrera L. E., 2014)

La Organización Mundial de la Salud y la Organización Internacional del Trabajo definen los riesgos psicosociales como la relación existente entre los factores personales y laborales lo cuales tienen incidencia directa en la salud tanto física como mental del trabajador. Uno de los factores más representativos de los riesgos psicosociales está relacionado con el estrés, ya que es una constante en el ámbito laboral y en las condiciones de vida de las personas en la sociedad actual. Uno de los síndromes asociados al riesgo psicosocial y a los altos niveles de estrés en las organizaciones el denominado Síndrome de Boreout es un estado de aburrimiento complejo donde el empleado tiende a sentirse excluido del entorno de trabajo desde las perspectivas motivacionales, salariales, laborales entre otras, lo que se denomina infraexigencia, aburrimiento y desinterés. Este síndrome se caracteriza por hacer presencia en situaciones específicas del cargo como el cargo, las definiciones de funciones y las condiciones generales del puesto de trabajo (Beltran A. , 2014).

## PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El Síndrome de Boreout es un nuevo síndrome que cada vez afecta a un mayor número de trabajadores, y que tiene como consecuencias la depresión y falta de autoestima, este síndrome según Salary.com le cuesta a Estados Unidos de Norteamérica más de setecientos mil millones de dólares al año, igual estimación se tiene con la economía alemana, en este sentido Gallup Organization refiere que el 87% de los trabajadores se siente poco o nada ligados a su empresa, otro estudio realizado por Dan Malachowski para Salary.com y AOL, practicando una encuesta a más de cien mil trabajadores sobre el tema del tiempo despilfarrado

en el puesto de trabajo arrojó como resultado que 33,2% de este grupo declaró que no estaba lo bastante ocupado en su trabajo, que se sentía, pues, infraexigido. (Cabrera L. E., 2014).

El periódico La República en su publicación de marzo de 2019 refiere que se estima que, para 2020, esta generación constituirá 50% de la fuerza laboral global y que preferirán, sobre todas las cosas, un mejor ambiente en la oficina.

WeWork (2018), realizó recientemente una encuesta a 4.000 empleados con la firma de investigación de mercado global Ipsos y encontró que la colaboración y el espacio de trabajo están directamente relacionados con la satisfacción de los empleados. Entre las principales consecuencias puede estar una menor productividad, menor capacidad para innovar, así como una desconexión total con la compañía. Según encuestas realizadas por la firma Gallup en diferentes países, 85% de las personas han admitido que su trabajo no les satisface y que no se sienten comprometidos ni identificados con este (Scarpetta, 2019).

Aunque no se tienen datos exactos sobre el síndrome de Boreout en nuestra realidad, la simple observación de los trabajadores sobre todo en las instituciones públicas puede hacernos pensar que un porcentaje importante tiene el síndrome de aburrimiento y que ello no solo afecta la producción de la institución, afecta también al mismo trabajador aburrido de realizar la misma labor todos los días y ello repercutirá en lo que se conoce como la satisfacción laboral del trabajador.

Se ha visto que cuando las personas no están aburridas pueden esforzarse más por alcanzar sus metas y las de la organización, de tal manera que puedan sentirse satisfechos con el trabajo que realizan, además podrán realizar sus actividades de la mejor manera. La satisfacción laboral se puede describir como aquella sensación que una persona experimenta al lograr el equilibrio ante una o varias necesidades, se da como producto de diversas interacciones entre el usuario, los trabajadores prestadores del servicio y el medio, es decir, es lo que la persona desea del trabajo y lo que logra de él. Por lo que podríamos decir que es el conjunto de sentimientos favorables que expresan los miembros de una organización con respecto a la visión, misión, objetivos y procesos de la institución, así como el orgullo que sienten los empleados por pertenecer a la organización. La satisfacción laboral puede asimilarse a una actitud que se consideraría como fase de ciertos comportamientos, al señalar que la satisfacción en el trabajo designa la actitud general del individuo hacia su trabajo, dicha actitud está basada en las creencias, y valores que el trabajador desarrolla en su propio trabajo. Podría inferirse entonces, que el individuo que posee un alto grado de satisfacción reflejará también actitudes positivas hacia su trabajo (Charaja & Mamani, 2014).

El presente trabajo tendrá por objetivo medir en un grupo de trabajadores de la región Apurímac la presencia del Síndrome de Boreout y por otro lado la

satisfacción que tienen con la labor que desempeñan esto con el fin de establecer una relación entre ambas variables, ello podría explicar el rendimiento de esta institución y como el trabajo de los que la componen afectan de manera negativa en la producción y por tanto en el incumplimiento de los objetivos por los cuales es su razón de ser.

## **MARCO TEÓRICO DEL TEMA**

### **El efecto del Síndrome de Boreout en el Desempeño Laboral**

El aburrimiento es concebido en la actualidad como un fenómeno que afecta al ser humano como si de una patología psicológica se tratase, mientras una minoría de pensadores están encaminando sus esfuerzos a recalcar su faceta más positiva por contrapartida: la compulsión a la acción. En los últimos años se está produciendo un aumento en el interés por estudiar e investigar el aburrimiento en el trabajo, siendo un tema de mayor interés. Este interés ha sido fomentado principalmente por los cambios en las organizaciones actuales, en las que hay personas que ocupan puestos de trabajo que no significan un reto y generan poco estímulo o desinterés agregándose a esto la continua modernización tecnológica, que asigna al trabajador un rol menos protagónico. El aburrimiento como estado afectivo negativo merece ser prevenido o disminuido, al estar vinculado a problemas de bienestar psicológico y al desempeño inadecuado de los trabajadores (Zolf, 2018). El Síndrome de Boreout es un nuevo síndrome laboral -aunque todavía no hay suficiente documentación científica que cada vez afecta a un mayor número de trabajadores, y que tiene como consecuencias la depresión y falta de autoestima. Fue descrito por primera vez en marzo del 2007, en un libro publicado por los suizos Phillipe Rothlin y Peter Werder titulado “El nuevo síndrome laboral: Boreout” (Cabrera L. , 2014).

### **Definición, Características y Tipos de Aburrimiento**

El concepto de aburrimiento es complejo al incluir dimensiones cognitivas, afectivas, conductuales, y fisiológicas. Hasta la fecha no se ha formulado una definición aceptada por la mayoría de los especialistas, pero la más utilizada es la propuesta de Fisher (1993) quien llegó a definir el aburrimiento como estado transitorio desagradable, en que el individuo siente una falta de interés y dificultad para concentrarse en la actividad actual (Zolf, 2018). Está compuesto por las dos palabras inglesas Bore aburrido y out fuera. De la combinación de ambas palabras resultaría, algo parecido a un encontrarse fuera del aburrimiento. Así, el trabajador afectado de Boreout sería alguien que se encuentra, en cierto modo, más allá del aburrimiento. Por descontado, eso no significa que por ello el trabajador vaya a acabar con su aburrimiento y vuelvan a aparecer en su vida el cambio y la emoción. Al contrario: en este caso el aburrimiento se hace hasta tal punto insoportable que adopta para el afectado, nuevas y mayores dimensiones

(Rothlin & Werder, 2009). Eastwood & col. analizaron las definiciones de aburrimiento según las perspectivas: psicodinámicas, existenciales, de activación, y cognitivas, concluyendo que todas ellas presentan como descriptores comunes del aburrimiento, un estado ansioso de desear algo con insatisfacción de comprometerse a una actividad que le guste, esto lleva a la conclusión de que el punto o eje central radica en el control de la atención del individuo (Eastwood, Frichen, Fenske, & Smilek, 2012).

Al mismo tiempo que enmarca la atención como punto central del aburrimiento, identifican ciertos componentes, que se vivencia mientras esté presente el fenómeno o estado:

- Conciencia de dificultad de concentración: la mente prefiere divagar en otros entornos más gratificantes o placenteros
- Sentir estímulos externos requieren mucho o poco para sus capacidades
- Presencia de otros sentimientos, como ansiedad, vacuidad, tristeza, etc.
- Conciencia de darse cuenta de estar sometido por fuerzas externas para permanecer en una determinada situación
- Percepción de enlentecimiento del tiempo

Rothlin, P., & Werder, P, definen que el síndrome de Boreout está conformado por tres elementos o dimensiones que son: Infra exigencia, Desinterés y Aburrimiento, que se anteponen entre ellos siendo indivisibles y relacionantes entre los tres.

### **El Aburrimiento en el Centro de Trabajo**

El estado de desgano, duda y desorientación, se da porque el trabajador “no sabe qué hacer” durante todo el día o buena parte de la jornada laboral; el aburrimiento puede ser generado por el tipo de actividades a realizar (tediosas, monótonas, sin sentido), por el contenido de las tareas, y por las acciones que acomete el trabajador durante la jornada (Cabrera L. E., 2014).

Este concepto, es lo opuesto a la motivación. Por lo que el sistema de denegar oportunidades para la terminación de la tarea, es un estudio del aburrimiento, mientras que la reacción de tales oportunidades es un estudio de la motivación.

El aburrimiento en el centro de trabajo es un factor perturbador. Si el trabajo es monótono, puede ser debido a:

- La naturaleza repetitiva del trabajo; o a
- Que el trabajador no experimente progreso.

Cualquiera de los dos aspectos, son detonantes del concepto que abordamos desde el principio, pues la naturaleza repetitiva del trabajo, se relaciona con la ausencia del componente horizontal y la profundidad del puesto; de otro lado,

la no experimentación de progreso por parte del trabajador, va ligado de forma interna a la falta de una experiencia real y motivadora en el desarrollo de la tarea que tiene encomendada, por varias razones: bien por ser interminable, en las que no existe conciencia del resultado final; las demandas sobre el trabajador son absurdas y en ocasiones contradictorias o porque el rol del operario no es claro dejando al mismo en situaciones un tanto ambiguas en relación a la resolución de las tareas.

El “síndrome de sentirse o estar aburrido y fuera del puesto”, se configura como una situación francamente dañina y perjudicial tanto para la persona que la padece, como para la empresa, ya que en las primeras produce más estrés que el propio Burnout, frustración e incluso depresión y para la empresa una pérdida de talentos, pues se tiende a infrutilizar a los profesionales y de otro lado se configura como una pérdida de rentabilidad y en una palabra de eficacia, ya que no es capaz de utilizar al 100% sus propios activos.

En este momento laboral, con un mercado de trabajo que presenta más de cuatro millones de personas en paro y con una sociedad tan ocupada, lo que prima laboralmente es estar estresado, ocupado, sin tiempo para nada ni nadie.

El trabajador con Boreout, infravalorado, está estresado buscando estrategias de encubrimiento de su propia insatisfacción y terminan basando en esta insatisfacción, por ilógico que parezca, el resto de estrategias de su vida.

Vamos a pasar a aclarar conceptos: Se alude a los trabajadores que se sienten agobiados porque no tienen tareas (o bien éstas son simples e insuficientes) que hacer en el trabajo. (Paneque, 2010).

### **El Desinterés en el Desempeño Laboral**

En este sentido se detecta una ausencia de identificación con el trabajo; el trabajador puede representar desinterés por todo lo que representa la empresa, desinterés por el trabajo propiamente dicho, y desinterés por su propia situación dentro de la empresa (no preocupándole ni siquiera promociones o ascensos dentro de la organización) (Cabrera L. E., 2014).

El trabajador, poco a poco, siente que el trabajo no es suficiente porque, entre otros aspectos, le resulta simple y sin aliciente. La desmotivación aparece, la sensación de sentirse profesionalmente desaprovechado se hace patente y presente, constituyéndose el centro de cualquier actividad rutinaria, pues se hace una valoración de las tareas, bajo una perspectiva viciada, en la que prima la desgana. La actitud de un individuo es un factor importante en la aptitud para trabajar, pero su presencia no puede detectarse mediante ninguna de las medidas fisiológicas conocidas, por ello se puede observar la aparición de la desidia en la realización del trabajo, lo que unido a la apatía hace que se pueda intuir parte de ese desinterés asociado al desempeño (Paneque, 2010).

### **La Infra exigencia en el Centro de Trabajo**

Describe el sentimiento ante la capacidad de poder rendir más en el trabajo de aquello que le exige la empresa o su superior; el trabajador se puede sentir infraexigido porque sus habilidades superan las tareas que le son asignadas, o también por la cantidad de tareas que se le asigna; siendo otra situación las características de la estructura de la organización, dentro de la cual se hace difícil precisar la necesidad o pertinencia de las actividades que cumple (Cabrera L. E., 2014).

El trabajador, puede rendir más de lo que lo hace en la actualidad, pero, sin embargo, la organización empresarial o no se da cuenta o bien considera que quiere que se dé esta situación, desea tener a ese trabajador en esa situación concreta. El ejemplo básico, asociado al origen de esta situación, radica en la contratación de trabajadores con una titulación superior a las exigencias del puesto debido a la demanda de puestos de trabajo, dándose el caso de trabajadores muy cualificados que desempeñan tareas donde la cualificación necesaria es básica, debido a que la exigencia es mínima o bien a que la gerencia no ha sabido plantear una correcta selección de personal. La selección de personal es un momento clave para evitar este tipo de situaciones. “No se deben crear falsas expectativas a los candidatos sobre el tipo de trabajo que harán, porque a veces se les engaña y el resultado es que hay mucho talento desaprovechado en las empresas”. Una situación que podría empeorar con la crisis, dado que la mayor disponibilidad de candidatos puede tentar a algunas empresas a contratar a trabajadores sobre cualificados para el puesto (Paneque, 2010).

Estos tres componentes están siempre ligados de algún modo e interactúan entre sí, y prácticamente en cadena. Aquel que se encuentra infra exigido empieza a aburrirle el trabajo, y quien se aburre más pronto que tarde empezará a perder interés por lo que hace. Por esta razón resulta difícil separar claramente estos componentes al momento de establecer criterios para su medición inequívoca (Cabrera L. , 2012).

### **Medición del Aburrimiento**

El efecto del Síndrome de Boreout puede ser medido o evaluado por diferentes escalas o cuestionarios: Vodanovich y Watt (2016) identifican 16 escalas existentes en la bibliografía. Incluyen mediciones como rasgo de personalidad, o para áreas específicas como: el ámbito académico, tiempo libre, la actividad sexual, relaciones interpersonales, etc.

En español se dispone de tres instrumentos: La Escala de Aburrimiento Laboral elaborado por los investigadores colombianos. Es de una sola dimensión y contiene 8 ítems.

El segundo instrumento es la “Multidimensional State Boredom Scale” que fue validada al español por Manuel et al. (2015). Contiene cinco dimensiones:

Baja Activación, Desatención, No compromiso, Alta activación, y Percepción del Tiempo. Contiene o está formado por 29 ítems (Zolf, 2018).

El tercero es el método CEBO validado por Cabrera (2012) que esta formado por tres dimensiones: infra exigencia, aburrimiento y desinterés.

### **Satisfacción Laboral**

Se puede describir como aquella sensación que una persona experimenta al lograr el equilibrio ante una o varias necesidades, se da como producto de diversas interacciones entre el usuario, los trabajadores prestadores del servicio y el medio, es decir, es lo que la persona desea del trabajo y lo que logra de él.

La satisfacción en el trabajo es en la actualidad uno de los temas más relevantes en la Psicología del Trabajo y de las Organizaciones. Existe un gran interés por comprender el fenómeno de la satisfacción o de la insatisfacción en el trabajo. Sin embargo, resulta paradójico que, a pesar de la espectacular proliferación de literatura científica sobre la satisfacción en el trabajo, no pueda hablarse, en cambio, de un progreso paralelo en las investigaciones, por cuanto los avances conseguidos resultan poco gratificantes y significativos (Naranjo, 2009).

La satisfacción laboral, forma parte de la definición de la calidad de la atención prestada, repercute directamente en los resultados de las actividades asistenciales y en la satisfacción del usuario. (Porcel, Martinez, Gil, & Grao, 2014).

La satisfacción laboral, siendo éste un concepto largamente estudiado y discutido desde la Psicología de la Organización. Sin embargo, en la actualidad, sigue siendo un concepto controvertido sobre el cual existen tantas definiciones como autores se han interesado por él. Dentro del debate sobre la satisfacción laboral encontramos dos posturas mayoritarias, nos centraremos en la postura predominante y más usada hoy en día para aproximarse al estudio de la satisfacción laboral. Autores defienden que es una combinación de emoción y cognición, un estado interno que se manifiesta de una de estas dos formas; pensamientos y/o emociones. Más recientemente, la definen como una actitud hacia al trabajo, esto es, un conjunto de respuestas cognitivas y afectivas hacia la situación laboral. Estas definiciones no sólo tienen en cuenta la respuesta afectiva hacia el trabajo, sino que, además, entiende que los pensamientos o la evaluación del trabajador hacia su trabajo cumplen un papel crucial en el comportamiento y la disposición de la persona para con su tarea. (Carmona, Estelles, Diaz, & Aguilera, 2018).

