

Ilustre Colegio de Abogados de Lima Sur



REVISTA DEL FORO

Año MMXVII

Números 6 y 7

Agosto 2018
Villa María del Triunfo. Lima - Perú

REVISTA DEL FORO

Números 6 y 7

ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE LIMA SUR

© MOTIVENSA SRL

Editor:

MOTIVENSA SRL

Calle Pablo Bermúdez 214 Of. 203 Jesús María Lima Perú

Teléfonos : 4237644, 7131090

E-mail : ventas@motivensa.com

Web : www.motivensa.com

Diseño Gráfico y Diagramación:

Mario Domínguez Olaya

Impresor:

Karter Graf SRL

Jr. Pastaza 1436 Breña - Lima

Telf. 426-1727

1ra. Edición año 2018

N° de Ejemplares : 1000 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
2018 - 2019

VICENTE PAÚL ESPINOZA SANTILLÁN
Decano

JESÚS ANTONIO RIVERA ORÉ
Vice Decano

LUIS ERICK SIERRA YUPANQUI
Secretario General

JENNY CADENAS QUISPE
Directora de Economía

FELIPE VILLACORTA USCA
Director de Defensa Gremial

RUT HUAMAN CORONEL
Directora Académica

ERASMO REYNA ALCANTARA
Director de Derechos Humanos

MARÍA ANTONIETA SÁNCHEZ GARCÍA
Directora de Ética Profesional

JULIO ALVA PARI
Director de Comisiones y Consultas

ROLANDO CHIARA GALVAN
Director de Informática y Com.

JAIME HERRERA JAVO
Director de Ext. Social y Participación

LUIS CORRALES DOLMOS
Director de Biblioteca

MARGOTH ALARCON SILVERA
Directora de Bienestar Social

Señores miembros de la Orden:

Es especialmente grato presentar a la comunidad jurídica nacional e internacional el sexto y séptimo número de la Revista del Foro del Ilustre Colegio de Abogados de Lima Sur.

Resulta necesario señalar que desde la primera publicación de la Revista del Foro en el año 2013, esta se ha caracterizado por contar con la rigurosidad y preparación esforzada digna de un trabajo intelectual de alta calidad, siendo que en las distintas ediciones de nuestra Revista, han colaborado ilustres personalidades del Foro, así como reconocidos juristas de talla internacional.

En las diferentes ediciones han escrito los doctores: Ricardo Luis Lorenzetti (Argentina), Carlos Parma (Argentina), Gustavo Ordiqui Castilla (Uruguay), Máximo Carbajal Contreras (México), María Teresa Díaz Aznarte (España), Juan Antonio Gómez García (España), Robert Alexy (Alemania).

Asimismo dentro de los juristas nacionales encontramos a los doctores: Felipe Osterling Parodi (+), Carlos Fernández Sessarego, Lorenzo Zolezzi Ibarcena, Juan Carlos Morón Urbina, Mario Castillo Freyre, Raúl Chaname Orbe, entre otros connotados juristas nacionales.

En esta sexta y séptima edición queremos agradecer el aporte desinteresado de los reconocidos juristas que nos han brindado su artículo o ensayo, para de este modo garantizar la permanente formación y actualización profesional de nuestros agremiados, por ello la Junta Directiva que me honro presidir brinda su reconocimiento a los doctores: Manuel Atienza Rodríguez (España), Graciela Cristina Ignacio (Argentina), María Juliana Jiménez Martínez (Colombia), Octavio Augusto Tejero Duque (Colombia), Manuel de Jesús Corado de Paz (México), y a nuestros juristas nacionales: Javier Arévalo Vela, Ramiro de Valdivia Cano, María Isabel Sokolich Alva, Benjamín Aguilar Llanos, Oscar Escate Cabrel, Reyler Rodríguez Chávez, Samuel Gálvez Troncos, y Abraham García Chávez.

También es necesario brindar un reconocimiento especial a nuestro Decano Fundador Dr. Jesús Antonio Rivera Oré, quien sentó las bases institucionales del Ilustre Colegio de Abogados de Lima Sur, y reconocer la labor efectuada por parte de nuestro Director de la Revista del Foro, y past Vicedecano de la Orden - Dr. Juan Carlos Centurión Portales.

Finalmente, la Junta Directiva y el suscrito, queremos agradecer al Dr. Marco Cerna Bazán –Presidente de la Corte Superior de Lima Sur, por el permanente apoyo en las actividades académicas que el Colegio desempeña en favor de sus agremiados.

La publicación de esta sexta y séptima edición de la Revista del Foro, es un homenaje para todas y todos los agremiados que con su esfuerzo desinteresado ayudan a consolidar la identidad institucional de nuestro amado Colegio.

Cordialmente,

Dr. Vicente Paúl Espinoza Santillán
Decano

Discurso de Juramentación para el Periodo 2018 -2019



Dr. Vicente Paúl Espinoza Santillán

Señor Doctor,
Estimados colegas,
Señoras y señores,
Amigos todos.

Es un honor dirigirme a tan importante auditorio, en primer lugar para agradecer al gran hacedor por la oportunidad de encontrarnos en esta ceremonia solemne de juramentación de la Junta Directiva que me digno presidir.

Quiero agradecer al Dr. Jesús Antonio Rivera Oré Past Decano y Decano fundador, por haberme brindado la oportunidad de integrar en tres periodos su Junta Directiva, primero como Director de Extensión Social y Participación, luego como Director de Comisiones y Consultas, y posteriormente como Secretario General.

Quiero agradecer el voto de confianza de los agremiados que nos han respaldado mayoritariamente este último 20 de enero, manifestándonos que juntos vamos a continuar construyendo y fortaleciendo la institucionalidad del Ilustre Colegio de Abogados de Lima Sur.

Nuestro Colegio de Abogados de Lima Sur es una institución joven, reconocida oficialmente por la Corte Superior de Justicia de Lima Sur el 05 de abril de 2011, van a ser siete años de crecimiento y posicionamiento en la jurisdicción de Lima Sur que como bien sabemos todos ahora incluye el distrito de Chorrillos y va hasta Pucusana, pasando por el distrito que hoy nos acoge.

Ya el Dr. Jesús Antonio Rivera Oré nos ha descrito los logros alcanzados por la gestión que nos tocó integrar, logros que van desde la afiliación del CALSUR

en la Federación Interamericana de Abogados –FIA, el convenio con la Universidad de Salamanca y la pasantía de nuestros agremiados, la primera promoción de egresados de la maestría en Derecho Penal y en Derecho Constitucional en convenio con la Universidad Alas Peruanas, los diversos cursos, diplomados y especializaciones efectuados por el CALSUR, entre otros logros, dentro de los cuales también destaca la creación de la primera Junta de Vigilancia que ahora está presidida por la Dra. Rosa Cabrera e integrada por la Dra. Cecilia Alegría.

Ahora asumimos el reto de encabezar una gestión que busca mantener y continuar lo que se ha hecho, y proyectar el Ilustre Colegio de Abogados de Lima Sur hacia el futuro, en nuestra Junta Directiva como todos ustedes lo saben nos acompaña nuestro Past Decano ahora como Vicedecano en funciones, cuya experiencia será fundamental para continuar la senda de crecimiento de nuestra institución, también con su experiencia nos acompaña el Dr. Erasmo Reyna –Past Viceministro de Justicia quien asume la responsabilidad de la Dirección de Derechos Humanos, así mismo nuestro equipo se encuentra integrado por jóvenes abogados como es el caso de nuestro Secretario General el Dr. Luis Erick Sierra, nuestra Directora de Economía, la Dra. Jenny Cadenas, nuestro Director de Ética, el Dr. Franklin Reyna, nuestra Directora de Bienestar Social la Dra. Margoth Alarcón, y nuestra Directora Académica la Dra. Rut Huamán, también nuestro equipo cuenta con abogados litigantes y/o de perfil académico como es el caso del Dr. Felipe Villacorta Director de Defensa Gremial, el Dr. Julio Alva –Director de Comisiones y Consultas, el Dr. Jaime Herrera –Director de Extensión Social, el Dr. David Reyes Director de Biblioteca, y el Dr. Rolando Chiara –Director de Informática.

Sin embargo sabemos que la labor de construcción y fortalecimiento del Ilustre Colegio de Abogados de Lima Sur, no es solo responsabilidad de la Junta Directiva o la Junta de Vigilancia, sino de todos los agremiados que pertenecen a nuestra institución.

Por ello deseamos como misión que nuestro Colegio se constituya como la institución orientada a promover y defender la justicia, los derechos fundamentales de las personas, así como la defensa y protección de los valores democráticos de la sociedad y el estado de derecho, coadyuvando a consolidar el sistema de administración de justicia en nuestro país.

Asimismo tenemos como visión que el Ilustre Colegio de Abogados de Lima Sur se oriente a propiciar la construcción de una sociedad más democrática e inclusiva, que respete y defienda los valores de la justicia, honestidad, solidaridad, dignidad y fraternidad.

En este sentido, nuestras propuestas de gestión para el bienio 2018-2019 son las siguientes:

- Gestionar mediante cesión en uso la asignación de un terreno para la construcción del local institucional.

- Impulsar el debate y propuesta para la promulgación de la ley del abogado.
- Disponer la entrega del carnet familiar del abogado, cuyo uso será extensivo, para padres, hijos y cónyuge del abogado agremiado.
- Establecer el uso de la papeleta de habilidad al instante.
- Solicitar el cumplimiento de la ley de participación ciudadana en los órganos de control de la magistratura y demandar la asignación de presupuesto para aquellas plazas.
- Mantener una actitud vigilante y de defensa del Estado de Derecho y los valores democráticos de nuestra sociedad.
- Desarrollar las comisiones de estudio respecto a diversos problemas jurídicos y sociales que aquejan a la comunidad de Lima Sur.
- Articular convenios de capacitación y consultorios jurídicos gratuitos en todas las Municipalidades distritales de Lima Sur.
- Mantener y fortalecer la alianza estratégica con el Poder Judicial, ampliando la misma al Ministerio Público y la Policía Nacional del Perú.
- Ejecutar cruzadas en colaboración con el Ministerio Público y la Policía Nacional del Perú contra el ejercicio ilegal de la profesión.
- Ejecutar caravanas jurídicas gratuitas en las zonas más deprimidas de la jurisdicción de Lima Sur – a través de la campaña “*el CALSUR en tu comunidad*”.
- Continuar el desarrollo académico a través de capacitaciones, especializaciones y diplomaturas.
- Ejecutar jornadas de capacitación y sensibilización respecto al desarrollo deontológico del abogado y su rol de responsabilidad social.
- Fortalecer las acciones del Consejo de Ética y mantener actualizado el registro de abogados sancionados.
- Promover la participación de los agremiados mediante pasantías en el extranjero.
- Continuar desarrollando los programas de posgrado (maestrías y doctorados) en convenio con diferentes Universidades del país, a fin de garantizar tarifas preferenciales para nuestros agremiados.
- Continuar con la publicación anual de la revista del foro, fomentando la participación de los agremiados en la redacción de ensayos y/o artículos jurídicos.
- Implementar el servicio de conciliación y arbitraje popular.
- Implementar las asociaciones distritales de abogados de lima sur, y solicitar que las Municipalidades e instituciones públicas brinden una oferta laboral prioritaria para los abogados de la jurisdicción.

- Establecer beneficios económicos para los abogados que realicen el pago adelantado anual de sus cuotas ordinarias.
- Evaluar la implementación opcional de un seguro de salud en favor de los abogados y un seguro de cobertura de gastos de sepelio.

Así también debemos considerar que la ley universitaria 30220 en su artículo 109° establece que las universidades y los colegios profesionales deben mantener una actitud vigilante en cuanto a la calidad del ejercicio profesional de sus afiliados, debiendo establecer mecanismos orientados a supervisar y promover el ejercicio eficiente de la profesión.

Por ello debemos esforzarnos en difundir nuestro Código de Ética, señalando que la probidad e integridad en la conducta del abogado cualquiera sea la función que desempeñe es fundamental para el adecuado funcionamiento del sistema de administración de justicia y la consolidación del Estado de Derecho.

En este sentido debemos recordar las palabras de nuestro ilustre jurista Mario Alzamora Valdez que señala que *“la abogacía es un servicio al derecho para alcanzar la justicia, que es el más alto de los valores sociales”*, o las célebres palabras del maestro Eduardo Couture que nos señala que *“debemos tener fe en el derecho como mejor instrumento para la convivencia humana, en la justicia, como destino normal del derecho, en la paz como sustitutivo bondadoso de la justicia y sobre todo fe en la libertad, sin la cual no hay derecho, ni justicia, ni paz”*.

Tenemos un pasado glorioso que nos rememora a los Taripacoc o los Huacha Camayoc que se encargaban de la admiración de justicia en el antiguo Perú, sabedores que la abogacía en nuestro país es anterior a la República, siendo forjadora de ilustres personalidades que apreciamos en la imagen imperecedera de Vicente Morales Duarez, Manuel Lorenzo de Vidaurre, Francisco García Calderón y Landa, José Gálvez Eguzquiza, Mariano Cornejo, entre otros ilustres pro hombres que han escrito la historia de nuestro país.

Ahora nos toca continuar este legado, no olvidando que debemos luchar por la plena vigencia de los derechos fundamentales y la dignidad de las personas, de acuerdo a lo expresado en nuestro texto constitucional y los tratados internacionales, así como defender el Estado de Derecho.

Sabemos que en la actualidad mega tendencias como la globalización, la informática y las telecomunicaciones, el crecimiento demográfico, el cambio climático, los avances tecnológicos, resultan un reto permanente para el ejercicio del derecho, el cual debe considerar su actualización y revisión permanente, bajo el parámetro de los más altos valores de la sociedad, como es la justicia.

Debemos entender como lo dice Ortega y Gasset que la actitud del hombre que se propone corregir la realidad es siempre optimista, por cuanto cree en el

futuro, por ello tenemos el deber de con nuestras acciones como abogados demostrarle a la sociedad el camino a seguir.

Finalmente, desde nuestra nueva responsabilidad como Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Lima Sur, consideramos que los valores y la ética son fundamentales para forjar institucionalidad y credibilidad en la sociedad, tenemos la obligación de lavarle el rostro a la abogacía frente a la sociedad, y en especial en nuestra jurisdicción de Lima Sur.

Como lo decían nuestros viejos, busquemos nuestro mito, busquemos nuestra utopía, nuestra verdadera fuerza y motivación para cambiar a la sociedad, defendamos los valores superiores como la libertad, la dignidad, el derecho y la justicia.

Muchas gracias.