### **Satisfacción y Productividad**

Existen trabajos de investigación como de Atalaya donde manifiesta que al contar con empleados satisfechos en su ámbito laboral son más productivos que implica que la organización tenga más ganancias económicas y premios como a la mejor empresa del año.

En las décadas de es 1930, 1940 y 1950 se le denominó a los administradores paternalistas porque al buscar la satisfacción de los empleados organizaban actividades recreativas el formar equipos para realizar deportes, días de campo, proporcionar asesoría a los empleados y capacitaban a los supervisores para desarrollar la empatía todo con el objetivo que los trabajadores estén contentos y luego repercute en su labor produciendo más (Atalaya, 1999).

Los trabajadores son capaces de percibir lo beneficio que resulta trabajar en un ambiente agradable, con un grupo de personas que se llevan bien, donde exista respeto entre compañeros, una buena relación con el jefe inmediato, donde la alta dirección cuente con mecanismos que permita que el trabajador participe en las propuestas, sugerencias para mejorar la buena marcha de la organización, una comunicación asertiva y lo más importante la cooperación de todo el personal que conforma la organización.

Existen manifestaciones de insatisfacción de los empleados que son expresados de diferentes formas:

► **Abandono:** Los empleados a pesar de tener un contrato de trabajo al estar insatisfechos buscan un nuevo empleo y renuncia afectado a la organización; también algunos empleados no cumplen lo designado sin respetar las horas de trabajo están pendientes de la hora de salida o en horas de trabajo están desarrollando otras actividades personales que pueden realizarlo en otro momento (Atalaya, 1999).

- **Expresión:** Los empleados con insatisfacción manifiestan con palabras o con otros signos que pueden ser observados de sus pensamientos, ideas buscando mejoras (Atalaya, 1999).
- **Lealtad:** El trabajador con satisfacción expresa optimismo, defiende la organización a diferencia del que está insatisfecho no se identifica con la organización en ocasiones podría brindar información confidencial para ser usado de manera negativa que afecte a su centro laboral (Atalaya, 1999).
- **Negligencia:** El trabajador al perder el interés por su labor pierde cuidado no toma las precauciones necesarias empeorando muchas de las veces la situación, que al final ocasionará pérdidas económicas para la empresa (Atalaya, 1999).

Al tener trabajadores con las manifestaciones de abandono y negligencias abarca la variable rendimiento disminuyendo la productividad, ausentismo laboral; algunos de ellos al tener la necesidad de manifestar sus quejas optan por formar o pertenecer a sindicatos lo que lleva a deducir que desean seguir en su empleo (Atalaya, 1999).

## CONCLUSIONES

Está comprobado científicamente que el Síndrome de Boreout genera baja autoestima, desmotivación, falta de compromiso con el trabajo así como sentimientos de culpabilidad, vergüenza o inutilidad, que en muchos Centros de Trabajo no son tenidos en cuenta.

Entre los síntomas que delatan un Síndrome de Boreout, destacan la apatía y falta de energía que se va apoderando del estado de la persona, lo cual va a trascender negativamente en las relaciones laborales y por ende en el desarrollo integral y bienestar general del trabajador.

## RECOMENDACIONES

Es importante que los Centros de Trabajo definan con objetividad sus funciones y su rol en la empresa para realizar mejoras continuas que permitan al trabajador desempeñarse en un adecuado clima laboral, logrando desarrollar al máximo su potencial y capacidades como persona en sociedad.

Asimismo, los Centros de Trabajo deben proporcionar herramientas y actividades tales como charlas, reuniones o programas, en los que se den claves para el control emocional, la resolución de problemas, productividad, motivación y constantes capacitaciones que coadyuven a que el trabajador despliegue todo su potencial en la creatividad e innovación permanente en el trabajo que desempeña.

## BIBLIOGRAFÍA

- Atalaya, M. (1999). Satisfacción Laboral y Productividad. *Revista de Psicología*.
- Azabache, A. (2016). Construcción y propiedades psicométricas de la Escala del Síndrome de Boreout – ESB en colaboradores adultos de Trujillo. (*Tesis de Licenciatura*). Universidad Cesar Vallejo, Lima.
- Beltran, A. (2014). Game-Over: Herramienta Gamificada para Diagnostico del Síndrome de Boreout. (*Trabajo de Grado*). Universidad Católica de Colombia, Bogotá.
- Beltran, A., Contreras, B., Forero, L., & García, A. (2016). GAME-MOVER: Herramienta Gamificada para diagnóstico del Síndrome de Boreout. (*Tesis de Licenciatura*). Universidad Católica de Colombia, Bogotá.
- Cabrera, L. (2012). SINDROME DE BORE-OUT. (*Tesis de licenciatura*). Universidad de Carabobo, Carabobo.
- Cabrera, L. (2014). Síndrome de Boreout: Diseño, confiabilidad y validación preliminar de un instrumento para su medición. *rev.univ.ind.santander.salud*, 259-265.

Cabrera, L. E. (2014). Síndrome de Boreout: Diseño, confiabilidad y validación preliminar de un instrumento para su medición. *Revista de la Universidad Industrial de Santander*, 259-265.

Carmona, E., Estelles, I., Díaz, G., & Aguilera, R. (Marzo de 2018). Nivel de satisfacción y compromiso en trabajadores remunerados versus voluntariado y motivación en el mismo. *REIDOCREA*, 07(08), 85-91.

Carvajal, L. (2013). *Recursos Humanos en la Investigación Científica*. (Poemia, Ed.) Medellín, Colombia: Poemia su editorial.

Charaja, Y. M., & Mamani, J. (2014). Satisfacción Laboral y Motivación de los trabajadores de la dirección regional de comercio exterior y turismo Puno-Perú, 2013. *Comunicación*, 5-13.

Charaja, Y., & Mamani, J. (Ene-Jun de 2014). Satisfacción laboral y Motivación de los trabajadores de la Dirección Regional de Comercio Exterior y Turismo-Puno-Perú, 2013. *COMUNIC@CIÓN*, 01(01), 05-13.

Eastwood, J., Fricchen, A., Fenske, M., & Smilek, D. (2012). The unengaged mind: Defining boredom in terms of attention. *Perspectives on Psychological Science*, 482-495.

Granda, D. (2016). El Síndrome de Boreout y el desempeño laboral en los colaboradores del Hospital Yerovi Mackuart del Cantón Salcedo, provincia de Cotopaxi. (*Tesis de Licenciatura*). Universidad Técnica de Ambato, Ambato.

Gutierrez, J. (2010). “Bore-out”, la infracarga mental. *Ergonomía y Psicología*, 10-11.

Hernández, R., Fernández, C., & Baptista, M. (2014). *Metodología de la Investigación* (6ta Edición ed.). (M. Toledo, Ed.) México DF: Mc Graw Hill Education.

Huañap, J. (2017). Propiedades psicométricas del Cuestionario Evaluador de Boreout en colaboradores del sector salud de Chimbote. (*Tesis de Licenciatura*). Universidad César Vallejo, Chimbote.

Latella, S., Marciano, N., & Velasco, M. (2016). BoreOut: Aburrimiento crónico en el trabajo. (*Tesis de Licenciatura*). Universidad Argentina de la Empresa, Buenos Aires.

Marín, H., & Plascencia, M. (2017). Motivación y satisfacción laboral del personal de una organización de salud del sector privado. *Horiz Med*, 42-52.

Medina, L. (Julio-Diciembre de 2015). Innovación y gestión del conocimiento; síndromes laborales necesarios de extinguir. *Revista Iberoamericana para la Investigación y el Desarrollo Educativo*, 06(11), 1-21.

Mendoza, M. (2018). Síndrome de Burnout y la satisfacción laboral en Enfermería en el Instituto Nacional de Ciencias Neurológicas. Lima, 2017. (*Tesis de*

*Licenciatura*). Universidad Cesar Vallejo, Lima.

Naranjo, M. (2009). Perspectivas teoricas y algunas consideraciones de su importancia en el ambito educativo. *Revista Educacion*, 153-170.

Paneque, S. (2010). Síndrome de Boreout o sentirse aburrido. *Prevexpo 2010/prevencia 2010*, (págs. 1-16). Sevilla.

Porcel, A., Martinez, C., Gil, E., & Grao, A. (Mayo-junio de 2014). Construcción y validación del cuestionario G\_Clinic para medir la satisfacción laboral en profesionales de enfermería de las unidades de gestión clínica. *Rev Esp Salud Pública*, 88(03), 419-428.

Rodriguez, L. A. (2015). Innovación y gestión del conocimiento; síndromes laborales necesarios de extinguir. *Revista Iberoamericana para la Investigación y el Desarrollo Educativo*, s/p.

Rothlin, P., & Werder, P. (2009). *El Nuevo Síndrome Laboral Boreout: Recupera La Motivacion*. New York: Debolsillo.

Scarpetta, K. (06 de Marzo de 2019). El síndrome del aburrimiento laboral. *La Republica*, pág. s/p.

Zolf, A. (2018). El aburrimiento en el trabajo aportes recientes de la psicología laboral. *Av. psicol.*, 9-22.

# EL DERECHO PREVISIONAL Y SU INTANGIBILIDAD EN CONCORDANCIA AL DERECHO A LA SALUD

Jesús Francisco Muñoz Roldán

**SUMARIO:** 1. El Derecho Previsional y su estrecho nexo con el Derecho a la Seguridad Social. 2. El Sistema Nacional de Pensiones. 3. El Sistema Privado de Pensiones. 4. Los fondos de pensiones: ¿propiedad o patrimonio de los aportantes? 5. Los Derechos Fundamentales Protegidos en los fondos de pensiones 6. Conclusiones 7. Bibliografía

## 1. EL DERECHO PREVISIONAL Y SU ESTRECHO NEXO CON EL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL

El Derecho a la Seguridad Social es un derecho que tiene doble connotación dentro de nuestro ordenamiento constitucional, por un lado es catalogado como derecho constitucional en virtud de encontrarse en el artículo 12 de nuestro ordenamiento constitucional, por otro lado es también catalogado como derecho fundamental al encontrarse protegido por instrumentos internacionales que protegen derechos humanos como la Declaración Universal de los Derechos Humanos; El pacto internacional de los Derechos Económico, sociales y Culturales; La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; y, El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales **-Protocolo de San Salvador-**.

El artículo 10 de nuestra Carta Magna reconoce el derecho universal y progresivo del ciudadano a la seguridad social; el artículo 11 garantiza el libre acceso a las prestaciones de salud y de pensiones en entidades públicas y privadas poniéndose como garantes; el artículo 12 del mismo cuerpo normativo magno señala sobre los fondos de la seguridad social, que *“Los fondos y las reservas de la seguridad social son intangibles. Los recursos se aplican en la forma y bajo la responsabilidad que señala la ley”*.

Antes que nada se debe definir qué engloba la seguridad social. Pues el convenio N° 102 de la OIT, es el convenio que establece las condiciones y preceptos sobre la seguridad social, el cual engloba varios aspectos claros que correspon-

den a la seguridad social: 1) asistencia médica **-artículos 7 al 12-**; 2) prestaciones monetarias de enfermedad **-artículos 13 al 18-**; 3) prestaciones monetarias de desempleo **-19 al 24-**; 4) prestaciones de vejez **-artículos 25 al 30-**; 5) prestaciones en caso de accidente del trabajo y de enfermedad profesional **-artículos 31 al 38-**; 6) prestaciones familiares **-artículos 39 al 45-**; 7) prestaciones de maternidad **-46 al 52-**; 8) prestaciones de invalidez **-artículos 53 al 58-**; y, 9) prestaciones de sobrevivientes **-artículos -artículo 59 al 64-**. (OIT, 1952)

En ese orden tenemos que el Perú a suscrito y ratificado este convenio con la OIT, asimismo el Estado protege la seguridad social en el artículo 12 de la Carta Magna, pues en una interpretación auténtica o al que denominaremos convencional, la seguridad social que protege la intangibilidad de dichos preceptos corresponde a las prestaciones de salud y prestaciones económicas tanto para los trabajadores activos como para los cesados o denominados pensionistas.

A nuestro entender, la doble protección del sistema de seguridad social comprende en una primera línea a los trabajadores activos con las prestaciones de salud estando en actividad y las prestaciones económicas cuando de los empleadores no dependa el pago de haberes por contingencias que no permitan laborar a los empleados, circunstancias ajenas a dichas entidades empleadoras y ajenas del trabajador. En una segunda línea protege a los pensionistas por los mismos preceptos, sus prestaciones de salud, así como de sus prestaciones económicas que derivan en su pensión, siendo de esta última *-pensión-* la que depende de forma directa sus prestaciones de salud, en virtud que de dicha subvención surge el descuento para cubrir dichas prestaciones de salud.

En consecuencia, la condición *sine qua non* de las prestaciones de salud de un pensionista dependerá de la existencia de fondos que sustenten sus prestaciones económicas derivadas a una pensión por jubilación.

El Perú cuenta con dos sistemas de protección social, el público (Sistema Nacional de Pensiones – SNP) y el privado (Sistema Privado de Pensiones - SPP), otorgando ambos cobertura en materia de pensiones. En ese sentido, el Sistema Peruano de Pensiones, es un sistema contributivo en el cual las y los trabajadoras/es tienen que aportar para obtener una pensión que a su vez permite seguir aportando para que se encuentre activo las prestaciones de salud conforme al literal b) del artículo 6<sup>1</sup> de la Ley N° 26790 - Ley de Modernización de la Seguridad Social que dispone la administración de las aportaciones a ESSALUD, y que opera bajo un modelo en el que coexisten de manera paralela dos sistemas.

---

1 Artículo 6o.- APORTES Los aportes por afiliación al Seguro Social de Salud son de carácter mensual y se establecen de la siguiente forma: (...) b) Afiliados regulares pensionistas: El aporte de los pensionistas equivale al 4% de la pensión. Es de cargo del pensionista, siendo responsabilidad de la entidad empleadora la retención, declaración y pago al IPSS dentro de los primeros cinco días del mes siguiente a aquél en que se devengaron las pensiones afectas.

## **2. EL SISTEMA NACIONAL DE PENSIONES**

Fue creado por el Decreto Ley N° 19990 y rige desde el 1° de mayo de 1973 y es administrado por la Oficina de Normalización Previsional (ONP), en este sistema los aportes de las y los trabajadoras/es van a un fondo común, de carácter solidario e intangible y la o el asegurada/o debe aportar un mínimo de 20 años para tener acceso a la pensión de jubilación, o acceder a la jubilación proporcional especial<sup>2</sup> donde el asegurado/a debe contar con un rango de aportación de 10 hasta menos de 15 años de aporte, siendo un requisito exigido la edad mínima para jubilarse 65 años, siendo factible acceder a una pensión de jubilación adelantada: a partir de los 50 años para las mujeres y de los 55 años para los hombres, empero que cuenten con un mínimo de aportaciones de 25 y 30 años. Existe un monto máximo de pensión de jubilación, que es de S/ 893, y un monto mínimo de pensión de S/ 500, salvo lo que se determine para el acceso a la pensión proporcional especial. El sistema otorga pensiones por invalidez, viudez, orfandad y ascendencia, y capital de defunción.

## **3. EL SISTEMA PRIVADO DE PENSIONES**

Este sistema previsional es operado por las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP) y es supervisado por la Superintendencia de Banca y Seguros, en donde las y los trabajadoras/es pueden acceder a una pensión de jubilación, sin la exigencia de periodos mínimos de aportes, a partir de los 65 años de edad. Cabe precisar, para este último caso, que el monto del beneficio de jubilación a recibirse, será calculado sobre la base de los aportes realizados y la rentabilidad generada en la cuenta individual de capitalización (CIC) de cada afiliada/o a este sistema. El SPP, ofrece también a sus aseguradas/os la opción de pensionarse de manera adelantada a través de la 'Jubilación Anticipada Ordinaria, siendo sus principales prestaciones las de pensión de jubilación; pensión de invalidez; pensión de sobrevivencia y gastos de sepelio.

## **4. LOS FONDOS DE PENSIONES: ¿PROPIEDAD O PATRIMONIO DE LOS APORTANTES?**

Para este cónclave debemos definir ambas acepciones, pues por un lado tenemos al patrimonio -bien patrimonial- que tiene un significado muy preciso: consiste en toda entidad material o inmaterial susceptible de evaluación económica, por tanto, de apropiación. Se constituye un derecho subjetivo real (propiedad, usufructo, etc.) sobre un bien mueble o inmueble (arts. 885 y 886); no se puede constituir un derecho sobre otro derecho. Asimismo, la propiedad de-

---

2 Conforme a la Ley N° 31210 y Decreto Supremo N° 282-2021-EF.

finida como el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien, el cual debe ejercerse en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley” (Art. 923 del Código Civil).

En ese orden, los fondos previsionales que son aportes de los afiliados para sus pensiones constituyen a dicho fondo como patrimonio en virtud que son bienes intangibles, pues dichos fondos no pueden ser usados, disfrutados, disponer de ellos o pedir su reivindicación, pues el fin es cubrir su seguridad social que comprende las prestaciones económicas y de salud para su vejez.

## **5. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES PROTEGIDOS EN LOS FONDOS DE PENSIONES**

Entre los derechos fundamentales que se intenta proteger con la seguridad social tenemos primero la dignidad humana, como directriz de nuestro sistema jurídico como el fin supremo de la sociedad, y este fin supremo importa la protección del aseguramiento de los ciudadanos a una vejez digna como consecuencia de acceder a un trabajo y con ello elegir el sistema de aportaciones que se encuentra implementado tanto al SNP o al SPP; así tenemos el derecho a la seguridad social consagrado en el artículo 10 de la Carta Magna e instrumentos internacionales, el cual acoge la protección de este derecho instrumentalizado y sujeto a supervisión de cumplimiento por los Estados tratantes que es la condición del Perú, derecho que va asegurar entre otro, al derecho a la salud, derecho a una vida digna y en armonía en paz social, al asegurar además, su derecho económico, con una prestación para la vejez de los ciudadanos aportantes.

## **6. REFLEXIONES FINALES**

- Una primera conclusión tenemos, que la seguridad social abarca las prestaciones económicas como también las prestaciones de salud, acepciones que se acogen en el Convenio 102 de la OIT sobre la Seguridad Social.
- De los fondos previsionales deriva las pensiones de los jubilados y la existencia de esas aportaciones es una condición sine quo non para la existencia de una prestación de salud, de dichas pensiones dependen el aporte para que Essalud cobertura las atenciones de salud conforme al inciso b) del artículo 6 de la Ley N° 26790 Ley de Modernización de la Seguridad Social de Essalud
- La intangibilidad de la seguridad social que prescribe el artículo 12 de nuestra Constitución Política enmarca no solo a las aportaciones para las prestaciones de salud, sino, que se amplía cuando el ciudadano adquiere la condición de jubilado, pues de dicha pensión depende su aportación para que Essalud siga prestando su cobertura sanitaria o atención médica.

## 7. BIBLIOGRAFÍA

- Constitución Política del Perú 1993
- Decreto Ley 19990 - Ley del Sistema Nacional de pensiones
- Decreto Legislativo N° 295 - Código Civil Peruano
- Ley N° 26790 - Ley de Modernización de la Seguridad Social
- OIT. (1952). Convenio sobre la seguridad social. Convenio, ORGANISMO INTERNACIONAL DEL TRABAJO, Ginebra, Suiza. Recuperado el 08 de Agosto de 2022, de [https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_ILO\\_CODE:C102](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C102)



# VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO PRECAUTORIO Y LA CONSULTA PREVIA A LAS COMUNIDADES CAMPESINAS DE ESPINAR - CUZCO, ACERCA DE LA CONCESIÓN MINERA “XSTRATA TINTAYA”

*Yda Rosa Cabrera Cueto*

## RESUMEN

El presente artículo tiene como fin conocer el atropello a los derechos de consulta y diálogo de los pueblos indígenas y tribales en el Espinar en relación al proyecto minero “XSTRATA TINTAYA” Espinar - Cusco, hoy administrada por la empresa de se presentan muestras reales de la contaminación ambiental en la población, la fauna y la flora en la zona de influencia provincial. En virtud de esta investigación se conocerá diversos aspectos de la explotación minera en perjuicio de las personas residentes en la citada provincia, no solo se registran perjuicios ambientales, también daños a la salud en concordancia con la información emitida por el Ministerio de Salud; ante este evento se invoca el principio precautorio inmerso a este ejercicio, donde la población demanda la suspensión de esta actividad contaminante, y no contar con mayor información tangible de los efectos en el medio. Así, se conocerá a fondo el proceso y el estado situacional de la población del Espinar, mediante el uso de las técnicas de entrevistas, análisis documental entre otros medios, para demostrar que no se consideró factores preventivos a la indicada actividad, es más se siguió realizando actividades de explotación en el presunto Proyecto Antapaccay inherente a una puntual responsabilidad ambiental.

**Palabras claves:** Actividad minera, Consulta previa estudio de impacto ambiental, Principio Precautorio, Convenio 169, Principio precautorio, Comunidad campesina, Ley Ambiental, aplicación de sanciones.

## ABSTRACT

This thesis aims to know the violation of the right to prior consultation with the Peasant Communities in relation to the “Xstrata Tintaya” - Espinar - Cusco mining project, now managed by the company Glencore Antapaccay, in Espinar Province, department of Cuzco; where real samples of environmental pollu-

tion are presented in the population, fauna and flora in the provincial influence zone. Under this investigation will be known various aspects of mining to the detriment of people living in that province, not only environmental damages are registered, but also negative impacts on the health of the population in accordance with the information issued by the Ministry of health; This event invokes the precautionary principle immersed in this exercise, where the population demands the suspension of this polluting activity, and the lack of scientific certainty about its causes and effects. The process and the situational status of the Espinar population will be thoroughly understood through the use of interview techniques, documentary analysis among other means, to demonstrate that preventive factors were not considered for this activity. Mining operations and processing of the so-called Antapaccay Project inherent to a specific environmental responsibility.

**Key words:** Mining activity, Prior environmental impact assessment consultation, Precautionary principle, Convention 169, Precautionary Principle, Peasant Community, Environmental Law, application of sanctions.

## I. INTRODUCCIÓN

En el primer gobierno de Alberto Fujimori, con fecha 05 de diciembre de 1993, se ratificó el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo – OIT denominado Convenio 169. El Convenio reconocía derechos colectivos a dichos pueblos, dentro de los cuales se encuentra el derecho a la consulta preliminar a las poblaciones indígenas, tribales o autóctonas de la zona; y con el gobierno del ex presidente Ollanta Humala Tasso, como inicio de diligenciadas a su gestión promulgo en la Comunidad de Imazita, en Bagua “La Ley N° 29785 (2011); correspondiente a la consulta preliminar a los pueblos indígenas y tribales inmersas al Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo e incorporando con dicha ley la regulación interna del al dictamen anticipado dentro de la legislación nacional, en un entorno desbordante de emoción y esperanza debido a que fue un lugar sentido por conflictos socio-ambientales con el denominado “Baguazo”, que dejo grandes pérdidas humanas y un marcado resentimiento social.

En el 2015, el MINEM recién implementó el primer proceso de consulta previa a una comunidad campesina sobre un proyecto minero, a la fecha se han concluido “satisfactoriamente” 4 procesos de consulta previa, sin embargo se instauraron dichos procesos de manera tardía ya que “ninguna concesión minera dada sobre territorio indígena andina ha sido objeto de consulta a las comunidades afectadas, pese a configurar, el primer acto estatal para la actividad minera” (Vargas, 2016, parr.6). En consecuencia las consulta realizadas por el

MINEM a comunidades campesinas sobre proyectos mineros, en todos los casos se ha realizado y viene realizando sobre la etapa de exploración minera, etapa para la cual, es necesario contar ya con una concesión minera previa, que es la que da inicio a un proyecto minero.

## II. DESCRIPCIÓN DE LA REALIDAD PROBLEMÁTICA

El problema latente que afecta un proceso de consulta previa, son los plazos determinados por ley, ya que te dan solo 30 días para que se pueda tramitar una consulta previa con las entidades pertinentes y se llegue a una solución con las comunidades campesinas o pueblos afectados por alguna problemática siendo este tiempo insuficientes. Siendo otro problema importante el idioma, debido que para que ellos se puedan comunicar con las entidades pertinentes (Estado) se vuelve una barrera, según la Ley N° 29785.

Que, la gran minería es uno de los principales factores que causa la desaparición de ciudades enteras debido al alto porcentaje de contaminación que producen, repercutiendo la salud y deterioro de viviendas, tierra e infraestructura, para lo cual, la consulta previa se presenta como una garantía para los pueblos indígenas, ya que en su mayoría los proyectos mineros se dan sobre territorios ubicados en la región andina del Perú, territorios poblados en gran parte por comunidades andinas. Asimismo, debido a que la Ley y Reglamento de consulta previa no establece de manera clara la oportunidad en la que se debe implementar los mecanismos de opinión preliminar, sea antes de la adopción de la medida o ejecución de la misma. Siendo ello un problema latente, ya que cada entidad promotora de la medida, determina la oportunidad de la implementación, entonces el MINEM, somete a consulta proyectos mineros recién en la etapa de autorización para proyectos de explotación.

Entonces el Principio Precautorio se encuentra inmerso a esta medida de consulta previa por los interés del ambiente; toda vez que dentro de la mesa de dialogo se establezcan la información y documentación referida a la explotación minera, como los estudios correspondientes al impacto ambiental, evaluación a la afectación a la población emitido por la Dirección de Salud o instituciones facultadas; estudios complementarios y autorizaciones de la Ministerio de Energía de Minas; es en esta etapa donde se vuelve tangible el Principio Precautorio por lo que se puede distinguir el estropicio permanente al ambiente, así no se cuente con información tangible acerca de la degradación del medio y su perjuicio a la fauna y flora dentro del marco de la Ley N° 28611 y el Artículo 2 de la Ley 29050, donde se adecúa a todo texto legal que se refiera a la denominación de precaución y similares.

Que, el propósito minero Tintaya Antapaccay se asienta en el distrito y provincia de Espinar, región Cusco, a 4100 msnm, a 10 km. del yacimiento en proceso de cierre, Tintaya; geográficamente ubicado en la margen izquierda de la cuenca

del río Cañipía. Entonces los pueblos tribales del Alto Huarcca, Huisa, Huisa Ccollana, Huarca, Anta Ccollana, Suero y Cama están inmersas al área de acción de Tintaya Antapaccay (Exp. N° 00054-2012-0-1009-JM-CI-01).

La industria XSTRATA, con diócesis en Suiza, agencia Tintaya en el año 2006 conformando la industria Xstrata Tintaya S.A; fundamentando que las operaciones finalizarían el 2012, XSTRATA Copper decidió ampliar la operación en la reserva Antapaccay salvaguardado la explotación hasta el año 2034 (Glencore Xstrata: 2014). Puesto que toda actividad minera inhibe aprensión en las pobladores locales; la interacción en la provincia de Espinar, región Cusco, originaron diversos conflictos sociales violentos en el 2012. Se cita de la Defensoría del Pueblo; que la policía procedió a la violación de los derechos fundamentales de los manifestantes y no involucrados en el conflicto. (CNDDHH: 2013 y 2012; Vicaría de Sicuani: 2012).

Así como primera acción la población del Espinar en el Cusco presento bajo el apoyo del alcalde de la Región el Sr. Oscar Mollohuanca Cruz y el Sr. Moisés Ccamercco Magaña que habitan en la zona donde se encuentra contaminada por parte de la Minera Xstrata Tintaya S.A., hoy llamada Glencore Xstrata, una demanda de amparo contra esta, ante la alteración de sus derechos fundamentales colectivos.

Que, se comprobó afectación a la salud a los pobladores del Espinar, bajo evaluación científica por parte del Ministerio de Salud (MINSA), concentraciones de arsénico (02 ejemplares) y mercurio (33 ejemplares) en el agua del expendio doméstico, en el cual sobregiraron los parámetros establecidos por el DS 002-2008-MINAM y DS 031 – 2010 – SA, así como los rangos emitidos por la Organización Mundial de la Salud (OMS). Además se estimó medicamento a 506 pobladores en el rango de 20 a 59 años, en los distritos de Espinar, Pallpata, Occuro y Pichigua, y así diagnosticar el nivel de metales pesados y el desenlace fue niveles altos de plomo, arsénico y mercurio en la sangre en el área suscitada.

Entonces para el inicio de la explotación minera en el Espinar, se transgrede la consulta inmersa a la Ley 29785 y convexa al Convenio 169 (OIT); referente al derecho de los pueblos tribales a ser asesorados sobre las restricciones legislativas o administrativas que alteren su derecho colectivo, sobre su existencia física, identidad cultural, calidad de vida o desarrollo. Es importante efectuar la consulta respecto al planning y ejecución de desarrollo nacional y regional que afecten directamente estos derechos grupales; por ende es el instrumento de prueba del Principio Precautorio dentro de la aplicación del Artículo VII de la Ley 28611; así se tendría conocimiento general de la actividad minera y los impactos negativos, y solo se requiere de la presunción del degrade ambiental para actuar.

Dentro de las facultades legales del ciudadano se encuentran el derecho irrenunciable a vivir en un medio saludable, equilibrado a fin de contribuir a una

efectiva administración ambiental teniendo como pilar salvaguardar la salud de las personas en forma individual y grupal, la conservación de la biodiversidad y el equilibrio sostenible de los recursos; sobre todo ello a las comunidades indígenas o campesinas y se rigen por la defensa del medio que nos rodea.

La vulneración del Principio Precautorio y de la consulta previa a las comunidades campesinas del Espinar correspondiente a la concesión minera “Xtrata Tintaya” en el periodo 2012-2015 y las naturaleza de la problemática conlleva una mesa de dialogo el año 2013 con los pobladores del Espinar; que corresponde a una prioridad de protección ecológica. Que, el planning después de la mesa de diálogo, enfrenta las trabas en el cuidado del medio, proyectar un nuevo modelo para la minería y el plan sostenible al problema de abastecimiento de agua, entre otros. Cabe citar el 23 de diciembre de 2015 siendo el viceministro de Salud, Percy Minaya León, reconoció la falta de coordinación con la población en general de Cusco, para prevenir más casos de intoxicación, y como consecuencia 180 personas del Alto Huanacán y Huisa comprometidos a metales pesados en Espinar y no se ha cumplido con el régimen medico a los primeros 71 casos más graves según ley.

Que, el Centro Nacional de Salud Ocupacional y Protección del Ambiente para la Salud (Censopas), en atención a la mesa de diálogo que instaló el poder gubernamental ante el conflicto colectivo desbordado contra la ex minera Xstrata Tintaya, ahora administrada por Glencore, indicó que hay muchos comuneros que viven entre 100 y 300 metros aproximados a la basura desechos mineros y que debería de tratarse este caso como un tema de emergencia y la atención debería ser integral e inmediata para las comunidades inmersas al área de acción.

En virtud a lo antes mencionado la presente investigación gira entorno a la falta de cumplimiento a todo lo normado y establecido en nuestro marco normativo, derechos fundamentales y hasta la misma Ley 28611 que establece los principios básico para la protección sea de una persona o de la colectividad, se pronuncia el Principio Precautorio, y se dirige a la suspensión de una actividad contaminante, ante la admonición de un menoscabo a la salud o al hábitat y la falta de certeza tangible sobre sus causas y enseres. Definitivamente en esos casos en que el principio de precaución puede justificar una acción de monitoreo con el objeto de circunspección.

### III. MARCO TEÓRICO

La Ley N° 29785 (2011), Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), se desarrolla el contenido, los principios y el procedimiento del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios respecto a las medidas legislativas o administrativas que les afecten directamen-

te, la cual se interpreta de conformidad con las obligaciones establecidas en el Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo (OIT), ratificado por el Estado peruano mediante la Resolución Legislativa N° 26253.