Discurso por el Séptimo Aniversario y el día del Abogado

Dr. Vicente Paúl Espinoza Santillán

Señor Doctor,
Estimados colegas,
Señoras y señores,
Amigos todos.

Es un honor dirigirme a tan importante auditorio, en primer lugar para recordar que un día como hoy 05 de abril se instaló y creo el Ilustre Colegio de Abogados de Lima Sur, conforme a los alcances del acta de instalación que se ha leído anteriormente.

En este sentido debemos reconocer la labor de nuestros miembros fundadores como es el caso de nuestro Decano Fundador – el Dr. Jesús Antonio Rivera Oré, quien fue el encargado de levantar las columnas de la institución que el día de hoy cumple siete años de creación, asimismo no debemos olvidar la participación activa de los señores miembros de la primera Junta Directiva, dentro de los cuales destacamos la participación del embajador Luis Solari Tudela, que en paz descanse.

También es necesario resaltar el permanente apoyo de la presidencia de la Corte Superior de Justicia de Lima Sur, en la persona del Dr. Pedro Cartolin Pastor, posteriormente en la persona del Dr. Cesar Sahuanay Calsin y en esa misma línea el compromiso y apoyo del presidente que nos acompaña el día de hoy, el Dr. Marco Cerna Bazán.

El apoyo de la Corte Superior de Justicia de Lima Sur, ha sido fundamental para lograr el crecimiento y la consolidación de nuestro Colegio.

Por ello me resulta indispensable agradecer de todo corazón a quienes, han sido los forjadores, constructores y pensadores de nuestra institución.

Hoy 05 de abril, es particularmente un día que nos rememora además de la creación de nuestro amado Colegio, la declaración de guerra efectuada por el gobierno chileno en 1879, iniciándose con ello la infausta guerra del pacífico, además como todos sabemos rememoramos la nefasta ruptura del Estado de Derecho, materializada en el golpe de estado que sufrió nuestro país el 05 de abril de 1992.

Debemos recordar que aquel gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional que se apartó del marco de la Constitución vigente y que proclamo entre otros supuestos cambios “moralizar el sistema de administración de justicia y las instituciones vinculadas a ella”, a la luz de los acontecimientos posteriores fue sancionado por evidentes hechos de corrupción que quedaron marcados de forma indeleble en la memoria histórica de nuestra patria.

Por ello, en honor a nuestra firme tradición jurídica, no me cansare de recordar el preámbulo de la Constitución de 1979 que dice “evocando las realizaciones justicieras de nuestro pasado autóctono, la fusión cultural y humana cumplida durante el virreinato, la gesta de los libertadores de américa que inicio en el Perú Túpac Amaru y que aquí culminaron San Martín y Bolívar, así como las sombras ilustres de Sánchez Carrión fundador de la República, y todos nuestros próceres, héroes y luchadores sociales, en el largo combate de nuestro pueblo por alcanzar un régimen de libertad y justicia”.

Es entonces que valoramos cuán importante es la libertad y la justicia, y nos preguntamos ¿qué legado recibimos de nuestros padres, de nuestros abuelos, y que legado le vamos a dejar a nuestros hijos?

En lo absoluto nada debe justificar una ruptura constitucional, y por ello uno de los fines del Colegio de Abogados de Lima Sur, previsto en el artículo 5 de su Estatuto es defender el Estado de Derecho.

Particularmente me siento muy emocionado por la presencia de todos ustedes, y en especial por haber tenido el alto honor de compartir junto a dos insignes maestros universitarios como lo son el Dr. Ulises Montoya y el Dr. Iván Rodríguez.

Tuve el privilegio de participar en el año 2004 aun como estudiante en las celebraciones por el bicentenario del Ilustre Colegio de Abogados de Lima, cuyo Decano del bicentenario fue el Dr. Ulises Montoya que nos acompaña el día de hoy, y que como bien se ha señalado en la lectura de su resolución de condecoración, tiene una prolífica actividad académica en la publicación de libros vinculados al derecho comercial, considerando su formación de abogado y economista.

Por otro lado tengo la emoción de compartir el día de hoy esta actividad solemne con el Dr. Iván Rodríguez, quien para los que no lo saben fue y es una de las personas que ha luchado permanentemente por defender la institucionalidad de la Universidad peruana frente a los atropellos del poder político, y hacer

respetar en todo su contenido el artículo 18° de la norma constitucional que establece la autonomía universitaria.

El Dr. Iván Rodríguez desde su formación como abogado y educador, es un referente intelectual de los que significa y hacia donde se debe dirigir la Universidad peruana.

Compartir la mesa de honor con tan insignes personalidades me evocan a la memoria la imagen del ilustre jurista sanmarquino don Ulises Montoya Manfredi, padre de nuestro homenajeado, o la imagen imperecedera de Luis Alberto Sánchez o Luis Eduardo Valcárcel ilustres peruanistas, y forjadores de la Universidad peruana como lo es el Dr. Iván Rodríguez.

Sabemos que en la historia de nuestro país es innegable el fundamental aporte de los abogados, en la lucha permanente por la libertad y la justicia, pudiendo mencionar a don Vicente Morales y Duarez, presidente de las cortes de Cádiz, o Manuel Lorenzo de Vidaurre, uno de los ideólogos de la emancipación, así como la insigne imagen de José Faustino Sánchez Carrión, o Francisco Javier Mariátegui Tellería, próceres de la independencia.

Incluso en el desarrollo de nuestra historia republicana 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 Corazao.

Sin embargo me quiero detener en la imagen de Francisco García Calderón y Landa, cuya máxima condecoración otorgada por nuestra institución lleva su nombre y a quien en homenaje por su natalicio (02 de abril de 1834) se instituye en nuestro país el día del abogado.

Francisco García Calderón paradigma del abogado, encumbro los más altos cargos en la República, durante las horas más difíciles, como ninguno fue el notable defensor de nuestra integridad territorial, lo que le valdría su arresto y deportamiento posterior.

A esa pléyade de ilustres juristas, concluimos en decir ;qué grande es nuestra historia, que grande es nuestra responsabilidad frente a ella desde el ejercicio de nuestra labor profesional como abogados!

Por ello sabemos que la abogacía como profesión liberal cumple una función social al servicio del derecho y la justicia, orientada a la paz, libertad, progreso y bienestar general de nuestra patria.

Nuestra institución el Ilustre Colegio de Abogados de Lima Sur, nos es ajeno a la responsabilidad histórica que le corresponde, y en ese contexto viene ejecutando una serie de actividades académicas, de defensa de la profesión y de coordinación con la sociedad civil que pasamos a detallar:

- Hemos participado activamente en la elaboración del Código de Ética del abogado, documento vinculante para los 31 Colegios de Abogados a nivel nacional.
- Somos miembros activos de la Federación Interamericana de Abogados con sede en Washington dc.
- Somos el único Colegio de Abogados del Perú con un convenio con la histórica Universidad de Salamanca.
- Contamos con dos promociones de maestristas en derecho constitucional y derecho penal.
- Hemos iniciado una serie de campañas para combatir el ejercicio ilegal de la profesión en Lima Sur.
- La realización de actividades académicas de perfeccionamiento profesional –como los diplomados que permanentemente hemos realizado, y este mes nos encontramos ejecutando los diplomados en derecho laboral y corrupción de funcionarios en el Código Procesal Penal, que estaremos llevando a cabo durante este mes y el mes de mayo, tanto en este auditorio, como en el auditorio de la Municipalidad de Villa María del Triunfo.
- Hemos agilizado los procedimientos internos, para poder brindar a nuestros agremiados una mejor atención con mayor calidad, y eficiencia.
- Nos encontramos articulando acciones con los gobiernos locales de la jurisdicción, para poder establecer una bolsa laboral prioritaria para nuestros agremiados, así como la realización de campañas jurídicas en favor de la sociedad en general.

Finalmente, no debemos de olvidar las palabras del jurista brasileño Ives Gandra da Silva que dice “el derecho es la más universal de las aspiraciones humanas pues sin él no hay organización social, por ello el abogado es su primer interprete, sino considerases la profesión de abogado como la más noble sobre la tierra, abandónala porque no eres abogado”

Defendamos los valores superiores como la libertad, la dignidad, el derecho y la justicia.

Quiero agradecer a nombre de nuestra junta directiva a nuestros ilustres invitados y a todos ustedes por vuestra presencia.

Muchas gracias.

Presentación	7
Discurso de Juramentación para el Periodo 2018 -2019. <i>Dr. Vicente Paúl Espinoza Santillán</i>	9
Discurso por el Séptimo Aniversario y el día del Abogado. <i>Dr. Vicente Paúl Espinoza Santillán</i>	15
Índice	19
Autores	29

LA SITUACIÓN JURÍDICO – INSTITUCIONAL DE LA UNIVERSIDAD EN EL PERÚ

Dr. Vicente Paúl Espinoza Santillán

Sumario	33
I. Aspectos Preliminares	33
II. Concepto de Universidad	34
III. La Universidad en la Colonia	34
IV. La Universidad en los albores de la Independencia	35
V. La Universidad en la República de siglo XIX	36
VI. La Universidad en la República del siglo XX	37
VII. La Reforma Universitaria	37
VIII. La Reforma y Contrarreforma	38
IX. Conclusiones	42
X. Referencias Bibliográficas	43

LA ENSEÑANZA DEL DERECHO Y EL DESARROLLO DE SU DIMENSIÓN PRÁCTICA. LA DESTREZA LEGAL

Dr. Jesús Antonio Rivera Oré

Sumario	45
Resumen	45
Palabras claves	45
1. Introducción	45
2. ¿Qué es aprender derecho para los estudiantes de pregrado?.....	46
3. ¿Qué se debe tener presente para enseñar una profesión?.....	47
4. ¿Qué son las destrezas legales?.....	49
5. ¿Cuáles son las destrezas legales?.....	50
Conclusiones	50
Bibliografía	50

LA NUEVA LEGISLACIÓN PROCESAL EN EL DERECHO DE FAMILIA EN COLOMBIA

María Juliana Jiménez Martínez

Resumen	53
Abstract	53
Palabras clave	54
Keywords	54
La nueva legislación procesal en el derecho de familia en colombia	54
Introducción	54
Principales reformas	59
• Diligencias para la celebración del matrimonio civil	59
• Proceso de investigación o impugnación de la paternidad o maternidad –artículo 386–	61
• Demanda contra herederos indeterminados en el proceso de filiación.	64
• Proceso de nulidad y divorcio de matrimonio civil	65
• Inhabilitación y rehabilitación de persona con discapacidad mental relativa –artículo 396–	66
• Procesos de jurisdicción voluntaria	67
• Presunción de muerte por desaparecimiento –artículo 584–	67
Conclusión	68

**VIOLENCIA FAMILIAR CONTRA EL MENOR LA FAMILIA
COMO CÉLULA SOCIAL BÁSICA DE VIOLENCIA ABUSO
DE PODER – ABUSO DE DERECHO**

Graciela Cristina Ignacio

ÍNDICE SUMARIO	69
I. Introducción	69
II. Las familias crónica mente violentas. Abuso de poder	71
III. La socialización familiar destructiva	74
Las formas de la violencia	74
IV. La finalidad protectora de la patria potestad	78
La violencia doméstica como abuso de derecho	78
V. Mis conclusiones	81
VI. Una propuesta	82
1. Omisión de auxilio	83
2. La propuesta	84
3. Los objetivos	85

CONSTITUCIONALISMO, GLOBALIZACIÓN Y DERECHO

Manuel Atienza

Universidad de Alicante	87
Referencias bibliográficas	103

**LA ORALIDAD EN LOS PROCESOS CIVIL Y
DE FAMILIA BREVE APROXIMACIÓN**

Octavio Augusto Tejero Duque

105

**EL MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL
MISMO SEXO Y LA ADOPCIÓN HOMOPARENTAL.
SU RECONOCIMIENTO EN MÉXICO**

Manuel de Jesús Corado de Paz

Sumario	111
----------------------	-----

I.	Nota introductoria.....	111
II.	La familia y el matrimonio en los instrumentos de protección de derechos humanos	112
III.	Los caminos hacia el reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo: la vía legislativa y la vía jurisprudencial	116
IV.	El matrimonio entre personas del mismo sexo a la luz de los derechos humanos: una visión jurisdiccional	120
V.	La adopción homoparental. El interés superior del menor como eje rector para determinar la idoneidad de los adoptantes	122
VI.	Conclusiones	124
VII.	Fuentes de consulta.....	125

LA ORGANIZACIÓN SINDICAL

Javier Arévalo Vela

Sumilla	129
Sumario	129
Palabras clave	129
1. Introducción	129
2. Definición de sindicato	131
3. Clases de Sindicatos.....	131
3.1. Por la condición laboral de sus miembros.....	132
3.2. Por su ámbito territorial.....	132
3.3. Por su grado de integración	132
3.4. Por su regulación en la legislación peruana	132
4. El derecho de sindicación de los trabajadores independientes.....	133
5. Casos especiales de reconocimiento del Derecho de sindicación	133
5.1. Trabajadores de empresas de intermediación laboral y tercerizadoras	133
5.2. Trabajadores adolescentes.....	134
5.3. Trabajadores artistas.....	134
5.4. Trabajadores de obras hidroeléctricas	134
5.5. Trabajadores sujetos al contrato administrativo de servicios.....	135
5.6. Trabajadores de microempresas.....	135
5.7. Teletrabajadores	135
6. Ámbito geográfico de los sindicatos	136
7. Fines y funciones de los sindicatos	136
7.1 . Representación en conflictos colectivos	136

7.2. Representación en conflictos individuales.....	138
7.3. Funciones de carácter económico y social.....	138
8. Representación sindical en materia de negociación colectiva	138
8.1. Caso de sindicatos mayoritarios.....	138
8.2. Caso de pluralidad de sindicatos minoritarios	139
8.3. Caso de reclamación por una organización de integración sindical	139
9. Obligaciones de las organizaciones sindicales.....	139
9.1. Obligaciones internas.....	140
9.2. Obligaciones ante la Autoridad de Trabajo (inciso d) del artículo 10°).	142
9.3. Obligaciones ante el empleador	143
10. Prohibiciones a las Organizaciones Sindicales.....	143
10.1. Prohibiciones de política partidaria (inciso a) del artículo 110 del TUOLRCT).....	144
10.2. Prohibición de coacción para la afiliación o desafiliación de las organizaciones sindicales (inciso b) del artículo 110 del TUOLRCT)..	144
10.3. Prohibición de actividades lucrativas (inciso e) del artículo 110 del TUOLRCT).....	145
10.4. Prohibición de distribuir el patrimonio sindical (inciso d) del artículo 110 del TUOLRCT)	145
10.5. Prohibición de actos ilícitos (inciso e) del artículo 110 del TUOLRCT).	145
11. Conclusiones	145
12. Bibliografía	145