### **Objetivos de la Ley 29785**

- El derecho a la consulta se realiza con el fin de garantizar los derechos colectivos de los pueblos indígenas reconocidos como tales por el Estado Peruano en la Constitución, los tratados internacionales ratificados por el Perú y las leyes.
- El Viceministerio de Interculturalidad, en ejercicio de su función de concertar, articular y coordinar la implementación del derecho de consulta, por parte de las distintas entidades del Estado, toma en consideración la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas.
- El resultado del proceso de consulta no es vinculante, salvo en aquellos aspectos en que hubiere acuerdo entre las partes.
- Los gobiernos regionales y locales sólo podrán promover procesos de consulta, previo informe favorable del Viceministerio de Interculturalidad, respecto de las medidas que puedan aprobar conforme las competencias otorgadas expresamente en la Ley N° 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, y en la Ley N° 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, respectivamente, y en tanto dichas competencias hayan sido transferidas. El Viceministerio de Interculturalidad ejercerá el rol de rectoría en todas las etapas del proceso de consulta, correspondiendo a los gobiernos regionales y locales la decisión final sobre la medida.

### **El Acta de Consulta**

Es un instrumento público, con valor oficial, que contiene los acuerdos que se alcance como resultado del proceso de consulta, así como todos los actos y ocurrencias desarrollados durante el proceso de diálogo intercultural. Es suscrita por los funcionarios competentes de la entidad promotora y por los o las representantes del o de los pueblos indígenas. En caso de que los o las representantes no fueran capaces de firmar el acta, estamparán sus huellas digitales en señal de conformidad. Los documentos sustentatorios del acuerdo forman parte del acta de consulta.

### **Ámbito Geográfico**

Es el área en donde habitan y ejercen sus derechos colectivos el o los pueblos indígenas, sea en propiedad, en razón de otros derechos reconocidos por el Estado o que usan u ocupan tradicionalmente.

### **La Buena Fe en el Proceso de Consulta**

Las entidades estatales deben analizar y valorar la posición del o los pueblos indígenas durante el proceso de consulta, en un clima de confianza, colaboración y respeto mutuo. El Estado, los o las representantes y las organizaciones de los pueblos indígenas tienen el deber de actuar de buena fe, centrando la discusión en el contenido de las medidas objeto de consulta, siendo inadmisibles las prácticas que buscan impedir o limitar el ejercicio de este derecho, así como la utilización de medidas violentas o coercitivas como instrumentos de presión en el proceso de consulta.

El principio de buena fe, aplicable a ambas partes, comprende adicionalmente:

- i. Brindar toda la información relevante para el desarrollo del proceso de diálogo.
- ii. Evitar actitudes o conductas que pretendan la evasión de lo acordado.
- iii. Cooperar con el desarrollo de la consulta.
- iv. Diligencia en el cumplimiento de lo acordado.
- v. Exclusión de prácticas que pretendan impedir o limitar el ejercicio del derecho a la consulta.
- vi. No realizar proselitismo político partidario en el proceso de consulta.

### **El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo**

Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, 1989, ratificado por el Estado Peruano mediante la Resolución Legislativa N° 26253.

### **Los Derechos Colectivos**

Estos Derechos tienen por sujeto a los pueblos indígenas, reconocidos en la Constitución, en el Convenio 169 de la OIT, así como por los tratados internacionales ratificados por el Perú y la legislación nacional. Incluye, entre otros, los derechos a la identidad cultural; a la participación de los pueblos indígenas; a la consulta; a elegir sus prioridades de desarrollo; a conservar sus costumbres, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos; a la jurisdicción especial; a la tierra y el territorio, es decir al uso de los recursos naturales que se encuentran en su ámbito geográfico y que utilizan tradicionalmente en el marco de la legislación vigente; a la salud con enfoque intercultural; y a la educación intercultural.

### **Entidades promotoras públicas responsables de dictar las medidas legislativas o administrativas**

- i. La Presidencia del Consejo de Ministros, para el caso de Decretos Legislativos. En este supuesto, dicha entidad puede delegar la conducción del proceso de consulta en el Ministerio afín a la materia a consultar.

- ii. Los Ministerios, a través de sus órganos competentes.
- iii. Los Organismos Públicos, a través de sus órganos competentes. Los gobiernos regionales y locales, a través de sus órganos competentes, también se entenderán entidades promotoras, conforme a lo establecido en los artículos 2.2 y 2.3 del Reglamento.

### **Enfoque Intercultural**

Reconocimiento de la diversidad cultural y la existencia de diferentes perspectivas culturales, expresadas en distintas formas de organización, sistemas de relación y visiones del mundo. Implica reconocimiento y valoración del otro.

### **Medidas Administrativas**

Normas reglamentarias de alcance general, así como el acto administrativo que faculte el inicio de la actividad o proyecto, o el que autorice a la Administración la suscripción de contratos con el mismo fin, en tanto puedan afectar directamente los derechos colectivos de los pueblos indígenas. En el caso de actos administrativos, el proceso de consulta a los pueblos indígenas se realiza a través de sus organizaciones representativas locales, conforme a sus usos y costumbres tradicionales, asentadas en el ámbito geográfico donde se ejecutaría el acto administrativo.

### **Pueblo Indígena u Originario**

Pueblo que desciende de poblaciones que habitaban en el país en la época de la colonización y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conserven todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas; y que, al mismo tiempo, se auto reconozca como tal. Los criterios establecidos en el artículo 7 de la Ley deben ser interpretados en el marco de lo señalado en artículo 1 del Convenio 169 de la OIT. La población que vive organizada en comunidades campesinas y comunidades nativas podrá ser identificada como pueblos indígenas, o parte de ellos, conforme a dichos criterios.

### **Plan de Consulta**

Instrumento escrito que contiene la información detallada sobre el proceso de consulta a realizarse, el que debe ser adecuado a las características de la medida administrativa o legislativa a consultarse y con un enfoque intercultural.

En las entrevistas realizadas a Magaña, Nina y Romero (2017) coinciden en que el Estado ha dejado huérfano a la población indígena del Espinar, pues prioriza las divisas emitidas por las explotación minera sin salvaguardar la sa-

lud a los ciudadanos, ni al equilibrio ecológico por el agravio a la flora y fauna de la provincia, no solo se vulnera el derecho a la consulta sino se atropella los derechos constitucionales a la vida y la salud, el sentir de la población es la ausencia absoluta del poder gubernamental y que se encuentran expuestos a futuros conflictos por la insatisfacción social y popular.

El entrevistado Salinas (2017), indica que desde inicio su gestión como alcalde de la Municipalidad de Espinar, ha intentado acercarse a la OEFA - Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental, para poder establecer mecanismos organizados de visitas al área de explotación más sin embargo a la fecha no tiene atención a lo solicitado; también cita que el poder gubernamental local con fondos propios hizo un estudio a la salud de los pobladores de Tintaya con una institución particular especializada, los resultados fueron desgarradores; puesto que de 182 pobladores evaluados por presencia de metales en la sangre; el total de los pacientes se encontraron infectados con metales como cobre, mercurio y plomo; por tanto finaliza el alcalde que no hay ningún vestigio del Estado ni antes o después de los hechos.

Las entrevistas de Magaña y Nina (2017), indican que de haberse dado oportunamente las mesas de diálogo en el Espinar; no se hubieran dado los conflictos ya conocidos que socavaron la paz de la población y terminaron con pérdidas humanas; definitivamente los ciudadanos sienten a menos su identidad cultural e historia.

Los entrevistados Salinas, Becerra y Romero (2017), coinciden que el papel del gobierno central en la defensa de la identidad de la cultura y la calidad de vida de las comunidades campesinas es de suma importancia e influyente; más sin embargo la presencia gubernamental es volátil y sin fortalezas; que no solo no convocan las mesas de diálogo bilaterales sino que no salvaguardan os pocos acuerdos que se llegan a suscribir.

En el caso de las entrevistas de Zevallos y Mamani (2017), sin embargo citan que dentro del marco legal nacional, el gobierno establece los mecanismos donde la mesa de diálogo inmersa a la Ley N° 29785 y del Convenio N° 169-OIT repercute directamente en la defensa de identidad cultural y calidad de vida en los pobladores tribales expuestas a la concesión minera “Xtrata Tintaya”; pero que no se están dirigiendo adecuadamente en el sostenimiento de la reglamentación o de los procedimientos administrativos; en otros términos citan que es la deficiencia del concurso que refleja las debilidades y la desazón en la población.

ASUNTO	PERÚ	CHILE	COLOMBIA
<b>INFORMACIÓN BÁSICA</b>	<p>El Congreso Constituyente Democrático de 1993, instalado bajo el gobierno del presidente Alberto Fujimori, ratificó el Convenio N° 169 de la OIT a fines de 1993, la consulta previa pasó a ser un derecho constitucional de los pueblos originarios e indígenas</p> <p>El segundo gobierno de Alan García (2006-2011) aprobó el Tratado de Libre Comercio (TLC) con los Estados Unidos medidas para promover la participación ciudadana en los proyectos mineros.</p>	<p>Es un procedimiento esencial de participación de las comunidades indígenas que les permite transmitir adecuadamente sus criterios y opiniones acerca de las medidas legislativas o administrativas que pretendan adoptarse, y que sean susceptibles de afectarles directamente, con el objeto de que puedan influir en la toma de dichas decisiones.</p>	<p>En Colombia el derecho a la consulta previa debe ser acatado por todas las empresas ejecutoras de un POA si su área de influencia coincide con territorios donde habitan comunidades étnicas. A este respecto, la Directiva Presidencial, identificó como elementos determinantes de la consulta previa la existencia permanente de comunidades étnicas en el área de influencia de un proyecto y/o el desplazamiento periódico de grupos étnicos en estas áreas (Presidencia de la República, 2013:7).</p>
<b>CONVENIO 169 DE LA OIT</b>	<p>Durante la campaña presidencial del año 2011, Ollanta Humala prometió una nueva relación entre el Estado y los pueblos indígenas. Fue promulgado y poner en vigencia la “Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios,” con la cual incorpora el Convenio 169. El año 2013, las autoridades peruanas llevaron a cabo el primer proceso formal de consulta previa dentro de ese marco legal, con los pueblos Majijuna y Kichwa de Loreto.</p>	<p>El Convenio 159 fue promulgado por decreto supremo N°236, de 2008, del Ministerio de Relaciones Exteriores y publicado en el Diario Oficial de fecha 14 de octubre del mismo año. El registro de la ratificación del mismo se realizó el 15 de septiembre de 2008, por lo cual conforme con el artículo 38 del Convenio, sus disposiciones entraron en vigencia en Chile a partir del día 15 de septiembre de 2009.</p>	<p>El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) fue ratificado por Colombia en 1991. A partir de ese momento, el país adquirió la obligación de adaptar su legislación y políticas al Convenio y garantizar el cumplimiento de los requisitos que éste impone.</p>
<b>OBJETIVO</b>	<p>Las normas, que no estuvieron dirigidas exclusivamente a los pueblos indígena, exigían que las empresas — informen a las poblaciones acerca de las actividades que llevarían a cabo y que obtuvieran su aprobación, luego de que el Estado les hubiese otorgado concesiones preliminares.</p> <p>Sin embargo, los defensores de los derechos indígenas sostuvieron que estas normas no respetaban el principio de la OIT de consulta previa, y que no incluían procedimientos formales para lograr acuerdos.</p>	<p>Como objetivo principal, criterios y estándares del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes “Convenio 169”</p> <p>(i) debe realizarse de buena fe;</p> <p>(ii) debe ser adecuado y apropiado para cada pueblo;</p> <p>(iii) debe tener por finalidad llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca del proyecto;</p> <p>(iv) debe ser transparente;</p> <p>(v) debe respetar los ritmos y formas de tratar los temas; y,</p> <p>(vi) debe ser representativo.</p>	<p>El principal objetivo es reducir las diferencias socioeconómicas entre las comunidades y otros sectores sociales.</p> <p>Así mismo, el Estado debe asumir la responsabilidad de implementar acciones coordinadas en defensa de los derechos de las comunidades y garantizar su respeto y salvaguarda los derechos.</p>
<b>MARCO LEGAL Y/O REGLAMENTO</b>	<p>El Ministerio de Cultura, es uno de los integrantes más débiles del Gabinete, provenientes del ámbito cultural, con escasa experiencia en la administración pública o en negociaciones políticas complejas. Si bien las tareas fue implementación de OIT 169 fueron encargadas al Viceministerio, los viceministros y su equipo de científicos sociales.</p> <p>Que conllevaba enfrentar las presiones de los más poderosos ministerios de Economía y Finanzas, y el de Energía y Minas, Preocupados por acelerar los procesos de consulta, o de pasarlos por alto. El Pacto de Unidad de Organizaciones Indígenas, constituido en el 2011 sostiene que deberían de tener un rol institucional más sólido en el gobierno, incluido un Ministerio De Pueblos Indígenas Y Nativos. También que la ley debía tener en cuenta los impactos indirectos y directos de las políticas del gobierno, tomadas desde que OIT 169 fue ratificado en 1995. Propusieron también que la ley incorpore el derecho al consentimiento previo y no solo a la consulta.</p>	<p>Pueden participar todas las comunidades y asociaciones constituidas bajo el marco de la Ley Indígena N° 19.253, correspondientes a los nueve pueblos reconocidos por esta normativa: Aymara. Quechua, Atacameño, Colla, Diaguita, Rapa Nui, Mapuche, Yagán y Kawésqar. Que establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas, y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (“Ley Indígena “).</p> <p>El artículo 34 de la Ley Indígena señala que “Los servicios de la administración del Estado y las organizaciones de carácter territorial, cuando traten materias que tengan injerencia o relación”.</p>	<p>La Sentencia SU-U39 de 1997 señaló los parámetros para la realización de las consultas previas con los grupos étnicos del país y en ella encontramos importantes aportes para la protección y garantía de los derechos de las Comunidades.</p> <p>En 2014, por su parte, se protocolizaron 1,144 consultas previas, nueve de dichos procesos concluyeron sin acuerdos con las comunidades étnicas. La Directiva Presidencial 10 de 2013 plantea tres posibles escenarios para dar por concluida, en caso de que no se surta un acuerdo entre las partes. * Test de proporcionalidad. Valoración y Alternativas.</p>

## CONCLUSIONES

### PRIMERO

La ley peruana de derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas, Ley 29785 y su Reglamento, establecen la existencia de dos escenarios: el primero, el pueblo indígena acepta y otorga el consentimiento a la propuesta estatal consultada; el segundo, se registra el desacuerdo en el proceso de consulta, al no existir acuerdo, el Estado adopta la decisión final como regla general, tal cual lo establece el Artículo 15° de Ley de Consulta; asimismo, el principio precautorio consignado en la Ley N° 28611 se encuentra inmersa a la consulta como medio tangible de alerta de los daños que debió regirse en la comunidad campesina en el Espinar, inherente a su campo de acción de prevención a la fauna y flora; ante la evidente vulneración donde se atropella el derecho a la consulta primaria y que si bien el principio precautorio trasgrede el dictamen; se ha dejado sin efecto ante la no acción en la mesa de diálogo que conllevaron a las constantes marchas, protestas y acciones violentas que dieron por fruto muchos pobladores muertos y heridos, semejantes a las acciones en Bagua; y que efectivamente el principio precautorio se encuentra en correlación a la consulta previa pero el estado no estableció los mecanismos perceptibles para su efecto.

### SEGUNDO

La Ley de Consulta Previa, muestra la controversia y confrontación de la normatividad nacional con lo desarrollado en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Justicia, dado que existe diferencia entre obtener el libre consentimiento de los pueblos indígenas en proceso de consulta, y una decisión final unilateral por parte del Estado en casos de grave afectación a los pueblos indígenas, lo que contraviene el objeto y finalidad del proceso de consulta, vulnerando los derechos constitucionales colectivos de los pueblos indígenas. Es decir, al derecho a decidir sobre su desarrollo, el derecho al territorio, a la libre autodeterminación; y, a nivel individual de derechos fundamentales: a los derechos a la identidad, a la integridad moral, psíquica, física; al libre desarrollo; al bienestar; y a participar en forma individual o asociada en la vida política, económica, social y cultural de la Nación.

## RECOMENDACIONES

Teniendo en cuenta que el Perú está siendo el centro de atención mundial por sus reformas en la gobernanza de las actividades extractivas, por tanto se debe implementar con carácter de obligatoria, la consulta previa, en cumplimiento de la ley Nacional de Consulta Previa y del Convenio 169 de la OIT, en todo lo concerniente a las concesiones para la exploración y explotación minera.

Se debe reconocer y respetar los derechos de las comunidades y pueblos indígenas y tribales en el Perú, a través de la adopción de medidas de protección y prevención de daños graves e irreversibles al ambiente y a la salud de las Comunidades Campesinas, como consecuencia de la realización de actividades de exploración y extracción de nuestros minerales, para prevenir que diversas organizaciones indígenas protesten por el incumplimiento del Convenio 169, que viene afectando los derechos constitucionales de esta población.

## **BIBLIOGRAFÍA**

### **Fuentes Primarias (Entrevistas)**

- Antonio, M. (2017) Entrevista realizada el 26 de mayo. Lima, Perú.
- Becerra, P. (2017) Entrevista realizada el 26 de mayo. Lima, Perú.
- Magaño, C (2017) Entrevista realizada el 26 de mayo. Lima, Perú.
- Nina, E. (2017) Entrevista realizada el 26 de mayo. Lima, Perú.
- Romero, A. (2017) Entrevista realizada el 26 de mayo. Lima, Perú.
- Salinas, Z. (2017) Entrevista realizada el 26 de mayo. Lima, Perú.
- Uriarte, O. (2017) Entrevista realizada el 19 de junio. Lima, Perú.
- Zevallos, S. (2017) Entrevista realizada el 26 de mayo. Lima, Perú.

### **Fuente Bibliográfica**

- Atupaña, N. (2014). El derecho a la consulta previa de los pueblos y nacionalidades indígenas por actividades que realice el Estado en sus territorios (Tesis para obtener el título de abogado). Recuperado de <http://www.ds-space.uce.edu.ec/bitstream/25000/3948/1/T-UCE-0013-Ab-237.pdf>
- Ballón .A., F. (2003). Introducción al Derecho de los Pueblos Indígenas. Lima, Perú: Defensoría del Pueblo.
- Ballón .A., F. (2004). Manual de derecho de los pueblos indígenas y tribales. Lima, Perú: Defensoría del Pueblo.
- Behar R. (2008). Metodología de la Investigación. Recuperado de <http://digital.unicv.edu.cv/bitstream/123456789/106/3/Libro%20metodologia%20investigacion%20este.pdf>
- Cabrera A, (2008) “Guía para el Manejo de crisis y la Comunicación de crisis”. Las industrias extractivas y las Crisis Sociales. Lima.PRECAN- MINEM, Agencia Canadiense de Desarrollo Internacional.
- Carhuatocto, H. (2012). Los Derechos constitucionales de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario y en contacto en el sector de hidrocarbu-

- ros en el Perú. (Tesis de Maestría) Recuperado de <http://cybertesis.unm-sm.edu.pe/handle/cybertesis/3448>
- Chuquiruna, L. (2015). La ley de consulta previa n°29785 y el derecho de los pueblos indígenas a la consulta previa, vinculado con la protección del derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida (Tesis para obtener el título de abogada). Recuperada de [http://repositorio.upao.edu.pe/bitstream/upaorep/601/1/CHUQUIRUNA\\_LARIELA\\_DERECHO\\_PUEBLOS\\_INDIGENAS.pdf](http://repositorio.upao.edu.pe/bitstream/upaorep/601/1/CHUQUIRUNA_LARIELA_DERECHO_PUEBLOS_INDIGENAS.pdf)
  - Constitución Política del Perú (1993) Recuperado de [http://www.congreso.gob.pe/nt\\_ley/Imágenes/Constitu/Cons1993.pdf](http://www.congreso.gob.pe/nt_ley/Imágenes/Constitu/Cons1993.pdf)
  - Convención de Viena sobre el derecho de los tratados (1969) Recuperado de: [http://www.oas.org/dil/esp/Convencion\\_de\\_Viena\\_sobre\\_derecho\\_tratados\\_Colombia.pdf](http://www.oas.org/dil/esp/Convencion_de_Viena_sobre_derecho_tratados_Colombia.pdf) Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (1989) Recuperado de [http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed\\_norm/@normes/documents/publication/wcms\\_100910.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@normes/documents/publication/wcms_100910.pdf) Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos indígenas (2007) Recuperado de [http://www.un.org/esa/socdev/unpfi/documents/DRIPS\\_es.pdf](http://www.un.org/esa/socdev/unpfi/documents/DRIPS_es.pdf)
  - Cortez. (2002). Metodología y Diseños en la investigación científica. Lima, Perú: Universidad Ricardo Palma Editorial Universitaria
  - Flores, C (2011). Consulta y Participación Ciudadana en las Actividades de Exploración y/o Explotación de Hidrocarburos a la Luz de la Ley de Consulta Previa, Ley N° 29785 [Diapositivas]. Perú: Petroperú. Recuperado de [https://www.up.edu.pe/SiteAssets/Lists/JER\\_Jerarquia/NewForm/Consulta%20y%20Participacion%20segun%20Ley%2029785.pdf](https://www.up.edu.pe/SiteAssets/Lists/JER_Jerarquia/NewForm/Consulta%20y%20Participacion%20segun%20Ley%2029785.pdf)
  - Gamboa K (2012) Análisis crítico de la consulta previa en el Perú. Informes sobre el proceso de reglamentación de la Ley de Consulta y del Reglamento 6TA Edición. Recuperado de [https://www.servindi.org/pdf/DAR\\_Consulta\\_Previa.pdf](https://www.servindi.org/pdf/DAR_Consulta_Previa.pdf)
  - Hernández S, Fernández Y Baptista (2006) Metodología de la investigación, 5ta Edición, Desarrollo de Tesis. México: McGraw-Hill
  - Herrera, N (2014). La Ley de consulta previa en el Perú y su reglamento. La Problemática de las comunidades campesinas y nativas (Tesis de Maestría) Recuperado de <http://www.unsam.edu.ar/ciep/wp-content/uploads/2014/11/Laley-de-consulta-previa-en-el-Peru-y-sureglamento.-La-problematica-de-lascomunidades-campesinas-y-nativas.pdf>
  - Instituto de Ingenieros de Minas del Perú. (2010). Minería Peruana: Contribución al desarrollo Económico y Social. (4° ed).

- Instituto de Ingenieros de Minas del Perú. (2010). Minería Peruana: Contribución al desarrollo Económico y Social. (4° ed).
- Instituto Geológico, Minero y Metalúrgico – INGEMMET (2007) Recuperado de [http://www.ingemmet.gob.pe/documents/73138/148668/ROF\\_INGEMMET.pdf/ced465ed-ae10-4694-b3e2-eea3d294c4e9](http://www.ingemmet.gob.pe/documents/73138/148668/ROF_INGEMMET.pdf/ced465ed-ae10-4694-b3e2-eea3d294c4e9)
- Ley N° 28611 – Ley General del Ambiente, creado el 25 de octubre de 2008 <http://cdam.minam.gob.pe/novedades/leygeneralambiente2.pdf>
- Ley N° 26821-Ley orgánica para el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales (1997) Recuperado de <http://www.oefa.gob.pe/wpcontent/uploads/2012/07/Ley26821.pdf>
- Ley N° 29785 -Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el convenio 169 de la organización internacional del trabajo (2011) Recuperado de <http://www.Presidencia.gob.pe/documentos.pdf>
- Martínez J, (2011). Método de investigación cualitativa. Silogismo Recuperado de <http://www.cide.edu.co/ojs/index.php/silogismo/article/view/64/53>
- Mérida Salmón, E., Bregalio, R., Olivera, J., & Ocampo, D. (2012). La Consulta Previa, libre e informada en el Perú .Lima: Biblioteca Nacional del Perú.
- Ministerio de Cultura (2014) Identificación de pueblos indígenas u originarios para el proceso de consulta previa. Cartilla informativa. Lima, Perú: Ministerio de Cultura. Ministerio de Energía y Minas. (2015). Inicio de Actividades de Explotación - Plan de Minado (DGM). Recuperado de MINEM: [http:// www.minem.gob.pe/\\_detalle.php?idSector=1&idTitular=5945&idMenu=sub5942&iDc a teg=989](http://www.minem.gob.pe/_detalle.php?idSector=1&idTitular=5945&idMenu=sub5942&iDc a teg=989)
- Ministerio de Cultura (2014). Etapa de Identificación de Pueblos indígenas u Originarios-Guía Metodológica. Lima, Perú: Ministerio de Cultura. Moscol, D. (9 de noviembre de 2008). El Cateo y la Proscripción Minera. [Mensaje en un blog]. Recuperado de <http://danielmoscol.blogspot.com/2008/11/elcateo-y-la-prospeccion-minera.html>
- Montoya, K. (2015). Nueva ley forestal: la delicada apuesta por integrar a empresas y comunidades. Recuperado de Semana Económica: <http://semanaeconomica.com/article/economia/medio-ambiente/156579-nueva-ley-forestal-la-delicada-apuesta-por-integrara-empresas-y-comunidades>.
- Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación. Pueblos indígenas: el marco internacional. Recuperado de <http://www.fao.org/docrep/013/i1857s/i1857s02.pdf>
- Organización Internacional del Trabajo. (2013). Comprender el convenio

sobre pueblos indígenas y tribales. Ginebra: Organización Internacional del Trabajo.

- Organización Internacional del Trabajo. (2013). Comprender el convenio sobre pueblos indígenas y tribales. Ginebra: Organización Internacional del Trabajo.
- Otiniano, N., y Benítez, S. (2014). Instrucciones para la elaboración de Proyectos e Informes de Tesis. Perú: Dirección de Investigación de la Universidad César Vallejo.
- Parra, C., y Gloria, A. (2005). La consulta previa a los pueblos indígenas. En Jurisprudencia, Comunidades étnicas en Colombia Cultura y Jurisprudencia. Bogotá: Centro Editorial Universidad del Rosario.
- Ramírez D, (2012) “Informe en minoría de la comisión especial para investigar y analizar los sucesos de Bagua” Congreso de la República. Lima. Consulta: 20 de junio de 2010. Recuperado de [http://www.google.com.pe/search?hl=es&rlz=1W1SKPB\\_es&q=%09%E2%80%9CInforme+en+minor%C3%ADa+de+la+comisi%C3%B3n+especial+para+%09investigar+y+analizar+lo+s+suceso+de+Bagua%E2%80%9D+Congreso+de+la+Rep%C3%ABlica.+Lima](http://www.google.com.pe/search?hl=es&rlz=1W1SKPB_es&q=%09%E2%80%9CInforme+en+minor%C3%ADa+de+la+comisi%C3%B3n+especial+para+%09investigar+y+analizar+lo+s+suceso+de+Bagua%E2%80%9D+Congreso+de+la+Rep%C3%ABlica.+Lima)
- Ruiz J, (2010). El debate en torno al derecho a la consulta en el Congreso. Lima: Servindi.
- Ruiz, G. (2014). El diseño institucional del derecho a la consulta previa tras el proceso de reglamentación de la Ley (2011-2012). Lima: PUCP.
- Sánchez, C. & Reyes, M. (2002). Metodología y Diseños en la investigación científica. Lima, Perú: Universidad Ricardo Palma Editorial Universitaria
- Sauta, R., Boniolo, P., Dalle, P., Elbert, R. (2006). Manual de Metodología. Buenos Aires, Argentina: CLAPSO. Shaw, M. (1997). International Law. Recuperado de [https://www.academia.edu/3386070/Malcolm\\_N.\\_Shaw\\_International\\_Law\\_6th\\_edición\\_2008](https://www.academia.edu/3386070/Malcolm_N._Shaw_International_Law_6th_edición_2008)
- Vicaria De Sicuani, (2012) “El Análisis de los conflictos” Conferencia presentada en Seminario Introductorio de Prevención, Manejo y resolución constructiva de conflictos. Prevcon-PCM. Lima.



# EL GOBIERNO ELECTRÓNICO COMO POLÍTICA PÚBLICA EN EL DESARROLLO DE LOS GOBIERNOS LOCALES

*Pablo Alejandro Legua Herrera*

**SUMARIO:** RESUMEN, I. INTRODUCCIÓN, II. ANTECEDENTES, III. EL GOBIERNO ELECTRÓNICO; IV. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO ELECTRÓNICO

## RESUMEN

En el Perú, a niveles de gobierno locales se viene llevando a cabo un proceso de innovación, a raíz de la implementación del gobierno electrónico como una política pública. Resulta necesario indicar que este proceso que de por sí es complejo requiere especial atención de parte de los operadores administrativos. Resulta importante su estudio y análisis para poder proponer respuestas idóneas ante un país en donde la administración pública nunca se esforzó por innovar y en adaptarse a las nuevas tecnologías.

**Palabras clave:** Gobierno electrónico, gobiernos locales, políticos públicos.

## I. INTRODUCCION

El presente artículo tiene por objeto contribuir al sistema jurídico de los diversos niveles de los estamentos de los gobiernos. En tanto se busca plasmar en forma clara los avances y resultados que se tuvieron en la implementación del gobierno electrónico como una política estatal. A raíz de la pandemia, la administración pública se vio forzada a la implementación de las tecnologías de la información y comunicaciones (en lo sucesivo TIC's), con la finalidad de mantener continuidad en las actividades que día a día se desarrollaban bajo el letargo de la presencialidad. En tal sentido el volcado de las implementaciones de aplicaciones desde las más rudimentarias.

## II. ANTECEDENTES

Como antecedentes internacionales, podemos mencionar la Carta Iberoamericana de Gobierno Electrónico (2007), asume como equivalentes los términos “gobierno electrónico” y “administración electrónica”, por cuanto en ambas se

considera el uso de las TIC's como parte integrante de los órganos de la administración, en tanto permite mejorar la información y los servicios que se brindan a todos los ciudadanos y también mejorar la eficiencia y la transparencia en el sector público; tanto como dinamizar la participación ciudadana.

En las investigaciones mexicanas, se tiene la desarrollada por Sandoval (2008) en su tesis titulada: "Gobierno Electrónico: Elementos de Facilidad de Uso y Valor Público de los Portales de Internet Local en México", presentado ante la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales de México, en donde se efectúa un estudio de los diversos portales web de las ciudades que fueron estudiadas, de esta forma se enfocó en estudiar dos características: i) La usabilidad o facilidad de uso de los mencionados portales, y ii) el valor público que se aporta para sociedad, en particular a nivel local. Dicha investigación finaliza esbozando como conclusión general ratificándose en señalar que la sociedad informacional y del conocimiento tiene vigencia dentro del ámbito gubernamental en cuanto a que los portales de gobierno deben suministrar información para contribuir a una de gestión pública más eficiente, moderna, funcional y que sea cercana en todo momento a los ciudadanos.

Como antecedentes nacionales podemos indicar que la Presidencia del Consejo de Ministros (2011), emite el Decreto Supremo N° 066-2011-PCM, que aprueba el Plan de Desarrollo de la Sociedad de la Información en el Perú – La Agenda Digital 2.0, en donde el Estado Peruano reconoce expresamente el rol fundamental que cumple el gobierno electrónico para la consolidación del desarrollo integral del país, de esta forma se indica en el citado documento que:

"El Gobierno electrónico ha pasado de ser el concepto que inició la revolución tecnológica en las administraciones públicas al convertirse en la herramienta necesaria que está permitiendo la readecuación y cambio en las instituciones, centrándose en el ciudadano, no sólo impulsando una modernización institucional a través del uso intensivo de TIC en sus procesos internos, sino utilizándolo en el mejoramiento de la entrega de los servicios y trámites a los ciudadanos y empresas" (Presidencia de Consejo de Ministros, 2011).

Podemos también mencionar a Simón (2018), quien aborda en su tesis titulada "Gobierno Electrónico y su Influencia en la Gestión Pública de la Municipalidad Distrital de Yanacancha - Pasco, 2016", en donde aborda como objetivo general determinar los factores del gobierno electrónico que influyen en la gestión pública de la Municipalidad Distrital de Yanacancha 2016, y de esta forma poder proponer un plan estratégico de gobierno electrónico. La investigación concluye indicando la existencia de una influencia significativa en el gobierno electrónico y la gestión pública de la Municipalidad Distrital de Yanacancha.

### III. EL GOBIERNO ELECTRÓNICO

El “gobierno electrónico” o también demonimado “e-government” es el uso intensivo de las TIC’s para el eficaz y eficiente cumplimiento de las funciones propias de la política y la gestión pública (Lenk y Traunmuller, 2000). Dentro de algunas ramas de ejecución se pueden mencionar las que son empleadas para la conformación de bases de datos, procesos de seguimiento, procesos de monitoreo, tareas de envío y recepción documentaria, entre otros.