CHESTERTON, LAS DEMANDAS Y LOS RECURSOS MALICIOSOS, LOS BIZANTINOS Y LOS FRÍVOLOS

Ramiro De Valdivia Cano

Resumen	147
Sumario	147
Palabras clave	147
1. Introducción	148
2. Las demandas frívolas.....	152
3. Procedencia de la demanda.....	154
4. Un recurso frívolo de agravio constitucional.....	155
5. El pronunciamiento sobre el fondo	157
6. Análisis de la controversia.....	160
7. El recurso de agravio constitucional.....	162

8. Colofón	163
9. Bibliografía	165

ACCIÓN INDEMNIZATORIA DERIVADA DE LA OMISION DE RECONOCIMIENTO DEL HIJO EXTRAMATRIMONIAL

Dra. María Isabel Sokolich Alva

Resumen	167
Palabras clave	167
Abstract	167
I. Filiación. Filiación extramatrimonial	168
II. El derecho a la identidad	169
III. El derecho al proyecto de vida.....	173
IV. Daño moral. Resarcimiento por omisión del reconocimiento de paternidad y maternidad extramatrimonial	175
a) antijuricidad o ilicitud.....	176
b) imputabilidad	178
c) daño	179
d) relación de causalidad.....	180
V. Conclusión	180

INSTITUCIÓN FAMILIAR. LA FILIACIÓN DESDE UNA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL

Benjamín Aguilar Llanos

Introducción	184
Familia, iglesia y sociedad.....	185
Familia a la luz de las últimas constituciones, la de 1933, 1979 y 1993	186
Protección de la familia por parte del estado y la sociedad.....	187
El tribunal constitucional como entidad suprema de la interpretación de la constitución	187
Clases de familia, o nuevos grupos familiares considerados como tales por el tribunal constitucional	188
Familias ensambladas, reconstruidas, recompuestas o, de segundas nupcias o familiastras	189

Familias monoparentales	189
El concubinato o uniones de hecho como fuente generadora de derechos y deberes familiares	190
La filiación como elemento importante a considerar dentro de los temas de familia....	192
La filiación como derecho a la identidad.....	193
Normas legales sobre filiación interpretadas a la luz del tribunal constitucional	194
Equiparación de derechos entre los hijos afines e hijos biológicos en el contexto de una familia ensamblada.....	194
Cosa juzgada no puede superponerse al derecho a la identidad y por ende negar filiación.....	194
El ADN y el derecho a la filiación.....	195
Sentencia de exclusión de nombre y negación de partida extramatrimonial no impide declaración de filiación	196
Consideraciones finales.....	196

ACTOS INSCRIBIBLES DE LA JUNTA DE PROPIETARIOS Y LA JURISPRUDENCIA APLICABLE DEL TRIBUNAL REGISTRAL

Hugo Luis Sedano Núñez

Abstract / resumen	199
Aspectos generales	200
Legitimados para convocar a sesión de junta	291
Acuerdo del tribunal registral sobre convocatoria a sesión de junta de propietarios	202
Precisión del acuerdo aprobado en el pleno 80°	203
Convocatoria por el 25%	203
Presidente con periodo de funciones vencido	204
Convocatoria a junta de propietarios por el 25% de participaciones	204
El quorum en las juntas de propietarios	205
Mayoría calificada para modificar los porcentajes de participación sobre los bienes comunes	206
Adecuación del reglamento interno a la ley 27157	206
Conclusiones	207
Bibliografía	208

PROCESO DE SEPARACIÓN CONVENCIONAL Y ULTERIOR DIVORCIO EN SEDE NOTARIAL Y CONVIVENCIA

Mag. Oscar Escate Cabrel

Finalidad de propuesta del artículo	210
1. Fundamentos doctrinarios y jurídicos importantes acerca del proceso de separación convencional y ulterior divorcio en sede notarial y convivencia	212
2. Análisis de la ley de procedimiento no contencioso (ley n° 26662) y concordancia con la ley de notariado - decreto legislativo n° 1049 del 25/06/2008	215
3. El principio de eficacia jurídica en torno a la ejecución de los procesos no contenciosos en sede notarial	216
4. Acerca del proceso no contencioso para casos de separación convencional y divorcio ulterior	220
5. Ley n° 29227. Sobre trámite no contencioso para casos de separación convencional y divorcio ulterior	221
Competencia no contenciosa de las notarías.....	222
Trámite notarial	224
Procedimiento:	225
a) requisitos para la solicitud de divorcio por causal de separación convencional ante notario	225
b) trámite no contencioso de la separación convencional y divorcio ulterior seguido ante las municipalidades	226
c) requisitos de la solicitud de separación convencional y divorcio ulterior	227
6. Proceso no contencioso para la declaración de unión de hecho y de cese	228
7. Propuesta de mejoramiento óptimo de la ejecución del proceso no contencioso en sede notarial sobre causal de separación convencional y ulterior divorcio, y para el caso de convivencia o de separación de uniones de hecho	229
7.1. Justificación de la propuesta de anulación del plazo de dos meses entre la audiencia única y el reconocimiento de ulterior divorcio	229
7.2. Propuesta de extensión del proceso no contencioso por vía notarial para la separación convencional de parejas convivientes o uniones de hecho	232

Conclusiones	234
Bibliografía	236
Anexos	238
Proyecto de ley de modificación de la ley n° 29227 sobre proceso de separación convencional y ulterior divorcio en sede notarial, y para caso de separación de uniones de hecho / convivencia	238

LA JUSTICIA JUVENIL RESTAURATIVA EN EL CÓDIGO DE RESPONSABILIDAD PENAL DEL ADOLESCENTE

Reyler Rodríguez Chávez

Sumario	241
Resumen	241
Palabras clave	241
1. Introducción	242
2. La justicia juvenil restaurativa	243
3. La justicia juvenil restaurativa como medio tuitivo de derechos fundamentales	245
4. Tratamiento del infractor en el Código de Responsabilidad Penal del Adolescente	247
5. La justicia juvenil restaurativa en el Código de Responsabilidad Penal del Adolescente	249
6. Conclusiones	251
7. Referencias bibliográficas	252

LA RESPONSABILIDAD EN LA ACTUACIÓN PÚBLICA LEGALIDAD Y AUTORIZACIONES

Samuel Gálvez Troncos

Estado eficiente	253
Discrecionalidad y diligencia	254

**LA INCAPACIDAD MORAL COMO CAUSAL DE VACANCIA
PRESIDENCIAL EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL
PERUANO**

Abraham García Chávarri

Resumen	257
Palabras clave:	257
Sumilla	257
1. El régimen de gobierno presidencial peruano	258
2. La figura de la vacancia presidencial en el constitucionalismo peruano: decurso histórico y escenario contemporáneo	259
3. La vacancia por incapacidad moral del presidente de la República en la historia política del Perú	263
4. La incapacidad moral y la infracción constitucional. Distinciones concep- tuales	265
5. Dificultades de la figura de la incapacidad moral como causal de vacancia del presidente de la República en el modelo presidencial peruano	271
6. Hacia una formulación constitucional de la figura de la incapacidad mo- ral como causal de vacancia en el modelo presidencial peruano	273
Conclusiones	275

MARÍA JULIANA JIMÉNEZ MARTÍNEZ

Abogada – UPTC (Colombia), grado summa cum laude. Especialista en Gestión Pública –ESAP (Bogotá). Estudiante de Doctorado en Derecho Procesal–UDEM (Colombia).

GRACIELA CRISTINA IGNACIO

Especialista en Derecho de Familia. Posgrado UBA. Docente de la Cátedra de Derecho de Familia y Sucesiones de la facultad de Derecho de la UBA y profesora Titular Asociada de la Cátedra de Derecho de Familia y Sucesiones de la Carrera de Abogacía de la UADE.

MANUEL ATIENZA RODRÍGUEZ (Oviedo, 1951)

Es un jurista y filósofo del derecho español. Estudió su licenciatura en Derecho en la Universidad de Oviedo y posteriormente obtuvo el título de doctor en Derecho por la misma universidad, bajo la dirección de Elías Díaz. Se ha desempeñado en el ámbito académico y ha sido profesor y conferencista de numerosas universidades en todo el mundo, así como en tribunales y escuelas judiciales.

OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE

Conferencia presentada en el marco de las V Jornadas Internacionales de Derecho Procesal, “El derecho procesal en perspectiva oral”, en el teatro Gabriel Obregón de la Universidad de Medellín, el 13 de agosto de 2008.

Magistrado de la Sala Civil del Tribunal Superior de Medellín. Miembro de la Comisión Judicial creada para la redacción del anteproyecto de ley de efectividad e impulso de la oralidad en materias civil y de familia.

MANUEL DE JESÚS CORADO DE PAZ

Doctor en Derecho Público. Director del Centro Iberoamericano de Investigaciones Jurídicas y Sociales. Miembro del Sistema Estatal de Investigadores. Miembro de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional. Miembro Honorario de las Asociaciones Argentina, Brasileña, Colombiana, Panameña y Paraguaya de

Derecho Procesal Constitucional. Miembro de la Asociación Argentina de Justicia Constitucional. Correo electrónico: coradodepaz.manuel@cijjus.org

JAVIER ARÉVALO VELA

Juez Supremo Titular, Presidente de la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, docente de la Maestría en Derecho del Trabajo de la Universidad San Martín de Porres y Profesor Principal de la Academia de la Magistratura (AMAG)

RAMIRO DE VALDIVIA CANO

El autor es Profesor de la Universidad Católica de Santa María de Arequipa y de la Academia de la Magistratura del Perú. Actualmente, Juez de la Corte Suprema de Justicia del Perú.

DRA. MARÍA ISABEL SOKOLICH ALVA

Doctora en Derecho por la Universidad San Martín de Porres. Magíster en Derecho Civil con mención en Derecho de Familia por la Universidad Femenina del Sagrado Corazón. Fiscal Adjunto Supremo de la Fiscalía Suprema Civil. Docente de la Maestría de Derecho Civil con mención en Derecho de Familia de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón –UNIFE-, así como de la Maestría de Derecho de Persona, Matrimonio y Familia de la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo. Docente de la Academia de la Magistratura en la especialidad de Derecho de Familia. Autora del libro “Violencia Familiar” y de diversos artículos jurídicos de la especialidad. Expositora en diversos eventos académicos relacionados con el Derecho de Familia.

BENJAMÍN AGUILAR LLANOS

El artículo es una síntesis reelaborada del libro del autor, La descentralización y el desafío del estado moderno Lima. Grijley. 2014, que fue presentado el 09 de diciembre del año 2014 en el Congreso de la República.

Abogado, por la Universidad Mayor de San Marcos del Perú. Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Lima Sur. (Perú). Profesor universitario. Doctor en Derecho por la Universidad Inca Garcilaso de la Vega. Lima. Perú. Doctor en Educación, por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magister en Derecho Empresarial por la Universidad de Lima. Ex Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega. Lima. Perú. Presidente del Capítulo Peruano de la Federación Interamericana de Abogados. Lima. Abogado en ejercicio.

HUGO LUIS SEDANO NÚÑEZ

Registrador Público del Registro de Predios de la Zona Registral N° IX - Sede Lima. Maestro en Derecho Civil y Comercial y Doctor en Derecho por la Universidad Inca Garcilaso de la Vega. Docente de la Escuela de Pos grado de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega. Email: ugosedano@hotmail.com

MAG. OSCAR ESCATE CABREL

Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Magíster en Derecho Civil y Comercial, Catedrático de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega.

REYLER RODRÍGUEZ CHÁVEZ

Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Magíster en Derecho Civil y Comercial, Catedrático de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega.

Presidente de la Academia Mundial de Justicia Restaurativa. Director del Centro de Investigación Jurídica *Essentia Iuris*. Profesor de la Academia de la Magistratura. Magíster en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Juez Titular de Paz Letrado de Lima Norte. E-mail: reyler6@gmail.com.

SAMUEL GÁLVEZ TRONCOS

Abogado. Expresidente del Tribunal Registral. Profesor de Derecho Registral de la Universidad Nacional Federico Villarreal (UNFV).

ABRAHAM GARCÍA CHÁVARRI

El texto constituye una versión resumida del capítulo tercero y de las conclusiones de la tesis “La vacancia por incapacidad moral del Presidente de la República», que fue sustentada para optar el grado académico de Magíster en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica del Perú, tesis que obtuvo la mención de sobresaliente y la recomendación del jurado para su publicación.

Abogado y magíster en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica del Perú, donde también ha ejercido la docencia. Profesor de Derecho Constitucional en el Posgrado de la Universidad Nacional de Piura y en la Academia de la Magistratura. abraham.garciaospucp.pc Pensamiento Constitucional N° 18, 2013, pp. 383-102/ ISSN 1027-6769

LA SITUACIÓN JURIDICO – INSTITUCIONAL DE LA UNIVERSIDAD EN EL PERÚ

Dr. Vicente Paúl Espinoza Santillán¹

SUMARIO

I. Aspectos preliminares. II. Concepto de Universidad. III. La Universidad en la Colonia. IV. La Universidad en los albores de la Independencia. V. La Universidad en la República de siglo XIX. VI. La universidad en la República del siglo XX. VII. La Reforma Universitaria. VIII. La reforma y contrarreforma. XI. Conclusiones. X. Referencias Bibliográficas.

I. ASPECTOS PRELIMINARES

El tema de la educación en nuestro país, por lo general, siempre ha sido muy complejo y discutido. Desde su implantación oficial han devenido divergencias y polémicas acerca de los “sistemas” o “planes”, creados durante los sucesivos gobiernos democráticos y de facto. Los modelos educativos y en especial el universitario, han sufrido una variedad de cambios normativos que han repercutido en la calidad de la enseñanza, esto nos lleva a preguntarnos: *¿La realidad de la Universidad responde únicamente a las sucesivas creaciones, anulaciones, modificaciones, adecuaciones de a reglamentos que no han posibilitado contar con un sistema educativo eficaz y eficiente?* Es importante comenzar resaltando que se cuenta con lineamientos nacionales coherentes y racionales que indican, dentro de los ejes estratégicos en materia educativa, la importancia para el país de contar con una Universidad científica y moderna. En ese sentido, si revisamos el Proyecto Educativo Nacional observamos que se plantean seis objetivos para ser alcanzados el 2021²: 1. *Oportunidades y resultados educativos de igual calidad para todos y todas.* 2. *Estudiantes e instituciones que logran*

1 *Doctor en Derecho, Magíster en Gobernabilidad y Desarrollo Organizacional, Abogado y docente universitario, especialista en Derecho Constitucional por la Universidad de Salamanca, past Gerente de Investigación Tutelar del INABIF, past Director General de la Filial Lima de la UJCM, actualmente Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Lima Sur.*

2 <http://www.ceplan.gob.pe/>

aprendizajes pertinentes. 3. Maestras y maestros bien preparados que ejercen profesionalmente la docencia. 4. Una gestión descentralizada y democrática que logra resultados y es financiada con equidad. 5. La educación superior de calidad se convierte en factor favorable para el desarrollo y la competitividad nacional. 6. Una sociedad que educa a sus ciudadanos y ciudadanas los compromete con su comunidad.

Andrés OPPENHEIMER³, señala que “según la OIA, la escasa colaboración entre empresas privadas y las universidades en América Latina, se debe en gran parte a un choque de culturas. Mientras que las universidades latinoamericanas se ven a sí mismas como productoras de conocimiento puro, no contaminado por intereses comerciales, las empresas privadas se ven a sí mismas como exclusivamente dedicadas a aumentar sus ganancias. (...) En los países más innovadores, las propias universidades han creado empresas privadas para producir patentes conjuntas (...)”.

II. CONCEPTO DE UNIVERSIDAD

La universidad, como lo señala Roberto Agramonte⁴, en esencia es ver el universo, según manifiesta: “universidad es tal, cuando refleja en su ser la unidad cósmica, cuando es totalidad y armonía de sus partes constitutivas, manifestándose en una unidad superior, una entelequia”.

La esencia de la universidad, según Agramonte, se sustenta en cuatro predicados: saber, cultura, tecnicidad, y forma consubstancial a la vida. El saber universitario es la esencia de los saberes individuales que enriquecen los conocimientos de la persona, ser culto implica desarrollarse y cultivarse en un plano superior. La universidad es tecnicidad porque no puede dejar de interpretar el desarrollo de la civilización, y finalmente señala: “El paso por la universidad no es un mero accidente en la vida del adulto, el estudiante no es un mero transeúnte, sino que prueba, batiéndose con armas muy difíciles de manejar y de singular importancia, la técnica de vivir”.

En nuestro país, la universidad, como institución, es anterior a la república, y como tal, es la responsable de tutelar, los valores y la ética de nuestra sociedad.

III. LA UNIVERSIDAD EN LA COLONIA

Efectivamente, desde la fundación de la Universidad de Lima (Universidad Nacional Mayor de San Marcos - UNMSM), el 12 de mayo de 1551, como primada del Perú y de América, por el Emperador Carlos V bajo los auspicios del Fray Tomas de San Martín, según el modelo salmantino (Universidad de

³ *Crear o morir. Ed. Debate (2014)*

⁴ *Sociología de la Universidad (México 1957)*

Salamanca), y bajo la tutela de los frailes dominicos se rigió por la impartición de conocimientos fundamentados en el aristotelismo (Escolástica) y el humanismo cristiano, buscando, como lo señala el profesor Ríos Burga, consolidar el orden colonial, despojar el imaginario andino, y formar a la burocracia española y criolla, responsables de la administración pública, con el apoyo de las diferentes órdenes religiosas.

Al respecto, Jorge Basadre⁵ dice que *“la Universidad de Lima, no provino de la voluntad espontanea de estudiantes o maestros, tuvo nacimiento clerical y conventual, y respondió al afán de los conquistadores, convertidos en encomenderos y vecinos, de dar a sus hijos, pocos años después de establecida la ciudad, cultura y profesión”*.

Cabe señalar que en 1571, la Universidad de Lima, se transformó en una institución laica, por cuanto sus máximas autoridades, ya no eran elegidas por el clero (Real Cedula de Felipe II), asimismo durante la colonia las lecciones universitarias se enmarcaban dentro de los temas y disciplinas propias de la escolástica, siendo el latín el idioma obligatorio para la impartición de cátedras.

La universidad peruana a través de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, como bien lo señala el profesor Marticorena Estrada:⁶ *“(…) alcanzó dimensión internacional desde el siglo XVI, debido a que los graduados y profesores, fueron los que fundaron otras universidades y seminarios, que la sucedieron, como en Chile (1738), Chuquisaca (1552), Quito (1575), Bogotá (1619), La Habana (1728), Caracas (1721)”*.

Durante la Colonia además de la fundación de la universidad de San Marcos, se fundaron en nuestro territorio la universidad San Antonio de Abad del Cusco (1692), y la universidad San Cristóbal de Huamanga (1677).

IV. LA UNIVERSIDAD EN LOS ALBORES DE LA INDEPENDENCIA

El liberalismo del siglo de las luces llega a la Universidad peruana como crítica permanente al pensamiento tradicional fundamentado en el aristotelismo escolástico. La Sociedad Amantes del País (1791), el Mercurio Peruano, y los aportes de intelectuales como Rodríguez de Mendoza, Baquíjano y Unanue, marcan la posición cuestionadora y antidogmática de la Universidad peruana.

“El método cartesiano fundamentado en el modelo naturalista positivista, reemplazo al pensamiento teológico predominante” (Ríos Burga), surge en la Universidad peruana el nuevo paradigma que sustenta a las ciencias modernas, y que ya venía ejecutándose en las universidades europeas, donde los alquimistas

5 “La Educación” N°18 (1960)

6 Revista COPE (2001)

se convirtieron en los químicos de la modernidad, o es el caso de los astrólogos, que se convirtieron en los físicos y astrónomos modernos.

En esta época, nos encontramos frente a la simiente intelectual de la Independencia, fundamentado en un pensamiento cuestionador de búsqueda permanente de la verdad, y sustentado en principios de libertad, igualdad, y fraternidad que sirvieron como pilares para impulsar la revolución francesa, la independencia de los Estados Unidos, y la Declaración de los Derechos del Hombre y Ciudadano.

V. LA UNIVERSIDAD EN LA REPÚBLICA DE SIGLO XIX

Como lo habíamos señalado anteriormente, la institución universitaria es anterior a la República y, sin lugar a dudas, el aporte de la intelectualidad universitaria en la nueva estructura social, política y económica del país; es en suma, especialmente gravitante.

Pese a ello como lo señala Estuardo Cornejo⁷, la estructura y organización universitaria, en el tránsito de la Colonia a la República no varía, muy por el contrario, mantiene su modelo colonial.

En 1824, por decreto firmado por Bolívar, se creó la Universidad Nacional de Trujillo; y en 1827, por resolución prefectural firmada por el general Gutiérrez, se funda la Universidad Nacional San Agustín de Arequipa.

En 1850, durante el gobierno del presidente Castilla, se formula el primer plan de instrucción pública general, y en 1855 el reglamento universitario que fusiona los colegios de San Felipe, San Marcos, y San Pablo.

El Reglamento Universitario de 1855, se constituye en la base de la organización de la educación superior universitaria, estableciendo que: *“Todas las universidades que existen forman un solo cuerpo común cuyo centro es la Universidad Nacional Mayor de San Marcos”*.

Estuardo Cornejo (1994), señala que *“el reglamento universitario de 1861, introduce reformas significativas, ampliando la potestad de las facultades y los organismos de gobierno de la universidad.”*

En 1866 el gobierno de Mariano Ignacio Prado, dictó normas de carácter universitario, estableciendo que el Convictorio de San Carlos funcione como escuela de Derecho y se estructure un plan de enseñanza de jurisprudencia, ciencias y letras.

El Reglamento General de Instrucción Pública de 1876, promulgado durante el gobierno civilista de Manuel Pardo, señalaba que *“la instrucción superior que se*

7 UPRP (1994)

da en las universidades, está bajo la inmediata dependencia e inspección económica y administrativa de sus respectivos consejos universitarios”. Asimismo señalaba que las universidades serán mayores y menores, y respecto a los catedráticos, añadió que estos son principales e interinos, siendo los primeros nombrados para regentar una cátedra, por concurso público a diferencia de los segundos, que eran designados directamente por las autoridades universitarias. Con relación a los alumnos, para ser admitido como tal, se debían aprobar los exámenes y demás requisitos establecidos por los reglamentos internos de las facultades.

En 1889 el presidente Cáceres dictó un reglamento general de instrucción pública, que retira al consejo universitario su tradicional autonomía, para otorgársela al consejo superior de instrucción. (Estuardo Cornejo).

VI. LA UNIVERSIDAD EN LA REPÚBLICA DEL SIGLO XX

En 1901, el gobierno del presidente Romaña, promulgó la ley de enseñanza pública que representó la evolución y ejecución de las ideas pedagógicas de aquella época, donde se encontraba vivo el debate respecto a la importancia de instrucción, frente a la educación, cuyo paladín intelectual sería el Dr. Deustua, quien desde una concepción filosófica, sostendría que la educación debe primar sobre la instrucción, y que el esfuerzo del estado debe tender a la educación moral del hombre y su formación en hábitos de trabajo.

El maestro Luis Alberto Sánchez⁸, sostiene que “hasta 1918, puede decirse que la universidad en América Latina, era de clase y centralista”. La universidad, no había encarado sistemáticamente la problemática económica, política y social de los ciudadanos, y tan solo se había enclaustrado en ejercicios de abstracción intelectual, que daban la espalda a las necesidades de la población en general.

VII. LA REFORMA UNIVERSITARIA

El movimiento de reforma universitaria que surgió inicialmente en la Argentina, (Universidad de Córdoba, 1918) fue un intenso movimiento latinoamericano de insatisfacción juvenil, que propugnaba romper los antiguos sistemas de enseñanza en la universidad, y establecer una relación dinámica entre la institución universitaria, y la sociedad.

La reforma universitaria tuvo como principales enunciados reivindicativos, los siguientes temas: (i) Autonomía universitaria, (ii) Cogobierno, (iii) Extensión universitaria, (iv) Acceso por concursos y periodicidad de las cátedras, (v) Libertad de cátedra, cátedra paralela y cátedra libre, (vi) Vinculación de docencia e investigación, (vii) Inserción en la sociedad y rol de la universidad, (viii) Solidaridad latinoamericana e internacional, (ix) Unidad obrero-estudiantil.

8 La Universidad en Latinoamérica (1962)

Los estudiantes e intelectuales peruanos que lideraron la reforma del dieciocho, fueron Víctor Raúl Haya de la Torre, Jorge Basadre, Luis Alberto Sánchez, Raúl Porras Barrenechea, entre otros, y en su manifiesto de la reforma, señalaron que *“perseguiamos la organización nacional por medio de la cultura nacional, queremos descolonizarnos un tanto de la metrópolis científicas europeas; aspiramos al conocimiento de nuestro mundo por nuestro propio esfuerzo intelectual, tratamos de acabar con la disociadora aristocracia universal, infiltrando la ciencia que democratiza y unifica, deseamos curarnos de las nocivas abstracciones y del extranjerismo ideológico desviado y enervante; anhelamos formar nuestro criterio positivo para el análisis de este enfermo yaciente que se llama Perú”*⁹

La ley de instrucción pública de 1920, dictada por el gobierno de Leguía, recogió algunas medidas reformistas, antes aceptadas por leyes especiales, ello implicó la posibilidad de que los estudiantes universitarios elijan a sus representantes ante el consejo universitario, la existencia de cátedras libres y paralelas.

No podemos dejar de mencionar los episodios heroicos de la gesta universitaria, como el del 23 de mayo de 1923, en el que murieron un obrero (Salomón Ponce) y un estudiante universitario (Manuel Alarcón Vidalón), sellando la histórica alianza obrero estudiantil, como una de las jornadas de lucha reivindicativas más importantes de la historia política y donde perfilaría su incuestionable liderazgo la figura inmarcesible de Víctor Raúl Haya de la Torre.

Asimismo, Luis Alberto Sánchez, nos recuerda que ocho años después, en 1931, muere el estudiante de medicina Guido Calle, en las protestas de febrero de aquel año, para la restauración de las leyes de reforma en la Universidad de San Marcos.

VIII. LA REFORMA Y CONTRARREFORMA

Situación que demuestra cómo los gobiernos de turno, debido a sus motivaciones políticas, suprimían las conquistas logradas a través de la reforma universitaria. Muestra de ello es el Estatuto Universitario de 1928, promulgado por el presidente Leguía, que legitimó la contra reforma iniciada en 1923, creando el Consejo Nacional de Enseñanza Universitaria, presidida por el Ministro de Instrucción Pública, con la función de supervigilar a las universidades oficiales y elegir a sus autoridades. También la Ley Orgánica de Educación de 1935, dictada por el presidente Benavides, que abrió la época de la denominada segunda versión de la contra reforma universitaria estableciendo entre sus disposiciones normativas que: *“La universidad se abstendrá particularmente de toda injerencia*

9 Sota Nadal Publicado en El Perú en los albores del siglo XXI (1998)

política, ninguna manifestación, ni actos de este carácter, podrá realizarse en los locales de la universidad (...) los catedráticos y los alumnos no podrán invocar individual, ni colectivamente, su condición de tales, para ejercitar actividades políticas”.

Luego de la reforma de 1918, tal como lo señala Sánchez: *“El estudiante en América Latina ya no es un transeúnte de la universidad, o un aprendiz de la técnica o un científico, o un humanista, sino un soldado beligerante de la lucha social, siendo que las dictaduras se abaten sobre él golpeándolo preferentemente”¹⁰.*

En este sentido concluye Sánchez que: *“Hay un tipo de universidad de país en plenitud de su desarrollo material, y hay un tipo de universidad de país mal desarrollado materialmente, donde la pobreza constituye la atmosfera en que se mueven las ideas, los hombres y sus hechos”¹¹.*

La ley orgánica de educación de 1941, dada por el presidente Manuel Prado, estableció en su artículo primero que: *“La enseñanza superior oficial se da en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos de Lima, en las universidades nacionales de Cusco, Arequipa y Trujillo, en la Escuela Nacional de Ingeniería, la Escuela Nacional de Agricultura y Veterinaria, y solo por ley, pueden crearse nuevas universidades, facultades o institutos técnicos superiores”.* Asimismo, instituyó la asamblea universitaria como órgano encargado de la elección de rector y vicerrector de la universidad. Mantuvo la supresión de la participación de los representantes de los estudiantes en los órganos de gobierno de la universidad.