Para algunos autores norteamericanos como Layne (2011), su artículo publicado en inglés, este indicó que en definitiva, el gobierno electrónico es un fenómeno por tanto todas las iniciativas al respecto deben ser derivadas y aplicadas; de este modo postula cuatro etapas: 1) cataloguing (la catalogación), (2) transaction (transaccional), 3) vertical integration (integración vertical), y 4) horizontal integration (integración horizontal). Este autor concluye su artículo indicando que estas cuatro etapas ofrecen un camino viable a seguir por los gobiernos y que estas etapas resaltan la figura del ciudadano (o administrado) como el usuario de los servicios gubernamentales, indicando además que el acceso a dichos servicios debe ser de acceso universal, en relación a esto es lo que otros autores como Margolis y Moreno-Riaño (2016) y Madhavan (2011) han denominado como la democratización del internet. Debe entonces rescatarse la idea que la implementación de un gobierno electrónico indiscutiblemente tiene como finalidad la de estar mucho más cerca al ciudadano, democratizar sus servicios y transparentar los mismos, permitiéndole oponer sus derechos y como se abordó en un trabajo anterior también “dotar celeridad, eficiencia y transparencias a los procedimientos administrativos incoados ante la autoridad administrativa” (Legua, 2022).

### IV. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO ELECTRÓNICO

Según el D.S. 004-2019-JUS, que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, se entiende como procedimiento administrativo electrónico a aquel que:

“sin perjuicio del uso de medios físicos tradicionales, el procedimiento administrativo podrá realizarse total o parcialmente a través de tecnologías y medios electrónicos, debiendo constar en un expediente, escrito electrónico, que contenga los documentos presentados por los administrados, por terceros y por otras entidades, así como aquellos documentos remitidos al administrado” (Ministerio de Justicia, 2019).

De lo que puede rescatarse como una idea primigenia que los procedimientos administrativos electrónicos a aquellos que se desenvuelven o desarrollan a través del uso de medios electrónicos, tanto total como parcialmente, por lo

que un procedimiento administrativo que inicia de manera virtual y requiere en alguno de sus actos la condición física, también debe ceñirse bajo estas normas.

En el mismo sentido, se indica en el Inc. 30.2, que en relación del respeto a las garantías mínimas que este deberá contener, se señala que:

“El procedimiento administrativo electrónico deberá respetar todos los principios, derechos y garantías del debido procedimiento previstos en la presente Ley, sin que se afecte el derecho de defensa ni la igualdad de las partes, debiendo prever las medidas pertinentes cuando el administrado no tenga acceso a medios electrónicos” (Ministerio de Justicia, 2019).

Sobre la validez y eficacia de los actos administrativos que emanan dentro del procedimiento administrativo, el Inc. 30.3 nos señala:

“Los actos administrativos realizados a través del medio electrónico, poseen la misma validez y eficacia jurídica que los actos realizados por medios físicos tradicionales. Las firmas digitales y documentos generados y procesados a través de tecnologías y medios electrónicos, siguiendo los procedimientos definidos por la autoridad administrativa, tendrán la misma validez legal que los documentos manuscritos” (Ministerio de Justicia, 2019).

## **V. EL PROBLEMA DE LAS BRECHAS DIGITALES COMO PRINCIPAL OBSTACULIZADOR DE LAS TICs EN LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS ELECTRÓNICOS**

Algo que se ha visto por demás evidente a raíz de la etapa pandémica vivida por los ciudadanos peruanos por la expansión del covid-19, evidencia la falta de infraestructura en nuestro país, pues muchos de los estamentos locales del estado quedaron simplemente a la deriva en un mundo cada vez más inmerso en lo virtual. Por ejemplo, en el caso peruano se han desarrollado estudios como el de el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF por sus siglas en inglés) la ha logrado evidenciar que señalan “las estadísticas que miden la brecha digital de género en el Perú al 2019 indican que solo el 54.5% de las mujeres usa internet, frente al 59.7% de hombres”. De ello por ejemplo podemos manifestar que existe un casi cuarenta por ciento de ciudadanos peruanos que no cuentan con acceso a las tecnologías (en este caso a internet). Las brechas digitales entonces resultan un gran primer reto para el gobierno peruano. Otros estudios como el de Chuco (2021), han abordado el problema de las brechas digitales como un problema educativo y social, en tanto se busca comprender que el uso de los medios tecnológicos se ha convertido en una necesidad para poder garantizar la prestación del servicio educativo. Entonces no podemos ceñirnos a la brecha digital respecto a una sola esfera, sino que este problema debe ser asumido desde una visión holística, es decir ser comprendida como un todo.

## VI. ¿GOBIERNOS LOCALES Y GOBIERNO ELECTRÓNICO?

Los gobiernos locales hasta hace poco se mostraban resistencia a la adecuación de sus atenciones e incluso de sus procedimientos en forma virtual, sin embargo esta situación se acentúa mucho más. Se tienen investigaciones que abordan la relación entre los municipios y el gobierno digital, en donde se indica que:

“los gobiernos municipales de la región han asumido un creciente protagonismo en la elaboración de políticas públicas a raíz de tres grandes procesos: i) la des-centralización; ii) la urbanización, y iii) la globalización. Estos procesos han obligado a los gobiernos municipales a encarar nuevos desafíos de gestión para los que no se encontraban preparados en muchos casos.” (Eguino et al, 2018)

De ello se puede entender que los municipios, ahora más que nunca han cobrado notoriedad en el devenir de la gestión y del encausamiento de las gestiones públicas, siendo uno de los grandes procesos que los compete la globalización, por ello debe comprenderse su innegable inmersión en el mundo digital. Sin perjuicio de ello debemos ser críticos al manifestar que aún existe mucho por trabajar sobre todo en las zonas más alejadas del Perú. En donde cómo ha podido evidenciarse en investigaciones anteriores los ciudadanos no se rehúsan a la implementaciones de las TIC'S, pues quienes parecen mantenerse reacia es la administración pública. Debe entonces de entenderse la tecnología digital como una estrategia in situ para la modernización de los gobiernos locales, puesto que facilitan la posibilidad de poder brindar mejores servicios a la ciudadanía por parte de estos órganos públicos.

## VII. CONCLUSIONES

**Primero.-** Que no existen diferencias significativas entre un procedimiento administrativo tradicional y un procedimiento administrativo electrónico, en tanto no puede establecerse un contraste notable entre sus características conceptuales, sus plazos, las garantías al administrado, los deberes de los funcionarios o servidores a cargo, ni de sus responsabilidades.

**Segundo.-** Que el empleo de nuevas tecnologías de la información en los procedimientos administrativos mejorarán indiscutiblemente la eficiencia y eficacia de los actos administrativos, por cuanto transparenta mejor el acceso a los servicios públicos y al ejercicio de los derechos de los administrados dentro de dichos procedimientos.

**Tercero.-** Que, el primer gran problema del reto del gobierno electrónico y de la implementación de procedimientos administrativos electrónicos resulta ser las brechas digitales existentes en el Perú, existiendo brechas digitales

no solo socioeconómicas, ni demográficas, sino también de género. Contrarrestar ello debería considerarse desde luego una política pública a trabajar a mediano plazo.

**Cuarto.-** Que los administrados tienden en mayor cantidad cada vez más en comprender las herramientas tecnológicas, ya que tienen mayor asimilación por las TICS, por lo que la administración pública municipal debe adecuarse a las nuevas tendencias de la información e innovar en las modalidades en las cuales prestan sus servicios para de esta forma encontrarse a la vanguardia de las mejores administraciones públicas.

### VIII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- CENTRO LATINOAMERICANO DE ADMINISTRACIÓN PARA EL DESARROLLO. (2017). Carta Iberoamericana de Gobierno Electrónico. Aprobada por la IX Conferencia Iberoamericana de Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado. Chile. Disponible desde: <https://clad.org/wp-content/uploads/2020/07/Carta-Iberoamericana-de-Gobierno-Electronico.pdf>
- LAYNE, K., & LEE, Y. (2001). Developing fully functional E-government: A four stage model. Disponible desde: <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0740624X01000661>
- MADHAVAN, N. (2011). Is Internet Democracy under Threat in India? *Hindustan Times*
- EGUINO, H et al. (2018). Municipios y gobierno digital Situación y buenas prácticas en la Red Mercociudades. Banco Interamericano de Desarrollo. Disponible desde: <https://publications.iadb.org/en/municipios-y-gobierno-digital-situacion-y-buenas-practicas-en-la-red-mercociudades>
- MARGOLIS, M. & MORENO-RIAÑO. (2016). Prospect of the Internet Democracy. United States of America.
- PRESIDENCIA DEL CONSEJO DE MINISTROS. (2011). Decreto Supremo N° 066-2011-PCM. Aprueban el “Plan de Desarrollo de la Sociedad de la Información en el Perú - La Agenda Digital Peruana 2.0”. Perú. Disponible desde: [https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/357112/DS\\_066-2011.pdf](https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/357112/DS_066-2011.pdf)
- LEGUA, P. (2022). Implementación de la Notificación Electrónica en los Procedimientos Administrativos de la Municipalidad Distrital de Chaviña, 2020. Universidad Privada San Juan Bautista. Disponible desde: <http://repositorio.upsjb.edu.pe/handle/upsjb/3802>
- CHUCO, V. (2021). La brecha digital en el Perú como problema educativo y social. *Rev. Hacedor*. Julio – diciembre 2021. Vol. 5/N° 2, pp.19-32 –

ISSN: 2520 - 0747, versión electrónica. Disponible desde: <https://doi.org/10.26495/rch.v5i2.1924>

- SIMÓN, W. (2018). Gobierno Electrónico y su Influencia en la Gestión Pública de la Municipalidad Distrital de Yanacancha - Pasco, 2016. Universidad Nacional Daniel Alcides Carrión. Perú Disponible desde: [http://repositorio.undac.edu.pe/bitstream/undac/978/1/To26\\_04072772\\_M.pdf](http://repositorio.undac.edu.pe/bitstream/undac/978/1/To26_04072772_M.pdf)
- UNICEF (2022). Resumen ejecutivo Resultados del “Estudio exploratorio sobre brechas digitales de género en población adolescente en Perú”. Hiper Derecho Tecnología como Libertad. Disponible desde: <https://www.unicef.org/peru/informes/estudio-exploratorio-sobre-brechas-digitales-de-genero-en-poblacion-adolescente-en-peru>



# EVOLUCIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Luis Corrales Dolmos

## I. INTRODUCCIÓN

Al abordar algunos aspectos del derecho administrativo, por lo general se analizan los grandes temas que conforman su objeto; por ejemplo: la organización administrativa, los actos y los contratos administrativos, el régimen de la función pública, el régimen de los bienes del Estado, la responsabilidad de las personas públicas, los servicios públicos, entre otros. No obstante, son escasas las veces en las cuales se analiza o se plantea los tópicos base del derecho administrativo, y que son parte de su fundamento y su razón de ser.

En esta misma línea de razonamiento, en pocas ocasiones se ha analizado y resuelto a las interrogantes relacionadas con la razón o el origen de su existencia, siendo estas cuestiones fundamentales para el sentido y el contenido del derecho administrativo. Por lo tanto, en el presente ensayo se propone presentar y precisar las circunstancias que dieron lugar a su nacimiento, para luego describir el auge que tuvo siguiendo a la doctrina jurídica propia de cada país, hasta consolidarse el día de hoy como una de las más recientes y novedosas ramas del derecho. Así pues, se abordará la evolución del derecho administrativo, persiguiendo el objetivo de comprender mejor su existencia y su objeto.

Antes de señalar los hechos históricos que fueron el contexto esencial para el desarrollo del derecho administrativo, se ha visto por conveniente determinar primero el concepto mismo de esta rama como tal. De esta manera, se tienen diversas acepciones del término. Algunos autores señalan que “es el conjunto de reglas relativas a la organización y al funcionamiento de los servicios públicos y a las relaciones de éstos con los particulares”. Por su parte, otros indican que “es la rama del derecho público interno, constituido por el conjunto de estructuras

---

1 Gordillo, Agustín A., *Tratado de Derecho Administrativo*, 5ª ed. Astrea; Buenos Aires, F.D.A., 2013, p. 227-229.

y principios doctrinales, y por las normas que regulan las actividades directas o indirectas, de la administración pública como órgano del poder ejecutivo federal, la organización, funcionamiento y control de la cosa pública; sus relaciones con los particulares, los servicios públicos y demás actividades estatales”<sup>2</sup>. A su vez, también se afirma que “el derecho administrativo regula a la función administrativa. Analizando este concepto decimos que el Derecho Administrativo es la rama del derecho público interno que determina la organización y funcionamiento de la administración pública, tanto centralizada como paraestatal”<sup>3</sup>. Todas estas definiciones explican en síntesis que el derecho administrativo es el conjunto de normas, principios y preceptos que regulan la administración pública, constituyendo un subsistema jurídico autónomo.

Ahora bien, es necesario precisar el momento en el cual existe derecho administrativo. Al respecto, es posible afirmar, como bien señaló Georges Vedel que “todo país civilizado poseería un derecho administrativo, puesto que necesariamente posee un conjunto de normas que rigen la acción de la administración”<sup>4</sup>. Sin embargo, como el mismo autor y otros lo respaldan, no existe derecho administrativo mientras dicho conjunto de normas no sea esencialmente distinto del que se aplica a las relaciones entre particulares, y que dichas reglas no presenten un carácter de obligatoriedad para los gobernantes. En otras palabras, sólo puede afirmarse que existe derecho administrativo en un Estado, cuando ese conjunto de normas reguladoras de la organización y la actividad administrativa son obligatorias para las autoridades y conforman un cuerpo coherente y sistemático. Esto es lo que fundamenta la existencia de una rama especializada del derecho, autónoma y distinta de las ramas jurídicas tradicionales, como el derecho civil, el penal, el comercial, el judicial, entre otras.

Bajo este planteamiento de ideas, se identifica así tres grandes etapas en la evolución del derecho administrativo. La primera fase está relacionada con la concepción incipiente del derecho administrativo, y es lo que se denomina antecedentes remotos, los cuales estarían presente incluso desde el derecho romano, puesto que en la época de dicho imperio ya existían instituciones públicas que requerían de algún mínimo de normas para regular su funcionamiento. La segunda etapa está propiamente referida al nacimiento del derecho administrativo, puesto que a decir mayoritaria de la doctrina esta rama es una creación moderna relativamente reciente, y abarca desde el siglo XVIII, teniendo como

---

2 Langrod, Georges, *Tratado de la Ciencia Administrativa*, Escuela nacional de Administración pública, 1973, Madrid España, 4ª edición, p. 135.

3 Garrido Falla, Fernando, *Sobre el Derecho Administrativo y sus Ideas Cardinales, Revolución Administrativa*. Ed. Púb. Madrid, p. 178.

4 Vedel, Georges, *Derecho administrativo*, Madrid, Biblioteca Jurídica Aguilar, 1980, p. 40.

hito histórico a la Revolución Francesa, hasta la última parte del siglo XIX, y se denomina la formación del derecho administrativo. Por último, la tercera fase transcurre desde la última parte del siglo XIX hasta nuestros días, la cual es la etapa de consolidación de esa rama del derecho.

## II. ANTECEDENTES REMOTOS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

En su grado más extremo, hay una tendencia que defiende la existencia de hechos y normas jurídicas de contenido materialmente administrativo desde las civilizaciones antiguas. Esta postura fija los orígenes del Derecho Administrativo desde el instante mismo que aparece la necesidad y se materializa el manejo (que actualmente es definido como tal) administrativo de la comunidad políticamente organizada. Esto es lo que construye el puente de esos orígenes desde el surgimiento de las primeras formaciones estatales en la antigüedad hasta la actualidad.

Para verificar la validez de esta postura, es necesario reconsiderar el punto de partida que se adopta sobre el Derecho Administrativo, pues si se entiende como tal a un subsistema dentro del ordenamiento jurídico, para hablar propiamente de él no basta tener o ubicar vestigios de un sistema que actualmente se pueda identificar como administrativo y de un funcionamiento de esa índole, ni la presencia de ciertas normas que se refieran a ello. Sino que tal aparato y tal funcionamiento deben tomar cuerpos propios dentro del universo organizado y funcional dentro del cual están inscritos, asimismo deben marcar un espacio singularizado de relaciones sociales y deben operarse sobre exigencias de sometimiento a un orden normativo que resulte especialmente aplicable a ellos. Mientras no haya eso, quizás se pueda considerar, gracias a la mirada que brinda el moderno arsenal de conocimiento que se ha construido por el Derecho Público, que son normas relativas a una realidad materialmente administrativa, pero no de un Derecho Administrativo en un sentido estricto.