En el año 1945 la junta directiva de la Federación de Estudiantes del Perú, (fundada en 1916), convocó a un Congreso de Estudiantes Extraordinario con la finalidad de proponer un anteproyecto de reforma universitaria que sería recogido por el parlamento nacional, el mismo que serviría como fundamento para el nuevo estatuto universitario, aprobado mediante Ley N°10555 durante el gobierno del presidente Bustamante y Rivero, siendo su Ministro de Educación Pública, Luis E. Valcárcel.

En el artículo primero del Estatuto Universitario de 1946, se define a la universidad como *“la asociación de maestros, alumnos y graduados para estudiar, investigar y propagar todo lo relativo al conocimiento humano, con el propósito que la colectividad alcance mayor provecho espiritual y material”.* La citada definición, como lo indica Aurora Marraou¹², enfatiza la importancia de la universidad para el desarrollo del país, y deja de lado los conceptos de universidad profesional, sustituyéndolo por el de universidad científica.

10 La Universidad en Latinoamérica (1962)

11 *ibíd.*

12 Historia de la Facultad de Educación – UNMSM(2006)

Esta ley, fundamentada en principios democráticos, restituyó la participación de los estudiantes en los órganos de gobierno de la universidad (co-gobierno estudiantil). Asimismo, estableció que la universidad tiene como misión contribuir a la creación del tipo espiritual de universidad apropiada los pueblos de nuestro continente, ocupándose de esclarecer las cualidades propias de su antropología, y de suscitar formas culturales peculiares de los pueblos indoamericanos con relación a la cultura universal.

El golpe militar del general Odría (1948) derogó el estatuto universitario de 1946, suprimiría el co-gobierno estudiantil, señalando que *“el estatuto universitario aprobado mediante ley N°10555 no se ha inspirado en normas científicas y culturales, sino que ha sido producto de la influencia demagógica predominante en el régimen anterior que, como consecuencia, ha perjudicado el rendimiento académico y afectado el prestigio de la universidad”*, y mediante decreto ley N°11003 (1949), restituiría la ley orgánica de educación pública N°9359 de 1941 promulgada por el presidente Prado.

En 1960 durante el segundo gobierno del presidente Prado se promulgó la ley universitaria N°13417, la cual define en su artículo primero, a la universidad como *“(…) una corporación integrada por maestros, alumnos y graduados, dedicada al estudio, a la docencia y a la investigación científica. Es misión de la universidad servir a la comunidad nacional”*. La presente norma, restituye la participación de los estudiantes en el gobierno de la universidad, asimismo establece que: *“Las universidades gozan de autonomía pedagógica, administrativa y económica dentro de la ley, y se gobiernan con el concurso de catedráticos, alumnos y graduados”*.

El espíritu de esta norma determina que las universidades gozan de la más amplia libertad en el cumplimiento de sus fines, y no deben tomar partido corporativamente en cuestiones ideológicas, sociales y políticas, poniendo en énfasis de estudiarlas científicamente.

Como lo señala Ongaro Estrada¹³, en el marco de esta nueva etapa de desarrollo capitalista se impulsó la creación de nuevas universidades particulares. Hasta 1962 la Pontificia Universidad Católica era la única universidad privada, y en tan solo ocho años, se crearon diez nuevas universidades, durante la década de los sesenta.

El gobierno de facto del general Juan Velasco Alvarado dictó el 18 de febrero de 1969, la Ley Orgánica y Estatuto de la Universidad Peruana, aprobada mediante Decreto Ley N°17437, el cual en su artículo primero define a la universidad peruana *“como el conjunto de todas las universidades del país, integradas en un sistema unitario, de conformidad con la presente ley”*. A través de esta norma se

13 La Legislación de la Educación Superior en el Perú

creó el Consejo Nacional de la Universidad Peruana – CONUP, como organismo máximo de dirección del sistema universitario, con funciones normativas de planificación, de coordinación, de evaluación y dictamen de resolución de conflictos e intervención, así como de determinación de creación y/o supresión de universidades.

La Ley Universitaria N°23733, promulgada por el presidente Belaunde, el 09 de diciembre de 1983, señaló en su artículo primero: *“Las universidades están integradas por profesores, estudiantes y graduados. Se dedican al estudio, la investigación, la educación y la difusión del saber y la cultura, y a su extensión y proyección social. Tiene autonomía académica, normativa y administrativa dentro de la ley”*.

La referida norma, estableció que la autonomía de las Universidades se ejerce de conformidad con la Constitución y las leyes, implicando el derecho de aprobar su propio estatuto, organizar su sistema académico, económico y administrativo y administrar sus bienes y rentas. Asimismo, creó la Asamblea Nacional de Rectores ANR (Ley N°23733) con la finalidad de coordinar y orientar los lineamientos generales de las actividades universitarias del país. Dentro de las funciones de la ANR, encontramos la de concordar los requisitos académicos mínimos exigibles, resolver los conflictos de legitimidad de autoridades que se produzcan en las universidades públicas y privadas, entre otras funciones.

La vigencia efectiva de la Ley Universitaria N°23733, se dio hasta el 10 de julio de 2014, fecha en que entró en vigencia la nueva Ley Universitaria N°30220. Sin embargo, a lo largo de los aproximadamente treinta años de la ley Alayza-Sánchez, esta fue modificada por normas como el Decreto Legislativo N°739 que estableció el bachillerato automático, o la Ley N°26302, la Ley N°27504, entre otras.

El gobierno del presidente Alberto Fujimori, en 1996, promulgó el Decreto Legislativo N°882 denominado *“Ley de Promoción de la Inversión en la Educación”*, que instaura el modelo de universidad con fines de lucro (modelo societario), aplicable también para las universidades asociativas, que adecuen su modelo de gestión institucional.

El informe sobre la educación superior universitaria de la Asamblea Nacional de Rectores (2004), señala que: *“La década de los noventa se caracteriza por el crecimiento de la educación superior universitaria privada. El consejo nacional para la autorización de universidades CONAFU (al amparo de la ley N°26439), se encarga de otorgar autorización de funcionamiento provisional de universidades, a solicitud de personas jurídicas constituidas como asociaciones o sociedades anónimas, cuando hayan cumplido los aspectos administrativos que acreditan condiciones académicas, financieras y de infraestructura que se les exige”*.

IX. CONCLUSIONES

En el transcurso de la historia de la educación superior universitaria en nuestro país, apreciamos un permanente movimiento cíclico entre posiciones ideológicas que reivindican la reforma del año 1918, y otras que buscan enterrarla. Curiosamente este movimiento pendular, es una de las características más visibles de los regímenes democráticos, frente a los gobiernos autocráticos y dictatoriales.

Por su parte, el Dr. Iván RODRÍGUEZ CHÁVEZ¹⁴, manifiesta que *“la autonomía universitaria tenemos que pensarla como un atributo de la universidad, es decir como una propiedad esencial e infaltable de la universidad, al punto que procede afirmar categóricamente que no podemos concebir la universidad sin autonomía, ni aquí, ni en ningún otro sitio, ni antes, ni ahora, ni en el futuro (...)”*.

Actualmente vivimos un clima de polarización frente al nuevo marco jurídico institucional de la Universidad, que fue aprobado sin los consensos necesarios por parte de los actores directamente involucrados. Ello ha generado una serie de pronunciamientos como el expresado por los juristas del Perú a los candidatos a la presidencia de la República¹⁵ quienes hacen un llamado a reflexionar sobre las actitudes y proceder arbitrario de la SUNEDU, en la aplicación de la Ley Universitaria, señalando que *“(...) SUNEDU ha invadido en forma ostensible los fueros del Congreso de la República y del Tribunal Constitucional por medio de una Resolución¹⁶ de aprobación de ‘un precedente de observancia obligatoria’, que no es otra cosa que una interpretación auténtica de la Ley Universitaria. La SUNEDU no tiene competencia para interpretar la Ley Universitaria, ni puede tenerla, porque es parte del Poder Ejecutivo, y a este no le compete la facultad de interpretar, complementar o llenar los vacíos legales, sino cumplirla en su literalidad (...)”*. Asimismo, la Declaración de la Unión de Universidades de América Latina y el Caribe (UDUAL) sobre los Derechos y Autonomía de la Universidad Pública Peruana, suscrita por el Dr. Marcial RUBIO CORREA¹⁷, donde *“(...) la UDUAL, manifiesta su solidaridad con las Universidades peruanas, ante el arbitrario uso de la Ley Universitaria, y reivindica el valor democrático de la autonomía universitaria (...)”*.

Sin embargo, consideramos que pese a los cuestionamientos del accionar de la Superintendencia de Educación Superior Universitaria – SUNEDU, relativo a la intervención de las decisiones de gobierno de las Universidades públicas, la Ley Universitaria N°30220 recoge en muchas disposiciones el espíritu

14 “Hacia una nueva universidad en el Perú” Fondo Editorial UNMSM (2003)

15 Pronunciamiento de fecha 03.04.2016

16 Resolución de Consejo Directivo N°006-2016-SUNEDU/CD (15.01.2016)

17 Declaración de La Paz – Bolivia (08.04.2016)

democrático que motivó la promulgación de la Ley ALAYZA-SANCHÉZ en 1983, unificando en un solo cuerpo normativo disposiciones dispersas que se dieron en el transcurso de los aproximadamente treinta años que rigió la mencionada Ley, que por ejemplo, no normaba sobre las Universidades privadas bajo el régimen de organización asociativa y societaria, distinción que se dio a partir de la vigencia del Decreto Legislativo N°882 (1996). Es así que desde que el Tribunal Constitucional, declaró infundadas, las acciones de inconstitucionalidad contra la Ley Universitaria N°30220, la SUNEDU ha venido reglamentando con mayor fuerza las disposiciones normativas de la Ley, además excederse en sus atribuciones en algunos casos.

X. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGRAMONTE Roberto. *“Sociología de la Universidad”* – Cuadernos de Sociología. México (1957)
- ASAMBLEA NACIONAL DE RECTORES – ANR. *“Conferencia mundial sobre la educación superior”* – ANR (2009)
- ASAMBLEA NACIONAL DE RECTORES – ANR. *“Informe sobre Educación Superior Universitaria”* – ANR (2004)
- ASAMBLEA NACIONAL DE RECTORES – ANR. *“Constitución Política, Ley Universitaria, Ley de Promoción de la Educación y normas de la ANR”* (2009)
- BASADRE Jorge. *“La vida y la historia”* Lima. Banco Industrial (1975) y *“La Educación”* N°18 (1960)
- BURGA Manuel. *“La actualidad de una gran historia: la responsabilidad ética y política de la universidad”*. UNMSM (2003)
- CENTRO NACIONAL DE PLANEAMIENTO ESTRATEGICO – CEPLAN. *“Plan Bicentenario”* (2009)
- CONSEJO NACIONAL DE EDUCACIÓN – CNE. *“Proyecto Educativo Nacional”*(2014)
- OPPENHEIMER Andrés. *“Crear o morir, la esperanza de América Latina y las 5 claves de la innovación”* – Debate. México. (2014)
- ONGARO ESTRADA Andrés Antonio. *“La Legislación sobre Educación Superior en el Perú”*. IESALC/UNESCO
- PISCOYA HERMOZA Luis. *“A dónde nos llevan nuestras universidades”*. Fondo Editorial UIGV (2011)
- RIOS BURGA Jaime. *“La Universidad en el Perú”*. Tomos completos – ANR (2009)
- SANCHEZ Luis Alberto. *“La Universidad en Latinoamérica”*. (1962)

LA ENSEÑANZA DEL DERECHO Y EL DESARROLLO DE SU DIMENSIÓN PRÁCTICA

LA DESTREZA LEGAL

Dr. Jesús Antonio Rivera Oré'

SUMARIO

1. Introducción 2. ¿Qué es aprender derecho para los estudiantes de pregrado? 3. ¿Qué se debe tener presente para enseñar una profesión? 4. ¿Qué son las destrezas legales. 5. ¿Cuáles son las destrezas legales? Conclusiones. Bibliografía

RESUMEN

La enseñanza tradicional del Derecho descuida el desarrollo de la dimensión práctica, tan importante en el ejercicio profesional. La experiencia tanto en prácticas pre-profesionales, para el estudiante de Derecho, como profesionales, para el abogado, lo hace desarrollar ciertas habilidades, pero este aprendizaje no sistematizado y debiera serlo desde las aulas universitarias.

PALABRAS CLAVES

La enseñanza del Derecho. Habilidades. Destrezas legales.

1. INTRODUCCIÓN

Lo que se lee últimamente en los medios sobre la universidad es, en líneas generales, esto: 1. Que lo que se hace en ella no corresponde con lo que hoy demanda el mercado laboral y la competencia empresarial; 2. Que falta profesionalización y sobra teoría en la articulación de los planes de estudios en la mayoría de las facultades y escuelas; 3. Que hay mucha *endogamia* y que eso deja fuera de la universidad, especialmente en la pública, a muchos de los que serían o habrían podido ser buenos profesores e investigadores.²

1 Abogado. Doctor en Derecho. Doctor en Educación. Past Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Lima Sur. Past Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega. Presidente del Capítulo Peruano de la Federación Interamericana de Abogados.

2 FERNÁNDEZ BUEY, Francisco. (Catedrático de Filosofía Moral y Política. *Universitat Pompeu Fabra*). Sobre la

¿En este orden de ideas las Facultades de Derecho, deben formar a los estudiantes de acuerdo con la demanda del “mercado profesional”³ o debe tener otros parámetros más trascendentes? En lo que toca a las Facultades de Derecho, existe una fuerte corriente que rechaza la formación de los nuevos abogados por considerar que hay un gran número de estos profesionales en el mercado de servicios jurídicos, que les falta ciertas habilidades o destrezas.⁴

Comparto plenamente lo señalado por el profesor Felipe Osterling: la solución de los conflictos de intereses particulares o corporativos que se le confían al abogado de hoy, requiere de estudios en especialidad y, además, deben estar acompañados de terminadas destrezas legales.

Muchas veces un abogado se encuentra con un *gerente* que conoce mejor que él la legislación aplicable a una actividad empresarial especializada; o con un *asistente social* que recuerda mejor las reglas sobre familia y menores; o con un *contador* que sabe casi de memoria cierta ley tributaria. Sin embargo, ninguno de ellos sabe *Derecho* estrictamente hablando y posee esas habilidades o destrezas que deben acompañar a un abogado.⁵

Una primera pregunta a formularnos sería: ¿El abogado debe ponerse al corriente de todas las normas existentes, en el sistema jurídico peruano, para poder actuar en *l Derecho*? ¿Si las conoce todas de memoria podrá actuar de inmediato y con eficiencia?⁶

2. ¿QUÉ ES APRENDER DERECHO PARA LOS ESTUDIANTES DE PREGRADO?

Esa fue la pregunta que se formuló, en el año 2001, el profesor Marcial Rubio Correa. Para la enseñanza del Derecho se cuenta con textos muy antiguos. Uno de ellos son *Las Institutas* de Justiniano⁷, elaboradas por sus codificadores en el siglo VI después de Cristo. Las clases de educación superior, en materia jurídica, se apegaron durante siglos a ese texto, en buena parte del mundo occidental todavía se estudiaba con *Las Institutas*, párrafo a párrafo, hasta

universidad y sus funciones La universidad, ante su crisis. [Documento en Línea]. Disponible: <http://w2.bcn.cat/bcnmetropolis/arxiu/es/pagea/6a2>. (Consulta: 2014, junio 13)

3 Se debe llamar la atención que la formación del abogado no debe tener como orientación sólo el mercado, una formación orientada de esa manera haría un “*técnico*”. respetable por cierto, pero no un humanista que funde su ejercicio profesional en la defensa de la constitucionalidad y los derechos humanos.

4 Sin embargo quienes piensan así olvidan que, en efecto, hay muchos abogados pero que no tienen especializaciones que demanda el siglo XXI, lo que hace que descubramos que hay muchos abogados que orienten su actividad sólo a la defensa y las necesidades sociales quieren otras orientaciones.

5 RUBIO CORREA, Marcial. Proyecto de nuevo sistema de enseñanza del Derecho en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. (Documento en Línea). Disponible: revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/articulo[Consulta: 2014, junio 10] pp.957-1010.

6 RUBIO CORREA, Marcial. Opus cit.

7 *Flavius Petrus Sabbatius Justiniano*. Nació en el año 482 d. C, cerca de lo que hoy es Serbia. Su reinado se inició en el año 527 d. C. y acabó tras su muerte en el año 565 d.C. Emperador del Imperio Romano de Oriente.

bien entrada la primera mitad del siglo XIX.⁸

El siglo XIX fue el de las grandes codificaciones⁹ y la enseñanza del derecho cambió Las Institutas¹⁰ por los códigos, pero no el método, que fue trasladado casi mecánicamente del Derecho Romano al de los Estados-Nación.¹¹

3. ¿QUÉ SE DEBE TENER PRESENTE PARA ENSEÑAR UNA PROFESIÓN?

Enseñar una profesión supone muchos elementos que se interrelacionan de manera compleja.- Así tenemos: el perfil del profesional que se quiere obtener, los elementos esenciales del conocimiento conceptual y metodológico que debe adquirir el profesional. El plan de estudios que debe seguir, lo que supone los cursos, su estructura, finalidades y secuencia, la preparación del curso por el profesor, luego su actividad en clase, que incluye el trabajo de desarrollo del conocimiento y la evaluación.¹²

Sin embargo, la pregunta sobre qué se debe tener presente para enseñar *Derecho*, hoy tiene otras respuestas. ¿En el siglo XXI, siglo de la globalización, se debe seguir haciendo lo mismo? La carrera de Derecho, está experimentando profundas transformaciones. Conceptos como *calidad, convergencia, comparabilidad de estudios y titulaciones, movilidad, cualificaciones, competencias, aprendizaje a lo largo de la vida, empleabilidad*, entre otros, han venido a instalarse con ánimo de permanencia en el contexto educativo mundial.¹³

La creación del *Espacio Europeo de Educación Superior (EEES)* y la implementación del *Proyecto Tuning Europa y América Latina* tienen como base un *modelo educativo por competencias*, comenzando a dejar atrás el enfoque tradicional. Centrado en la enseñanza de contenidos como fin último, el modelo educativo tradicional sitúa al estudiante como sujeto pasivo de la enseñanza, más que como un participante activo de su aprendizaje.¹⁴

La enseñanza de las ciencias jurídicas es, por esencia, tradicional y conservadora, muy apegada a sus orígenes y en que los cambios y las

8 RUBIO CORREA, Marcial. Ideas sobre qué es aprender (y enseñar) Derecho en un pregrado. Serie Magis 1.Lima. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú. 2001, pág. 11.

9 Como el señero código civil francés, el código civil argentino, el código civil de Chile o el código civil del Perú de 1852, producidos en el siglo XIX.

10 Las *Institutas* divididas en cuatro libros (que son el resumen de las *Panckctas*) y estaban destinadas a los estudiantes de Derecho.

11 RUBIO CORREA, Marcial. Ideas sobre qué es aprender (y enseñar) Derecho en un pregrado. *SerieMagis1*. Urna. Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú. 20011 pág. 12.

12 RUBIO CORREA, Marcial. Opus cit.

13 DEVOTO BERRIMAN, Carolina. Enseñar Derecho y preparar futuros abogados. En:Actas del Primer Congreso Nacional de Pedagogía Universitaria y Didáctica del Derecho. 14, 15 y 16 de diciembre de 2010, organizado por la Unidad de Pedagogía Universitaria Didáctica del Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de r · Gestión metodológica (Documento en Línea). [Consulta: 2014, junio 13]

14 DEVOTO BERRIMAN,Carolina. Opus cit.

innovaciones se perciben como conceptos lejanos, más propios de otras ciencias que de la nuestra.¹⁵

El nuevo contexto educativo, al que hemos aludido, exige llevar a cabo procesos de reflexión y diagnóstico, realizar grandes ajustes, profundas reformulaciones y cambios, a los cuales la enseñanza jurídica no se puede sustraer. Hoy, más que nunca, es necesario preparar a los estudiantes para adaptarse a las necesidades de una sociedad globalizada y en permanente cambio, por una parte y a los requerimientos de un mercado laboral cada vez más competitivo y especializado, por otra, lo que exige una formación profesional que vincule la educación universitaria con el mundo del trabajo y que conduzca a la adquisición y desarrollo de las habilidades, destrezas y actitudes necesarias para ejercer la profesión (competencias). En definitiva, que la formación profesional comprenda tanto la enseñanza del Derecho como también la preparación de futuros abogados, en competencias específicas para ejercer la profesión.¹⁶

Al respecto considero muy oportuno citar una valiosa experiencia que le ocurrió a la doctora Shoschana Zusman, profesora universitaria preocupada siempre por los temas de la enseñanza del *Derecho*. Razones profesionales me llevaron en el curso de este año 17 a seguir de cerca un juicio ante un juez comercial en la *High Court of Justice* en Londres. Ello supuso asistir durante dos semanas a audiencias en las que los *barristers*, abogados de corte, examinaron a los testigos, presentaron sus alegatos y obtuvieron el pronunciamiento del juez.¹⁸

La experiencia fue sin duda interesante, pero si hubo algo destacable y singular, fue la calidad profesional de los abogados y los jueces. Los abogados conocían el caso en detalle, manejaban el expediente con precisión, sus respectivos discursos, además de estar impecablemente estructurados, expresaban un razonamiento jurídico acabado, controlaban con maestría su expresión corporal, su tono de voz acompañaba perfectamente al discurso, manifestaban en todo momento genuina consideración por el valor del tiempo del juez y, en consideración a ello, lo inducían a revisar los documentos verdaderamente importantes, sin expresiones inútiles ni pérdida de tiempo.¹⁹

El juez, por su parte, seguía con atención el desarrollo del debate, hacía las preguntas que le permitían despejar dudas, leía con atención los documentos que las partes le sugerían leer; interrogaba a los testigos y discutía con las partes cuestiones no sólo referidas al fondo del asunto sino a la mecánica de las audiencias mismas como, por ejemplo, el número de sesiones que serían necesarias o el tiempo que había que conceder a cada testigo. Vencido el plazo, fijado para la terminación de las audiencias, el juez quien, a esas alturas ya conocía el expediente a la perfección, resolvió la controversia. Y lo hizo de

manera directa y precisa, con criterio comercial, imponiendo una solución justa y equitativa.²⁰

El efecto que en términos de eficiencia social tiene un sistema de solución de controversias semejante, no requiere mayor comentario.²¹

¿Qué hace *-me preguntaba-* que el desempeño de todos los actores del proceso sea tan profundamente racional? Existen sin duda, muchas respuestas válidas y no necesariamente excluyentes entre sí. Pero una de las razones de ese acabado nivel de desarrollo está, sin duda, en la enseñanza del Derecho.²²

Durante los últimos cincuenta años la mayoría de las escuelas de Derecho norteamericanas e inglesas vienen discutiendo el tema de la metodología de enseñanza del Derecho. Fruto de ese debate ha sido el surgimiento de una corriente orientada hacia la educación a través del desarrollo de destrezas, conocida como el *Skill movement for education in law*.²³

4. ¿QUÉ SON LAS DESTREZAS LEGALES?

Las destrezas legales son las herramientas o habilidades necesarias para trazar diversas rutas en la labor profesional del abogado. Los *lawyerings skills*, como se les conoce a las destrezas legales en inglés, han sido desarrollados en el sistema anglosajón desde hace varias décadas y constituyen una de las pocas asignaturas obligatorias en la *currícula* de las Escuelas de Derecho en los Estados Unidos de Norte América y el Reino Unido.²⁴

Tradicionalmente, el estudio del Derecho ha satisfecho bastante bien sólo una de estas dimensiones, la del conocimiento. Esto tiene como consecuencia que una vez graduado, el abogado se encuentra con que no conoce verdaderamente el mundo del Derecho. Se da cuenta que existe una brecha entre lo que debe ser y lo que es. De hecho, esta brecha la perciben algunos alumnos que hacen prácticas pre profesionales, quienes se “*chocan*” con la cruda realidad que, en la mayoría de los casos, lo que aprenden en la universidad está totalmente divorciado de la realidad.²⁵

15 DEVOTO BERRIMAN, Carolina. Opus cit.

16 DEVOTO BERRIMAN, Carolina Opus cit.

17 El relato de su experiencia profesional se ubica en 1999.

18 ZUSMAN T. Shoschana. Nuevas tendencias en la enseñanza del Derecho: La destreza legal. Documento en línea. Consulta: 2014, junio 10], pp. 929-935. Disponible: revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article [Consulta: 2014, junio 10], pp. 929-935

19 ZUSMAN T. Shoschana. Opus cit.

20 ZUSMAN T. Shoschana. Opus cit.

21 ZUSMAN T. Shoschana. Opus cit.

22 ZUSMAN T. Shoschana. Opus cit.

23 ZUSMAN T. Shoschana. Opus cit.

24 MAC LEAN MARTINS, Ana Cecilia. *Destrezas legales para la realidad del derecho en el Perú*. En: Cuadernos de Investigación EPG. Escuela de Postgrado de la UPC. Edición N° 14-Abril 2011, pp.1-12.

25 MAC LEAN MARTINS, Ana Cecilia. Opus cit.

La enseñanza tradicional del Derecho descuida el desarrollo de la dimensión práctica, tan importante en el ejercicio profesional. No es que el alumno no aprenda algo de la dimensión práctica; de hecho, su experiencia tanto en prácticas pre profesionales como profesionales lo hace desarrollar ciertas habilidades. Sin embargo, este aprendizaje no está sistematizado y depende tanto de la madurez del alumno como de la suerte que tenga éste para enfrentarse a diversas situaciones.²⁶

5. ¿CUÁLES SON LAS DESTREZAS LEGALES?

Un aspecto totalmente descuidado en la enseñanza del Derecho es la dimensión personal. No podemos ni debemos olvidar el objetivo del Derecho, y en ese sentido, la dimensión personal, que implica considerar la idiosincrasia, cultura, lenguaje, intereses y actitudes de todas las personas involucradas, adquiere vital importancia.²⁷

Las destrezas legales que desde la perspectiva del mundo anglosajón se han considerado como las indispensables para que un abogado pueda ejercer de manera competente su profesión son las siguientes: 1. Investigación. 2. Redacción. 3. Capacidad para entrevistar. 4. Defensa. 5. Negociación.²⁸ ¿Ofrecemos o incentivamos todo esto en las Facultades de Derecho?

CONCLUSIONES

1. La enseñanza del derecho, debe en el presente siglo, desarrollar la dimensión práctica.
2. En la enseñanza del Derecho se descuidan o desperdician ciertas habilidades de los estudiantes indispensables para prestar servicios legales.
3. Es imperativo que se incorporen, afiancen o se estimulen sistemáticamente, en los planes de estudios de las Facultades de Derecho: 1. La investigación. 2. La redacción. 3. La capacidad para entrevistar. 4. El ejercicio de la defensa. 5. El ejercicio de la negociación, a través de simulaciones.

BIBLIOGRAFÍA

- DEVOTO BERRIMAN, Carolina. *Enseñar Derecho y preparar futuros abogados*. En: Actas del Primer Congreso Nacional de Pedagogía Universitaria y Didáctica del Derecho. 14, 15 y 16 de diciembre de 2010, organizado por la Unidad de Pedagogía Universitaria y Didáctica del Derecho de la Facultad

26 Ibidem

27 Ibidem

28 Ibidem

- de Derecho de la Universidad de Chile ¿Una cuestión metodológica? [Documento en Línea]. (Consulta: 2014, junio 13]
- FERNÁNDEZ BUEY, Francisco. Sobre la universidad y sus funciones La universidad, ante su crisis.[Documento en Línea}. Disponible: [ttp://w2.bcncaUbcnmetropolis/arxiu/es/pagea6a2](http://w2.bcncaUbcnmetropolis/arxiu/es/pagea6a2). [Consulta: 2014, junio 13]
 - RUBIO CORREA. Marcial. Proyecto de nuevo sistema de enseñanza del Derecho en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. [Documento en Línea}. Disponible: revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article [Consulta: 2014, junio 10] pp.957-1010
 - RUBIO CORREA, Marcial. Ideas sobre qué es aprender (y enseñar) Derecho en un pregrado. Serie Magis 1. Lima. Fondo Editorial. Pontificia Universidad Católica del Perú. 2001, pág. 11.
 - ZUSMAN T. Shoschana. Nuevas tendencias en la enseñanza del Derecho: la destreza legal. [Documento en Línea}. [Consulta: 2014, junio 10], pp.929-935 Disponible: revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article [Consulta: 2014, junio 10], pp.929-935

LA NUEVA LEGISLACIÓN PROCESAL EN EL DERECHO DE FAMILIA EN COLOMBIA

*María Juliana Jiménez Martínez*¹

RESUMEN:

Este artículo pretende revelar los cambios normativos en la jurisdicción de familia, puesto que con la entrada en vigencia del nuevo ordenamiento procesal, ley 1564/2012 se derogan disposiciones en asuntos de familia, para ser recogidas en la nueva codificación con las modificaciones necesarias que se ajusten al proceso por audiencias, a la oralidad, agilidad y facilidad de acceso a la administración de justicia, así pues el código general del proceso realizando un gran esfuerzo por unificación en el nuevo y general estatuto, lo hace con el fin de evitar duplicidad de normas, más aún si en ocasiones resultan contradictorias, que impliquen una discusión sobre cuál de ellas deba prevalecer, si por ejemplo una es posterior y la otra es de carácter especial, ante ello se hace imperioso conforme a la necesidad de aportar claridad al campo referenciado, de dilucidar sobre cuáles son las principales reformas introducidas por el Código General del proceso, en materia de los procesos de familia. Puesto que Normas de naturaleza procesal como las previstas en el decreto 2272 de 1989, los artículos 7 y 8 de la ley 721 de 2001, entre otras, quedan derogadas una vez entre en vigencia el Código General del Proceso.