Por otro lado, existe otra tendencia que sostiene la existencia de un Derecho Administrativo en el marco del Derecho Romano; concluyendo que los antecedentes de los que surge están enmarcados político y jurídicamente en la vieja Roma, sea en su organización y funcionamiento administrativo. Desde el siglo XIX hasta la actualidad, esta postura ha sido defendida por algunos de los administrativistas; no obstante, solo se sostenido con afirmaciones y conclusiones precipitadas, en lugar de tener una adecuada demostración y desarrollo. Bien es cierto que los estudios y el desarrollo de los argumentos en torno al Derecho Administrativo Romano siguen siendo minoritarios y no cobran una fuerza aún decisiva entre los teóricos del Derecho de la Antigua Roma. El Estado de Policía marcó un origen de las técnicas, sobre todo con el Derecho regio que comenzó en el derecho romano. Se presentaron así, el principio de ejecutoriedad, la vía de

apremio para ejecutar créditos fiscales, la inderogabilidad singular de los reglamentos, el dominio público, la jerarquía, la competencia, entre otros<sup>5</sup>.

No hay duda que el Derecho Romano ha tenido gran influencia en las realidades y las instituciones jurídico-administrativas actuales, siendo vigentes evoluciones propiciadas por las condiciones socio-históricas que datan hasta la actualidad. Sin embargo, si lo que se busca es identificar bases originarias de un Derecho Administrativo en el sentido que se aprecia modernamente (como subsistema jurídico), aquellas realidades e instituciones acontecen en piezas tan aisladas que resulta complejo, e incluso forzado, acoplar allí la configuración y operatividad de ese subsistema, con todo lo que este último implica.

Dentro del pensamiento jurídico, es posible encontrar referencias a influencias o aportaciones de la organización y el funcionamiento de la vida administrativa de la Iglesia Católica como entidad, al proceso histórico de formación del Derecho Administrativo. Así pues, el Derecho Canónico y la administración de la Iglesia Católica han sido convocados, de una manera u otra, por un grupo de juristas como elementos que se incorporan dentro del contexto que ha tenido que ver con el surgimiento del Derecho Administrativo<sup>6</sup>; descubriendo otro de los puntos que contribuyen a colocar, por un sector doctrinal, el origen de ese subsistema jurídico en tiempo anterior a los días revolucionarios franceses de finales del siglo XVIII.

Este criterio se apoya en el indudable rol histórico de la Iglesia Católica a partir de la Edad Media y su continuidad como fenómeno social hasta hoy, su existencia y fortalecimiento, especialmente tras la reforma gregoriana, como realidad estructurada y funcional; siendo así una forma de organización y ejercicio de un poder espiritual sobre sus fieles, pero también de un poder terrenal tanto en lo político como en lo público, bajo la conducción del Papa. Además, la Iglesia Católica se convirtió en la expresión principal de unidad y orden frente a la segmentación europea que asoló masivamente durante la Edad Media, extendiendo su alcance e influencia más allá de las fronteras físicas en que se asentaban los poderes políticos de las comunidades o naciones europeas; hecho último que fue consolidado con la conquista e invasión a América. De este modo, las principales referencias que relacionan al Derecho Canónico con el Derecho Administrativo se han dado, sobre todo, cuando se toca el estudio particular de una cuestión o institución del Derecho Administrativo (por ejemplo, en cuestiones de nomenclatura, de organización, de bienes, entre otras) que ha podido

---

5 Cassagne, Juan C., *El Acto Administrativo*. Buenos Aires: Abelardo Perrot, 1981, p.190

6 Villar Palasí, José Luis, *Derecho Administrativo, Tomo I, Introducción y teoría de las normas*, Sección de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad de Madrid, Madrid, 1968, p. 122

tener antecedentes en el modo de ser y de hacer de la Iglesia Católica, como fenómeno organizado y de poder en la escena europea, luego de la caída del Imperio Romano de Occidente.

No obstante, ello no es suficiente como para sostener el origen canónico del Derecho Administrativo. Al final, los argumentos proveídos para sustanciar una idea como la de dicho origen, siguen en el orden de que pueden haberse seguido algunos elementos, pero no proveen un antecedente más abarcador como para situar allí el nacimiento de un subsistema jurídico, que en definitiva a lo que se debe referirse cuando se habla del origen del Derecho Administrativo. Es necesario tomar en cuenta también el fin diverso al que ha de servir el aparato administrativo de la Iglesia Católica y su ordenación jurídica en la era premoderna, en relación con el que modernamente determina a la Administración Pública, el funcionamiento administrativo y su marco jurídico.

Para terminar con este apartado, se procederá a hacer referencia a aquellas posturas que han colocado el origen del Derecho Administrativo en la etapa histórica anterior a la era moderna, ya señalando, para el caso europeo en concreto, al Antiguo Régimen, remontándose algo más adentro de la historia e identificando ese campo originario en la Edad Media. En el XIX, el jurista francés Alexis de Tocqueville, revisaba los aportes de la Revolución francesa y explicaba los fenómenos que fueron resultado de dicha revolución, cayendo en la cuenta que su existencia databa desde el Antiguo Régimen. Así, se refería específicamente a cuestiones como: la centralización, la tutela administrativa, la justicia administrativa, la garantía de los funcionarios<sup>7</sup>, siendo estos aspectos estos que se contaban en la base originaria del Derecho Administrativo. Del mismo modo, Rodolphe Dareste<sup>8</sup> fue una de las primeras voces que, en Francia, lanzó con fuerza la crítica a la concepción clásica sobre el origen del Derecho Administrativo, descalificando que su surgimiento tuviera lugar solo a partir de la obra política jurídica de la Revolución francesa, y sustentando la convicción de que ya desde el Antiguo Régimen puede constatarse su existencia y que sus inicios provienen entonces de ese periodo más antiguo. Dareste establecía y explicaba los orígenes en tiempos medievales, y su posterior evolución, de las estructuras que representaban y asumían esa justicia administrativa, así como su funcionamiento, remontándose a la época del rey San Luis, en pleno siglo XIII, y finalmente al Consejo de Estado que no era sino el medieval Consejo del Rey (Consejo Real)<sup>9</sup> y que

---

7 De Tocqueville, Alexis, *El Antiguo Régimen y la Revolución*, Traducción de Jorge Ferreiro, 1era edición en español, Fondo de Cultura Económica, S.A., México D.F., 1996, especialmente el «Libro Segundo», p. 109.

8 Dareste Rodolphe, *La Justice Administrative en France ou Traité du contentieux de l'administration*, Auguste Durand, Libraire-Éditeur, Paris, 1862 (reimpresión 2012), p. 612.

9 Dareste, Rodolphe, *La Justice Administrative en France...*, ob. cit., p. 1.

ya para fines del siglo XIII se separaba del Parlamento, y comenzaba a ocuparse de las cuestiones relativas a la administración y al gobierno<sup>10</sup>.

Por lo tanto, el Derecho Administrativo sería el resultado de una larga evolución, y no se trata de un fenómeno de aparición cercana en el tiempo (siglo XIX); ni mucho menos un fenómeno facturado bajo los auspicios del liberalismo burgués, sin vínculos con el pasado. Antes bien, resulta una pieza jurídica cuyo boceto ya está contorneado desde «viejos tiempos», solo que luego de la Revolución francesa entraría en una nueva fase evolutiva, cualitativamente diferente, al de las realidades que se iban asentando. Visto así, el Derecho Administrativo como subsistema jurídico no sería un cosmos sin raíces previas a los finales del siglo XVIII, sino que estas han aparecido en el Antiguo Régimen y vienen formando parte de la cultura político-jurídica sobre la que se erigen las nuevas aspiraciones que triunfan con revoluciones como la francesa de 1789. De este modo, la clave para apoyar o no la certeza de una tesis como esta, es ver la «profundidad y fortaleza», cualitativa y cuantitativamente consideradas, de las «raíces» que se le fijan al Derecho Administrativo (en cuanto subsistema de Derecho autónomo) en el Antiguo Régimen, junto a la posibilidad de articulación en un subsistema normativo desde esa perspectiva.

### III. ETAPA DE FORMACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Ciertamente, el entusiasmo por fijar una fecha de nacimiento exacta del Derecho Administrativo, como lo ha dejado bien claro la doctrina más autorizada, no parece tener mucho sentido ya. Sin dudas, una obra como lo es actualmente el Derecho Administrativo se construye y se cimienta sobre la experiencia histórica, buscando negar y superar el pasado en lo que afecta la búsqueda de la plena realización humana bajo nuevos aires histórico-sociales. De todas formas, no cabe negar los antecedentes remotos de esta rama del derecho que datan desde las civilizaciones antiguas hasta el Antiguo Régimen, pasando por el derecho romano y el derecho canónico. Así pues, el origen y evolución del Derecho Administrativo como manifestación jurídica, no ha sido cosa de un día, ni de poco tiempo, sino que ha tomado siglos para su concretización como realidad jurídica; y para esa concretización ha hecho falta el tránsito evolutivo por varios contextos históricos (en tiempo y latitudes) y que se asienten el contexto en lo social, en lo político y en lo jurídico.

Dicho esto, se puede hablar del surgimiento del Derecho Administrativo, desde el momento en que puede apreciarse este como una realidad objetiva con rasgos característicos, dentro del Derecho; a partir de su emergencia como

---

<sup>10</sup> Dareste, Rodolphe, *La Justice Administrative en France...*, ob. cit., p. 58.

subsistema con identidad dentro de ese cosmos mayor que es el Derecho como sistema, sostenido en ciertos principios y valores, sustentado y articulado en unidad, y manifestado, a través de esos principios y valores, en normas, instituciones, técnicas y categorías. De tal suerte, no resulta complejo entender que el proceso de gestación del Derecho Administrativo no necesariamente arranca en los días fundacionales de la Revolución francesa, sino que debe ser entendido como anterior, por el simple hecho de que esa es una conclusión coherente con el sentido histórico que marca el fenómeno jurídico, y con la historicidad que impregna al mismo Derecho Administrativo como producto social.

Sin embargo, es a partir de las consecuencias político-jurídicas que proyecta ese movimiento revolucionario y los acontecimientos que le sobrevienen hasta la era napoleónica, cuando comienza a cobrar cuerpo y sustancia visible, de una vez, un sector de la realidad jurídica que ha de tener como objeto específico a la Administración Pública y al funcionamiento administrativo; y va a marcarse así una distinción conceptual y práctica entre aquellas relaciones jurídicas que involucra dicho sector y otras que tienen lugar dentro del mismo marco de interacción social y que el Derecho también ha de alcanzar. Por supuesto, que esto se dará en un proceso gradual que tiene en ese momento al que se refiere, con el objetivo de entender el subsistema jurídico administrativo tal y como se hace actualmente, su etapa inicial más decisiva.

De este modo, puede afirmarse que la filosofía política y la concepción del Estado que se impusieron con la Revolución Francesa, de 1789, es la fuente próxima del derecho administrativo. En ese sentido, el concepto de Estado de derecho, siendo uno de los principios rectores de esa Revolución fue, a su vez, el punto de partida de esa rama del derecho. En efecto, si el Estado de derecho traduce, básicamente, la concepción de que las normas jurídicas son obligatorias no sólo para los gobernados o súbditos de un Estado, sino para los gobernantes del mismo, ello quiere decir que las diferentes actividades del Estado, entre ellas la administrativa, estarán sometidas a unas reglas jurídicas. Sin embargo, el sometimiento de las autoridades a unas normas jurídicas no implica necesariamente la aparición y existencia del derecho administrativo pues, como lo ha mostrado la evolución histórica, para que pueda afirmarse la existencia de esa rama del derecho en un Estado determinado, se requiere que esas normas constituyan un cuerpo especial y diferente de las que regulan la actividad de los gobernados, es decir, de los llamados “particulares”.

En este orden de ideas, el derecho administrativo, como rama especializada del derecho y subsistema jurídico autónomo, tiene su nacimiento en el derecho francés, originado en la Revolución Francesa de 1789 y producto de una evolución progresiva que fue consolidando dicha concepción.

Los hombres de la revolución tuvieron un especial temor frente a los jueces ya que se habían convertido en un obstáculo para la aplicación de las políticas del rey, cuando estaban en desacuerdo con ellas. Por ello, temían que los jueces de la época posrevolucionaria aplicaran la misma estrategia cuando estuvieran en desacuerdo con las decisiones de los nuevos gobernantes. Para enfrentar ese temor adoptaron una decisión contradictoria con la filosofía revolucionaria, de modo que se prohibió a los jueces inmiscuirse en los asuntos de la administración, con lo cual en la práctica esta última quedaba sin control, situación que afectaba gravemente la concepción del Estado de derecho en la medida de que el principio consistente en que los gobernantes estaban sometidos al ordenamiento jurídico quedaba en la realidad como un simple postulado teórico, sin significado práctico.

Esta prohibición fue expresamente consagrada en la ley de 16-24 de agosto de 1790, en la cual se estableció que “las funciones judiciales son y continuarán siendo separadas de las funciones administrativas. Los jueces no podrán, bajo pena de prevaricato, inmiscuirse de manera alguna en las operaciones de los cuerpos administrativos, ni citar ante ellos a los funcionarios de la administración por razón de sus funciones”. Este principio fue elevado a categoría constitucional mediante el artículo 30. de la Constitución francesa de 1791, el cual determinó expresamente que “los tribunales no pueden inmiscuirse en el ejercicio del poder legislativo, o suspender la ejecución de las leyes, ni en las funciones administrativas, o citar ante ellos a los funcionarios de la administración por razón de sus funciones”.

Para resolver esa contradicción, los mismos hombres de la revolución idearon el mecanismo de la administración-juez, consistente en que las eventuales reclamaciones contra la administración debían ser presentadas ante ella misma y resueltas por el jefe del ejecutivo, solución que, sin duda, debilitaba la filosofía de la sumisión de los gobernantes a la ley. Esta solución se vio complementada por una medida práctica ideada por los nuevos gobernantes, consistente en la creación de un órgano especial, denominado Consejo de Estado que, con alguna semejanza al Consejo del Rey existente en la época monárquica anterior, debía servir de asesor del ejecutivo en diversos aspectos, como los de redactar los proyectos de ley y de reglamentaciones administrativas y “resolver las dificultades que se presenten en materia administrativa”<sup>11</sup>. La segunda de las funciones citadas, dado el carácter simplemente asesor del Consejo de Estado, se tradujo en que este órgano estudiaba las reclamaciones que fueran presentadas por los ciudadanos contra la administración del Estado y proponía al jefe del ejecutivo la

---

11 Artículo 52 de la Constitución francesa de 1799.

decisión que las resolviera. Por la misma época se crearon en los departamentos los Consejos de Prefectura con la función de asesorar al prefecto, en la misma forma que el Consejo de Estado lo hacía respecto del ejecutivo nacional<sup>12</sup>. Se habló entonces de la “justicia retenida”, para indicar que, en materia de reclamaciones contra la administración, el jefe del ejecutivo se reservaba el poder de resolverlas, a pesar de que el estudio de las mismas estuviera a cargo de un órgano asesor.

Paradójicamente, esta debilidad inicial en la aplicación de la concepción del Estado de derecho, se convirtió con el tiempo en la fuente real del nuevo derecho para la administración pública por varias razones. En primer lugar, porque en 1806 se creó dentro del Consejo de Estado una comisión contenciosa a fin de separar la asesoría en materia de conflictos de todos los demás aspectos de que conocía ese organismo, de tal manera que se produjo una especialización por parte de quienes componían dicha comisión<sup>13</sup>. En segundo lugar, porque el jefe del ejecutivo, agobiado por las múltiples tareas estatales, progresivamente depositaba su confianza en el buen juicio de su órgano asesor, y se limitaba a firmar las soluciones a los conflictos que el Consejo de Estado le proponía.

Paralelamente, la sociedad francesa fue comprendiendo y reconociendo la seriedad e imparcialidad con la que el Consejo de Estado ejercía su función asesora, hasta el punto de que, a pesar de que la justicia administrativa continuaba retenida en manos del jefe del ejecutivo, empezó a considerarse que en la práctica quien administraba justicia era el Consejo de Estado, pues si bien formalmente no tenía el poder de decidir, en la realidad sus puntos de vista eran los que se imponían<sup>14</sup>. A su vez, el Consejo de Estado fue consolidando su prestigio y desarrolló su labor con sentido creativo, en aras de equilibrar el poder de la administración con los derechos de los ciudadanos, a través de decisiones que no siempre correspondían a la aplicación de soluciones tradicionales, sino que, en ocasiones, implicaban la adopción de principios especiales por tratarse de la solución de conflictos entre el Estado y sus ciudadanos.