ABSTRACT:

This paper aims to compile the relevant regulations to the jurisdiction of the family , since the entry into force of the new procedural rules, law 1564/2012 repealing provisions in family matters to be included in the new encoding with necessary modifications to fit the hearings process , to orality , agility and ease of access to justice as well as the general code of the process making a great effort to unify the new and comprehensive statute does in order to avoid

¹ Abogada – UPTC (Colombia), grado summa cum laude. Especialista en Gestión Pública –ESAP (Bogotá). Estudiante de Doctorado en Derecho Procesal–UDEM (Colombia).

duplication of standards , especially if sometimes are contradictory , involving an argument over which of them should prevail, if for example one is back and the other is of a special nature , before it becomes imperative according to the need to bring clarity to the field referenced , to elucidate on what the major reforms introduced by the General Code of the process, in terms of family processes.

PALABRAS CLAVE:

Familia y Derecho de Familia. Procesos de familia. La aplicación del Código General del Proceso en los procesos de familia. Justicia material.

KEYWORDS:

Family and Family Law. Family processes. The application of the General Code of Procedure in family proceedings. Justice Materials.

LA NUEVA LEGISLACIÓN PROCESAL EN EL DERECHO DE FAMILIA EN COLOMBIA

INTRODUCCIÓN:

Los denominados procesos de familia tienen por objeto la resolución de pretensiones (contenciosas) y peticiones (extra-contenciosas o voluntarias) que se fundan en relaciones jurídicas sustanciales amparadas o reguladas por el Derecho de Familia. Así las cosas, no está demás recordar que este último tiene como presupuesto a la familia, en cualquiera de sus sentidos, ente sociológico que, cualquiera fuere su naturaleza jurídica. Desde esta perspectiva, el Derecho de Familia y ha sido definido como un conjunto de normas jurídicas que regulan las relaciones familiares.

Según la concepción sistémica en cambio, la imputación de derechos y obligaciones está centrada en la familia como totalidad. A consecuencia de ello, ninguna solución a un conflicto podría importar la defensa de los derechos de uno y al mismo tiempo, el atentado a los intereses de todos, por lo tanto, las responsabilidades son necesariamente compartidas, se revaloriza el acuerdo, relegando a un plano secundario al litigio.

En general, las materias regidas por el Derecho de Familia son indisponibles o imperativas para las partes intervinientes en el proceso respectivo, ámbito en el cual no solo se deben atender los intereses particulares de éstos sino, además, el denominado “interés familiar”. Apareciendo así el llamado “interés superior” del menor. Todo ello, por supuesto, sin que pueda obviarse el innegable “interés social o general” en la resolución de este tipo de conflictos, toda vez que se admite que la familia es célula o institución fundamental en la sociedad de tal

suerte que “El juez de familia se erige, así, en guardián y ejecutor del orden público familiar”.

Orden público familiar que tiende a un objetivo: la solución más beneficiosa para el núcleo familiar. Fin social, transpersonal, que se logra –enseña Berizonce– a través de un proceso judicial especial: **el proceso de familia**.

De igual forma, dada la trascendencia de la familia en la sociedad y concretándose como función primordial del Estado, protegerla, el proceso de familia, se reviste de una serie de principios que orientan el carácter tanto sustancial como procesal de esta misma, los cuales son:

- 1° Fuero, magistratura u órganos jurisdiccionales especializados
- 2° La interdisciplinariedad como principio de organización
- 3° Proceso por audiencias
- 4° Gratuidad en el acceso a la justicia
- 5° Cumplimiento efectivo del principio de inmediación procesal y de la intervención dinámica y comprometida del juez que podrá, eventualmente, hacer prevaler criterios esencialmente discrecionales
- 6° Impulso procesal de oficio
- 7° Amplios poderes del juez para la adecuación judicial de las formas con el objeto de “adoptar razonable y funcionalmente, el orden de sus desarrollos a la finalidad prioritaria de que la protección se materialice”.
- 8° Acentuación del principio de lealtad, probidad y buena fe procesal como deber de las partes y sus letrados.
- 9° Posibilidad de flexibilizar las postulaciones de las partes y el principio de congruencia procesal

Exponiéndose así los principios que irradian todo el campo de los procesos de familia, y centrándonos en la percepción de estado social de derecho, se encuentra establecida la obligación del estado de brindarle a los asociados, instituciones y procedimientos para la resolución de conflictos, es en cumplimiento de esa obligación que se asigna a una rama independiente del poder público, la rama judicial, la función de administrar justicia. Es connatural al juez de familia, ser garante del derecho fundamental a los ciudadanos de acceder a la justicia en procura de la defensa de sus derechos e intereses y con ello proteger y salvaguardar la institución familiar; lo que hace centrar las bases que convierten el acceso a la justicia en un acceso real y efectivo como instrumento idóneo para alcanzar justicia material propia de un estado social de derecho, es por esto, que el juez debe optar necesariamente por satisfacer las exigencias concretas de la justicia material, lo cual no significa el desdén infundado por los procedimientos jurídicos sino, por el contrario, lucha incesante desde el universo

concreto del caso cotidiano para que en él la convivencia social se asiente y consolide en fallos justos que eviten que la justicia perezca estrangulada por los lazos de las ritualidades.²

En primera medida, para dar referencia las reformas que se introducen con esta normativa general, es circunscrito por muchos autores, se rompe el principio de congruencia al instituirse en el parágrafo 1º del artículo 281 del código general del proceso, el cual reza que en los asuntos de familia el juez podrá fallar ultrapetita y extrapetita para darle protección personal a la pareja, al niño, la niña, o adolescente, al discapacitado mental y a la persona de la tercera edad, y prevenir controversias futuras de la misma índole.

Como es bien sabido la doctrina distingue dos grandes corrientes completamente opuestas del procesalismo, una denominada decisionismo, activismo, solidarismo o publicismo procesal, que considera que la crisis de la justicia se debe al exceso de formalismos del proceso y a la falta de actuación del juez, quien se comporta como un espectador.

En el otro extremo se encuentra el garantismo, que le atribuye la crisis a la judicialización de la vida moderna y al aumento de poderes y facultades del juez, a fin de que este impulse y dirija el proceso, y haga lo que las partes por ignorancia o descuido no hicieron (como decretar pruebas de oficio, impulsar y dirigir el proceso, integrar el contradictorio, aplicar las cargas dinámicas de la prueba, decretar medidas cautelares innominadas, etc.).³

El activismo propone para la crisis reducir los trámites procesales, agilizar el procedimiento, y otorgarle mayores poderes al juez, en aras de lograr la máxima tutela judicial. El garantismo en cambio, exige un mayor activismo de las partes, la supresión de poderes del juez, quien debe permanecer en la más absoluta imparcialidad e independencia. Estiman que el publicismo o solidarismo tiñe de autoritarismo el proceso y que su origen se encuentra justamente en los regímenes totalitarios, que impregnaron el proceso de las ideas políticas propias del régimen político imperante en los países que dieron lugar a esos sistemas jurídicos y lo ubican dentro del sistema inquisitivo.⁴

El garantismo considera que en un régimen liberal o democrático, no puede concebirse un sistema procesal distinto del dispositivo o garantista, donde sean las partes las protagonistas del proceso, enfrentadas en igualdad de condiciones, limitando la intervención del juez y concretándola a la decisión.

2 Colombia, Corte Constitucional. La Sala Primera de Revisión. Sentencia T-597 de 1992. M.P. Ciro Angarita Barón. Expediente: T-4737.

3 Colombia, Corte Constitucional. La Sala Séptima de Revisión. Sentencia T-327 de 2011. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. expediente T-2.921.242.

4 Colombia, Corte Constitucional. La Sala Sexta de Revisión. Sentencia T-386 de 2010. M.P. Nilson Pinilla Pinilla. expediente T-2515836.

“Precisamente lo que hace el garantismo es denunciar el origen totalitario de esa corriente publicística del derecho procesal, y criticar que a partir de posiciones totalitarias- fascistas, nacionalistas y comunistas-, surgidas en la primera mitad del siglo XX, se haya tenido por superada la idea de proceso civil adecuada a la idea lógica de dos partes enfrentadas en ingualdad de condiciones y frente a un tercero imparcial, imparcial e independiente”⁵

Es así, como en el marco de un proceso judicial, el juez tiene la obligación de adoptar las medidas pertinentes para superar la incertidumbre que recaiga sobre un determinado enunciado fáctico, cuando este se insinúe en el acervo probatorio y resulte jurídicamente relevante para el sentido de la decisión. Cabe resaltar que estas facultades son propias de un sistema mixto corolario de un modelo inquisitivo en el que el juez *debe investigar la verdad, prescindiendo de la actividad de las partes. Por tanto, puede iniciar oficiosamente el proceso, decretar pruebas de oficio, impulsar o dirigir el proceso y utilizar cualquier medio que tienda a buscar la verdad*⁶; y de un sistema moderno, *orientado a otorgar facultades al juez para decretar pruebas de oficio y para impulsar el proceso, tiende hacia la verdad real y a la igualdad de las partes y establece la libre valoración de la prueba. No obstante, exige demanda del interesado, prohíbe al juez resolver sobre puntos no planteados en la demanda o excepciones y acepta que las partes pueden disponer del proceso por desistimiento, transacción o arbitramento*⁷. Consecuentemente en el Sistema Colombiano (Sistema Mixto):

Es dispositivo en la medida en que las partes inician el proceso por demanda y lo terminan por transacción o desistimiento, lo impulsan y piden pruebas, y el juez debe decidir sobre las pretensiones de la demanda y las excepciones formuladas por el demandado (principio de congruencia)⁸. Sin embargo, es inquisitivo por cuanto, el juez impulsa el proceso y decreta pruebas de oficio en primera o en segunda instancia, puede oficiosamente declarar probadas las excepciones de mérito cuando se encuentren probados los hechos que las constituyan, y emplear los poderes que la ley le otorga para evitar fallos inhibitorios, nulidades y castigar el fraude procesal⁹.

Surgiendo un tercer sistema mixto, que es el que logra integrar el sistema dispositivo y el inquisitivo, bajo el supuesto de que ambos concebidos como puros, constituyen posiciones extremas y disvaliosas, y que al lado de la

5 BORDENAVE, Leonardo. “La Regla de la congruencia y su flexibilización, la necesidad del debate ideológico procesal”. Disponible en www.egacal.e-ducativa.com/upload/AAV/LeonardoBordenave.

6 Colombia, Corte Constitucional. La Sala Plena. Sentencia C-874 de 2003 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. expediente D-4546.

7 Ibidem.

8 Colombia, Corte Constitucional. La Sala Plena. Sentencia C-874 de 2003 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. expediente D-4546.

9 Ibidem.

satisfacción del interés privado de los particulares en la resolución del conflicto, está simultáneamente, el interés público de asegurar la efectividad del derecho en su conjunto. Hoy gran parte de los Códigos Procesales Civiles latinoamericanos consagran el sistema mixto, incluso con preponderancia de alguno de los dos sistemas. En Colombia se ha logrado armonizar los dos, y en la cultura jurídica colombiana son admitidos ambos sin ningún reparo. Por el contrario, está tan acendrada la intervención del Estado en la dirección e instrucción del proceso, que lo extraño sería lo contrario.

La congruencia se ha entendido como la correspondencia que debe existir entre las pretensiones, las excepciones o defensas y la resolución judicial. El requisito de la congruencia se funda principalmente en el derecho de defensa en el proceso; así cada parte sabe cuáles son las pretensiones y las defensas y por ende las pruebas que deben aportar al juicio; y se funda también en el derecho a la igualdad, porque cada parte debe obtener respuesta sobre los asuntos sometidos a conocimiento jurisdiccional. De ahí que el artículo 281 y los demás que en materia de familia facultan al juez para fallar extrapetita, deben ser de aplicación restrictiva y con celoso cumplimiento del derecho de defensa del demandado y de igualdad de las partes. No hay que olvidar que las leyes procesales anteriores a la Constitución de 1991, respondían al modelo de Estado imperante que era el Liberal o de Derecho, que surgió y se impuso como una reacción a los regímenes absolutistas o totalitarios, sujetando al Estado y los particulares al rígido principio de legalidad. Se buscó entonces un equilibrio de poderes y la división de los mismos en ejecutivo, judicial y legislativo, conservando cada uno su independencia. Fue una reacción de la sociedad a la necesidad de independencia frente al Estado.¹⁰ A la separación total entre Estado y sociedad; donde el individuo conducía su vida en sociedad sin la intervención del Estado, sólo en los casos expresamente previstos en la Constitución o en la ley intervenía el Estado.¹¹

El Estado Social y Democrático de Derecho que fue el que adoptó la Constitución de 1991, no desecha el Estado de Derecho, sino que lo adopta y lo armoniza con el social de derecho, esto es, que si el Estado Liberal se caracteriza por los límites de intervención del Estado, el Estado Social se caracteriza por erigirse en motor activo de la vida social.¹² En el Estado Social cambia el rol del juez, que ya no es pasivo, ausente, lejano a la controversia de las partes, sino que interviene en el litigio para prodigar el derecho a quien le corresponda.

10 FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y Garantías*. Madrid. Trotta. 2010, p. 22.

11 ZAGREBELSKY, Gustavo. *Derecho dúctil*. Madrid Editorial Trotta. 1995.Pp. 50-55.

12 Colombia, Corte Constitucional. La Sala Plena. Sentencia C-228 de 2011. M.P. Juan Carlos Henao Pérez. Expediente D-8216.