Todo lo anterior trajo como consecuencia que mediante la ley del 24 de mayo de 1872 se reconociera al Consejo de Estado carácter jurisdiccional, al otorgarle competencias como juez de la administración para algunos asuntos y no ya como simple cuerpo asesor, de tal manera que comenzó el abandono de la concepción de la administración-juez y de la justicia retenida para abrir la época de la justicia-delegada, en el sentido de que ya no era el jefe del ejecutivo quien adop-

---

12 Cienfuegos Salgado, David, *Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruiz. Derecho administrativo*, México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016, p. 297.

13 Cienfuegos Salgado, David, *Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruiz*, ob. cit. p. 298.

14 Cienfuegos Salgado, David, *Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruiz*, ob. cit. p. 299.

taba las decisiones, sino que ellas eran tomadas directamente por el Consejo de Estado, “en nombre del pueblo”<sup>15</sup>. Además, se creó el Tribunal de Conflictos para resolver las dudas que se presentaran en relación con la competencia entre los tribunales comunes y los tribunales administrativos. Con todo ello apareció el sistema de dualidad de jurisdicciones, consistente en que la administración de justicia quedaba en manos de dos órdenes jurisdiccionales diferentes: la jurisdicción común, encargada de resolver las controversias entre particulares, y la jurisdicción administrativa, competente para resolver las controversias en que fuera parte la administración pública.

En esa época también se produjo uno de los hitos más importantes en la formación del derecho administrativo, con el famoso Fallo Blanco, proferido por el Tribunal de Conflictos francés en 1873, que se constituyó en el símbolo del nacimiento de esta rama jurídica, por cuanto en él, si bien no por primera vez ni como principio general, pero sí de la manera más clara y expresa, se consagró el principio consistente en que la actividad de la administración debe regirse por normas y principios especiales diferentes de los aplicables a las relaciones entre los particulares, afirmación que constituye la base de la existencia del derecho administrativo<sup>16</sup>.

Puede decirse que esta etapa termina con la expedición del Fallo Cadot, de 1889, mediante el cual el propio Consejo de Estado consolidó su carácter de juez de la administración, al expresar que, no obstante que la ley le reconocía ese carácter sólo para resolver directamente algunos asuntos específicos, él era el juez común en materia de controversias de la administración, es decir, que su competencia era general.

#### **IV. ETAPA DE CONSOLIDACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO**

A partir del reconocimiento de la necesidad de un régimen jurídico especial para regular los asuntos propios de la administración del Estado, ese nuevo derecho, llamado derecho administrativo, fue consolidándose progresivamente, de manera especial por la labor jurisprudencial del Consejo de Estado francés. Fue así como esa labor jurisprudencial fue creando principios propios para regular la actividad administrativa, que progresivamente fueron dando lugar a la aparición de reglas y normas que fueron conformando un cuerpo sistemático que permitió que la idea original se consolidara en el tiempo y diera lugar a la existencia de una verdadera rama del derecho, diferente de las ramas tradicionales, siendo a su vez un subsistema jurídico autónomo<sup>17</sup>.

---

15 Cienfuegos Salgado, David, *Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruiz*, ob. cit. p. 300.

16 Long, M., et al., *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 11a. ed., París, Dalloz, 1996, p. 1.

17 Sánchez Miguel, Morón, *Derecho Administrativo Parte General*, 2a ed., Madrid: España, 2015, p. 41

Entre esos principios propios, pueden destacarse tres bases principales, a decir de cierto autor argentino<sup>18</sup>:

- a. El Principio de Legalidad: Con el régimen del Estado de Derecho, el Derecho preexiste a la actuación de la Administración y su actividad se subordina al Ordenamiento Jurídico. De esta manera, la Administración ha de actuar conforme al Ordenamiento Constitucional y Legal y los administrados no pueden ser obligados a hacer lo que la ley no dice, ni impedidos de hacer lo que ella no prohíbe. Surge el Derecho Público subjetivo, mediante el cual se le otorga facultades al individuo para que pueda exigir determinadas conductas de parte de la Administración.
- b. El Principio de Separación de Poderes: Es cierto que, materialmente, las funciones se encuentran entremezcladas en los órganos, pero cada órgano tiene «una zona de reserva» inherente a su naturaleza orgánica y constitucional.
- c. El Principio de Subsidiariedad: La Administración suple a la sociedad en aquellos casos de ausencia o insuficiencia de la iniciativa privada, cuando fuere necesario para la satisfacción del bien común, justificando así su intervención. Se busca la satisfacción armónica del interés individual y del interés de la comunidad.

La consolidación del concepto de derecho administrativo en Francia, como un derecho especial y autónomo para la administración del Estado, se vio reforzada por la adopción de esa misma concepción en un buen número de otros países, que a partir de la misma filosofía fueron reconociendo y aplicando ese nuevo derecho, aunque, como es obvio y en diferente medida, con las particularidades propias que han impuesto las necesidades y conveniencias de cada uno de ellos.

A este respecto, constituyen valiosos aportes varios artículos publicados por el profesor francés Jean Rivero, quien además de haber sido uno de los más eminentes administrativistas durante la segunda mitad del siglo XX, se caracterizó por su honda preocupación por el derecho público comparado y por la reflexión filosófica e histórica alrededor de estos temas. Así, el lector podrá recrearse con las magníficas piezas contenidas en los artículos titulados “Droit administratif français et droits administratifs étrangers”<sup>19</sup> y “El derecho administrativo francés en el mundo”<sup>20</sup>, en las cuales, desprovisto, como era su personalidad, de la

---

18 Cassagne, Juan C., ob. cit., p.197-202

19 Jean Rivero, “Droit administratif français et droits administratifs étrangers”, Pages de doctrine, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1980, t. II, pp. 475 y ss. Versión en español en Rivero, Jean, Páginas de derecho administrativo, Bogotá, Temis, 2002, p. 121

20 Jean Rivero, “El derecho administrativo francés en el mundo”, Estudios y documentos. La jurisdicción contencioso-administrativa máxima expresión de garantía ciudadana, Bogotá, 1980. Además, en Jean Rivero, Páginas de derecho administrativo, cit., p. 221

arrogancia que en estos temas se atribuye a los franceses y, por el contrario, haciendo gala del rigor reflexivo y de la exquisita prosa que lo caracterizaban, muestra tanto la influencia que ha ejercido el derecho administrativo francés en el derecho de otros países, como los aportes que ha recibido.

Además, el mismo autor hizo en su momento una importante reflexión sobre el tema más general de “Los fenómenos de imitación de los modelos extranjeros en derecho administrativo”<sup>21</sup>, en la cual muestra ya no sólo la influencia del derecho francés en otros derechos nacionales, sino las bondades, limitaciones e inconveniencias que la imitación produce en este campo. De otro lado, es destacar, como lo hace especialmente el estudio del autor Guy Braibant<sup>22</sup>, que la existencia del derecho administrativo en un país determinado no está necesariamente ligada a la existencia de una jurisdicción administrativa especial, pues muchos de los países que han adoptado la concepción de un derecho administrativo especial, lo aplican dentro de la concepción de unidad de jurisdicción, que implica la existencia de una organización judicial única, ya sea con la existencia de jueces especializados a su interior o sin esa existencia.

Al respecto, si tomamos como referencia el estudio citado, han adoptado este sistema no sólo desde el punto de vista de la existencia de un derecho especial sino también de una jurisdicción especial administrativa, los siguientes países, sin que se trate de una numeración taxativa: Suecia, Finlandia, Austria, Portugal, Uruguay, Luxemburgo, Alemania, Túnez, Italia, Bélgica, los Países Bajos, Grecia, Colombia, Líbano, Egipto, Turquía y Tailandia<sup>23</sup>.

No obstante, a los países citados deben agregarse todos aquellos que, si bien tienen una organización jurisdiccional monista, es decir, unidad de jurisdicción, han creado salas especializadas dentro de las cortes o aun cortes especializadas para resolver controversias en las cuales la administración es parte. Ello implica, en mayor o menor medida, el reconocimiento del concepto de derecho administrativo como régimen jurídico especial para la administración pública. Entre esos países el mencionado autor cita los siguientes: China, diversos países de África, Hungría, España, Suiza, Venezuela, México, Indonesia, Polonia. Inclusive, el mismo autor hace notar que, aun dentro de los países del common wealth, como en el caso de Australia, y en Estados Unidos, existen ejemplos de cortes

---

21 Jean Rivero, “*Les phénomènes d’imitation des modèles étrangers en droit administratif*”, Pages de doctrine, op. cit., nota 9, t. II, pp. 459 y ss. Versión en español en Jean Rivero, Páginas de derecho administrativo, cit., p. 135

22 Braibant, Guy, “*La jurisdicción administrativa en derecho comparado*”, Deuxième centenaire du Conseil d’État, vol. II, número especial de La Revue Administrative, Presses Universitaires de France, 2001, pp. 381 y ss. Una versión latinoamericana de este estudio en Historia y perspectivas de la jurisdicción administrativa en Francia y en América Latina, Memorias del Coloquio conmemorativo del bicentenario del Consejo de Estado francés, Bogotá, Temis, 1999, p. 335

23 Braibant, Guy, op. cit., p. 339

especializadas en asuntos de la administración pública, lo cual deja ver que, así sea con carácter excepcional, la filosofía del régimen especial para la administración también tiene cabida dentro de los países que han sido tradicionalmente reticentes al reconocimiento de un derecho administrativo como rama autónoma del derecho. Esta apreciación tiene cierta significación aun en el caso de Inglaterra, el país más reticente al reconocimiento del derecho administrativo, con la existencia de las que Braibant denomina cuasi jurisdicciones, como son los administrativos tribunals, que, si bien son parte de la administración y no órganos judiciales, expresan, de alguna manera, la necesidad de tener órganos especiales para resolver las controversias de la administración.

## V. CONCLUSIONES

Al final del ensayo se llegó a las siguientes conclusiones:

1. Existieron antecedentes remotos de un derecho administrativo, los cuales datan de la antigüedad, pasan por el derecho romano y el derecho canónico y desembocan en el Antiguo Régimen. No obstante, bajo un punto de vista conceptual, el nacimiento del derecho administrativo, como rama especializada del derecho y subsistema jurídico autónomo, se encuentra enmarcado en el concepto de Estado de derecho, originario de la Revolución Francesa de 1789.
2. En ese momento, empezó la evolución del derecho administrativo como tal, siendo un proceso histórico que, de manera progresiva, estableció y sentó los principios y las reglas especiales que actualmente conforman dicha disciplina en los diversos países del mundo.
3. En esa evolución, la jurisdicción especializada que surgió en Francia estableció los grandes principios para la existencia del derecho administrativo. Además, como frecuentemente señala la doctrina, la formación del derecho administrativo en Francia tuvo su origen en un hecho histórico, a saber, la desconfianza de los hombres de la Revolución frente a los jueces de la época. Sin embargo, posteriormente consolidó su justificación por la existencia efectiva de una disciplina del derecho nueva y autónoma, conformada por reglas y principios propios.
4. Los diversos países del mundo que han adoptado la concepción contemporánea del derecho administrativo han consolidado su rama del derecho con rasgos propios adaptándola a sus necesidades y conveniencias específicas, con mayor o menor influencia o autonomía, según el caso; todo ello tomando en consideración el modelo francés.



## **GALERÍA DE FOTOS**

**Resumen de Actividades  
del Ilustre Colegio de Abogados  
de Lima Sur**





*El sábado 14 de enero se realizó la entrega de resoluciones y certificados de reconocimiento y agradecimiento a los abogados y abogadas que participan en los consultorios jurídicos gratuitos de nuestra Orden Gremial ubicados dentro de la Corte Superior de Justicia de Lima Sur. Asimismo, se aprovechó en pasar un momento de compartir y coordinación.*



*El director de la Escuela de Infantería del Ejército Peruano, invito a participar en la ceremonia de izamiento del Pabellón Nacional en el Patio de Honor del Comando de Educación y Doctrina del Ejército a la Señorita Decana de nuestra Orden Gremial. Asimismo, se aprovechó en coordinar posibles convenios entre ambas instituciones.*



*El pasado lunes 27 de febrero se suscribió el convenio con el Jurado Nacional de Elecciones, el cual permitirá acceder a los cursos, maestrías y otras especialidades organizadas por la Escuela Electoral y de Gobernabilidad, asimismo, organizar de manera conjunta eventos académicos en materia electoral.*



*La Señorita Decana del Ilustre Colegio de Abogados de Lima Sur realizó la visita protocolar al Presidente de la Corte Superior de Justicia de Lima Sur, en dónde ambas instituciones se comprometieron a continuar trabajando por el bien de la sociedad de Lima Sur, asimismo, a realizar capacitaciones para el personal de dicha corte y agremiados de la Orden.*



*El Ilustre Colegio de Abogados de Lima Sur sigue entregando los presentes navideños a los agremiados que se encuentran en la condición de activos.*



*Por encontramos conmemorando el mes del día del Padre, el sábado 25 de junio se realizó el Campeonato Relámpago de Fulbito, en dónde participaron abogados de la Orden, demostrando compañerismo y ánimo competitivo. Todos compartimos una mañana deportiva.*



*Por segundo día acompañamos a la presidenta de la Corte Superior de Justicia de Lima Sur al establecimiento penitenciario de mujeres de Chorrillos, en dónde nuestros Abogados brindaron orientación legal gratuita.*



*Conjuntamente con la Corte Superior de Justicia de Lima Sur y el Instituto Nacional Penitenciario INPE asistimos al Establecimiento Penitenciario Anexo de Mujeres de Chorrillos, para brindar asesoría legal gratuita a las internas. Agradecemos la participación de los abogados de nuestra Orden que desinteresadamente nos acompañaron.*



Por el Día de la Madre nos encontramos entregando los presentes para tan maravilloso ser.



Incorporación como miembro honorario e imposición de la máxima distinción a la Señora Rectora de la Universidad Mayor de San Marcos.



Por conmemorarse nuestro décimo segundo aniversario institucional, los abogados y abogadas del Ilustre Colegio de Abogados de Lima Sur compartieron una noche de alegría y diversión en la fiesta de gala, llevada a cabo el sábado 15 de abril en el Club Aeronáutico del Perú.





*El pasado 28 de abril en visita protocolar al Dr. Eugenio Ribón Decano del Ilustre Colegio de la Abogacía de Madrid nuestra Decana la Dra. María Antonieta Sánchez García coordinó la posibilidad de suscribir convenios entre ambas instituciones, en donde nuestros agremiados puedan conocer y acceder a los servicios académicos de dicha Orden Gremial Española. La Decana entregó un ejemplar de la Revista del Foro CAL SUR y un ejemplar del libro de su autoría titulado El derecho del consumidor: Una perspectiva comparada entre Perú y España. Asimismo, se incorporó como miembro honorario al Decano del Ilustre Colegio de la Abogacía de Madrid imponiéndole también la medalla Francisco García Calderón y Landa.*



*En nuestro local institucional,  
se realizó la sesión solemne por el XII Aniversario  
de creación del Ilustre Colegio de Abogados de Lima Sur,  
contando con la presencia del Dr. Marco Antonio Angulo Morales  
Presidente de la Corte Superior de Justicia de Lima Sur, con  
el Dr. Omar Tello Rosales Presidente de la Junta de Fiscales  
Ministerio Público - Distrito Fiscal de Lima Sur, con  
el Dr. Eberth Mendoza Neira Director de la Defensa Pública y Acceso  
a la Justicia del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Perú,  
asimismo, nos acompañó el Dr. Vicente Paul Espinoza Santillan  
representante de los abogados ante el Consejo Ejecutivo  
del Poder Judicial, como también las autoridades  
de nuestra Orden Gremial y agremiados.*



*El Ilustre Colegio de Abogados de Lima Sur incorporó como miembro Honorario al Dr. Angel Atilio Bruno, presidente de la Federación Interamericana de Abogados - FIA.*

**MOTIVENSA**  
Editora Jurídica

Este libro se terminó  
de imprimir en Mayo de 2023  
☎ 999-022-815  
[www.motivensa.com](http://www.motivensa.com)  
[ventas@motivensa.com.pe](mailto:ventas@motivensa.com.pe)

**LIMA - PERÚ**