Es la garantía y prevalencia del derecho material, lo que le importa al Estado, obviamente garantizando los derechos de igualdad y del debido proceso. El proceso es una herramienta, un instrumento, un medio y no un fin en sí mismo, busca de una parte, solucionar el conflicto intersubjetivo, y de la otra, emitir una decisión justa y equitativa.¹³

“La progresiva humanización del proceso acarreó, en primer lugar, la destrucción, del primado simbólico y religioso de la forma y después obró para que se atribuyera mayor importancia a sus fines sociales y políticos. En el cuadro de la caída del formalismo excesivo, que corresponde a la etapa actual, se intensificaron los poderes del juez y al mismo tiempo el de las partes, lo que significa un mayor diálogo y colaboración entre ambos”.¹⁴

PRINCIPALES REFORMAS:

- **Diligencias para la celebración del matrimonio civil**

En materia de celebración del matrimonio civil ante el juez, el Código hizo varias derogaciones. Como se sabe desde el decreto 2668 del 26 de diciembre 1988 se faculta a los interesados para contraer matrimonio civil ante notario. Su celebración es menos ritualista que la que se realiza ante el juez civil y por lo mismo mucho más sencilla. Pues, para su celebración ante notario sólo se exige la solicitud escrita presentada personalmente indicando el nombre, apellidos, documento de identidad, ocupación y domicilio; la manifestación de que es de su libre y espontánea voluntad contraer matrimonio y que no tienen impedimento legal para ello. Hechos los emplazamientos en la forma prevista en la ley, para si alguien desea oponerse al mismo, el notario autoriza la escritura, la lee en presencia de los contrayentes y procede a firmarla, y queda así perfeccionado el matrimonio. Si es ante juez civil, aparte de la solicitud, que debía ceñirse a lo previsto en el artículo 128 del C.C., y del emplazamiento, se debía contar con la presencia de varios testigos; de un lado, testigos cuyos nombres y vecindad debían indicarse en la solicitud, para que declararan “sobre las cualidades necesarias en los contrayentes para poderse unir en matrimonio” (artículo 128 del C.C.), y del otro, dos testigos “hábiles previamente juramentados”, cuya presencia y autorización era necesaria en la diligencia de celebración (artículo 126).

13 ARDILES Paso, Jaime Humberto. *Los diseños normativos en el Marco del Estado Constitucional*. Madrid. Libertad. 2004, p. 15.

14 ÁLVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Del formalismo en el proceso civil*. Palestra Editores. Lima, 2007, p. 434; citado por PARRA QUIJANO, Jairo. *Memorias del XXXIII Congreso de Derecho Procesal*, p. 27.

Como la norma se refería a testigos de las cualidades, se exigían como mínimo dos, en virtud de que para la época de expedición del Código Civil el método de valoración probatoria era el de la tarifa legal, y pese a que el Código de Procedimiento Civil de 1970, cambió el método de valoración probatoria por el de libre apreciación de la prueba, en la práctica se seguían exigiendo un mínimo de dos testimonios. Así mismo, el artículo 127 del mismo Código Civil trae un listado de personas que son inhábiles “para presenciar y autorizar un matrimonio”, cuyos numerales 5°, 6° y 7°, referentes a la inhabilidad de los sordos, los ciegos, sordos y mudos, fueron declarados inconstitucionales por la Corte Constitucional mediante sentencia C-401 del 2 de junio de 1999. Adicionalmente, la falta de testigos presenciales vicia de nulidad subsanable el matrimonio civil (artículo 13 numeral 2° de la ley 157 de 1887). Debe recordarse que la Corte Constitucional en sentencia C-112 del 9 de febrero del año 2000, declaró la inconstitucional la exigencia de que el matrimonio se celebrara exclusivamente ante el juez del domicilio de la mujer contenida en los artículos 126 y 131 del Código Civil y 1° del decreto 2668 de 1988. Desde entonces el matrimonio se podrá celebrar ante el juez civil municipal del domicilio de cualquiera de los contrayentes, e incluso donde haya juez de pequeñas causas ante éste y en el domicilio de cualquiera de aquellos (artículo 14 A numeral 3° del CPC, en la redacción del artículo 2° numeral 3° de la ley 1395 de 2010), e igualmente así quedó en el numeral párrafo del artículo 17 del CGP. El Código General del Proceso, derogó la exigencia de testigos sobre las cualidades de las personas que pretendían unirse en matrimonio. Fue así como se derogaron con el artículo 626 literal a), los artículos 126, 128, 130 y 133 del C.C. La expresión “y a recibir la declaración a los testigos indicados por los solicitantes”, del artículo 129; la expresión “practicadas las diligencias indicadas en el artículo 130” del artículo 134; las expresiones “y no hubiere por este tiempo de practicar las diligencias de que habla el artículo 130” del artículo 136. Las anteriores derogatorias están vigentes desde el 12 de julio del año 2012. De suerte que hoy para la celebración del matrimonio civil ante juez, lo mismo que acontece con el que se celebra ante notario, no se requieren testigos sobre las calidades de los futuros contrayentes.

Por último debe señalarse que hoy ante la derogatoria del artículo 128 del Código Civil no se prevén requisitos de la solicitud para la celebración del matrimonio civil ante juez, por lo cual ha de aplicarse por analogía los requisitos de la solicitud para la celebración del mismo ante notario señaladas en el artículo 2° del decreto 2668 de 1988, por resultar plenamente aplicables dada la regulación legal del matrimonio en cuanto a los requisitos de validez.

Sin embargo, si bien pudiera pensarse a primera vista que la exigencia de testigos presenciales hábiles fue suprimida por cuanto se derogó el artículo 126, que establecía “Que el matrimonio se celebraría ante el juez del distrito de la vecindad, con la presencia y autorización de testigos hábiles, previamente juramentados”, lo cierto es que nada se dijo respecto del artículo 135, que consagra: “El matrimonio se celebrará presentándose los contrayentes en el despacho del juez, ante éste, su secretario y dos testigos... En seguida se extenderá un acta de todo lo ocurrido, que firmarán los contrayentes, los testigos, el juez y su secretario, con lo cual se declara perfeccionado el matrimonio”.

Adicionalmente quedó vigente el artículo 127 sobre inhabilidades testimoniales y el 13 numeral 2° de la ley 57 de 1887 sobre nulidad del matrimonio por ausencia de testigos presenciales. Fue, a mi juicio, una omisión del legislador porque habría podido aprovecharse la oportunidad para derogar esas normas anacrónicas que a lo que conducen es a dificultar el matrimonio ante juez el, máxime cuando desde 1988 no se exigen testigos presenciales para la celebración del matrimonio ante notario.

- **Proceso de investigación o impugnación de la paternidad o maternidad –artículo 386–**

Etimológicamente la palabra “filiación” proviene del vocablo filius-filii que traduce –hijo–; significa la línea descendente existente entre dos personas, donde uno es el padre o la madre de la otra; es la relación que se da entre dos seres de los cuales uno emana del otro por generación; el término filiación va unido a las palabras paternidad y maternidad, expresiones que designan el mismo vínculo que une al padre o a la madre con su hijo, pero apreciándolo desde un punto de vista diverso.

El vínculo de sangre que existe entre el hijo y su padre o su madre puede tener origen en relaciones sexuales dentro del matrimonio, en las relaciones sexuales extramatrimoniales o en la fecundación artificial. Muchos tratadistas la han definido. Así, Louis Josserand la define como “El lazo que une a dos personas que descienden una de la otra, o de un tronco común; tiene, por consiguiente, carácter esencialmente genealógico”. Planiol y Ripert la consideran en sentido natural, y en sentido estrictamente jurídico; según el primero, consiste en la descendencia en línea directa; conforme al segundo, significa la relación inmediata del padre o madre con el hijo”.

Tradicionalmente han existido dos procedimientos para la investigación o la impugnación de la filiación. Uno especial para cuando la investigación o la impugnación la promueve un menor, siempre que no acumulen las

dos pretensiones, y un proceso ordinario para todas las demás hipótesis, incluido el que contiene la acumulación de las dos pretensiones. Hoy en los distritos judiciales donde está implementada la ley 1395 de 2010, se tramita un solo proceso de filiación, el verbal de mayor y de menor cuantía de acuerdo con lo previsto en los artículos 21 y 25 de la citada ley. Donde no se ha implementado existe incertidumbre sobre el trámite, como quiera que la citada ley en el artículo 44 derogó los incisos 1° y 2° del artículo 8° de la ley 721 de 2001, los cuales consagraban el trámite del proceso especial. Ello condujo a que muchos jueces consideraran que como se derogó el trámite especial, mientras entra a regir la 1395 debe tramitarse sólo el proceso ordinario para la filiación. Otros en cambio, creen que el proceso especial permanece vigente en razón de que el legislador no derogó el artículo 7° de la ley 721 que es el que contempla que en todo proceso de filiación (entiéndase donde el menor es demandante, según interpretación de la Sala Civil de la Corte en sentencia del 14 de agosto de 2007), ni el párrafo 2° del mencionado artículo, que establece que si la prueba demuestra la paternidad con ella se dicta sentencia estimatoria o lo contrario; y que adicionalmente una ley de descongestión no cometería el desafuero de convertir un proceso célere como el especial en uno ordinario, y que por lo tanto debe acudirse a una interpretación teleológica de la ley, en el sentido de que se derogó el proceso especial sólo para que se tramitara un solo proceso verbal en donde se vaya implementando la ley 1395. Mi opinión ha sido esta última.

En el nuevo CGP, sólo habrá un proceso de filiación, el verbal, con las especificidades que más adelante se resaltan. En efecto, en el Código General del Proceso se unifica el trámite y queda sólo el proceso declarativo verbal para la filiación, trátase de impugnación o de reclamación, pero se contemplaron las siguientes reglas especiales en el artículo 386:

1. La demanda deberá contener todos los hechos, causales y petición de pruebas, en la forma y términos previstos en el artículo 82 de este Código.
2. Cualquiera que sea la causal alegada, en el auto admisorio de la demanda el juez ordenará, aún de oficio, la práctica de una prueba con marcadores genéticos de ADN o la que corresponda con los desarrollos científicos y advertirá a la parte demandada que su renuencia a la práctica de la prueba hará presumir cierta la paternidad, maternidad o impugnación alegada. La prueba deberá practicarse antes de la audiencia inicial. De la prueba científica se correrá traslado por tres (3) días, término dentro del cual se podrá solicitar la aclaración, complementación o la práctica de un nuevo dictamen, a costa del interesado, mediante solicitud debidamente motivada. Si se

pide un nuevo dictamen deberán precisarse los errores que se estiman presentes en el primer dictamen. Las disposiciones especiales de este artículo sobre la prueba científica prevalecerán sobre las normas generales de presentación y contradicción de la prueba pericial contenidas en la parte general de este Código. El juez ordenará a las partes para que presten toda la colaboración necesaria en la toma de muestras.

3. No será necesaria la práctica de la prueba científica cuando el demandado no se oponga a las pretensiones, sin perjuicio de que el juez pueda decretar pruebas en el caso de impugnación de la filiación de menores.
4. Se dictará sentencia de plano acogiendo las pretensiones de la demanda en los siguientes casos:
 - a) Cuando el demandado no se oponga a las pretensiones en el término legal, sin perjuicio de lo previsto en el numeral 3.
 - b) Si practicada la prueba genética su resultado es favorable al demandante y la parte demandada no solicita la práctica de un nuevo dictamen oportunamente y en la forma prevista en este artículo.
5. En el proceso de investigación de la paternidad, podrán decretarse alimentos provisionales desde la admisión de la demanda, siempre que el juez encuentre que la demanda tiene un fundamento razonable o desde el momento en que se presente un dictamen de inclusión de la paternidad. Así mismo podrá suspenderlos desde que exista fundamento razonable de exclusión de la paternidad.
6. Cuando además de la filiación el juez tenga que tomar medidas sobre visitas, custodia, alimentos, patria potestad y guarda, en el mismo proceso podrá, una vez agotado el trámite previsto en el inciso segundo del numeral segundo de este artículo, decretar las pruebas pedidas en la demanda o las que de oficio considere necesarias, para practicarlas en audiencia.
7. En lo pertinente, para la práctica de la prueba científica y para las declaraciones consecuenciales, se tendrán en cuenta las disposiciones de la Ley 721 de 2001 y las normas que la adicionen o sustituyan.

Los artículos 7 y 8 de la ley 721 de 2001 fueron expresamente derogados por el CGP, y el parágrafo del artículo 8 establece: “En caso de renuencia de los interesados a la práctica de la prueba el juez del conocimiento hará uso de todos los mecanismos contemplados por la ley para asegurar la comparecencia de las personas a las que se les deba practicar la prueba.

Agotados todos estos mecanismos, si persiste la renuencia, el juez de conocimiento de oficio y sin más trámites mediante sentencia procederá a declarar la paternidad o maternidad que se le imputa” Actualmente el artículo 7° y el párrafo transcrito, están vigentes.

Para el proceso de filiación se seguirán aplicando reglas similares a las que existen hoy para la aclaración, complementación y objeción al dictamen previstas en el actual Código de Procedimiento Civil, en virtud de las exigencias especiales de la ley 721 a los laboratorios para la práctica de pruebas de paternidad, en especial de la necesidad de certificación y acreditación, la autorización de funcionamiento como laboratorios clínicos, a la modalidad de contratación de los laboratorios que es la de la contratación estatal y los pocos laboratorios habilitados para la práctica de estas pruebas, la mayoría de ellos con sede en la capital de la República, lo que dificulta el desplazamiento de los peritos genetistas a todos los juzgados del país.

- **Demanda contra herederos indeterminados en el proceso de filiación**

El artículo 81 del CPC, establece que cuando se pretenda demandar en proceso de conocimiento a los herederos de una persona cuyo proceso de sucesión no se ha iniciado, se debe demandar a los herederos conocidos y a los indeterminados, si no se conoce a ninguno, entonces sólo se demandará a estos últimos. Si se procede de esta manera, la sentencia produce efectos de cosa juzgada erga omnes, como lo establece el artículo 332 inciso 4° del CPC. Sin embargo el punto ha sido problemático, como quiera que en el proceso de filiación cuando el padre ha muerto, la sentencia produce un doble efecto, los personales o del estado civil y los patrimoniales. Los primeros son absolutos o erga omnes, por la indivisibilidad del estado civil, pues, como bien lo ha dicho la Corte el hijo no puede serlo frente a unos y no frente a otros. De suerte, que aunque todos los herederos no hayan acudido al juicio, los efectos personales son absolutos. Pero otra cosa ocurre con los efectos patrimoniales, pues, de conformidad con lo previsto en los artículos 404 del Código Civil y 10 de la ley 75 de 1968, cuando el padre ha muerto la sentencia de filiación sólo produce efectos patrimoniales frente a quienes fueron parte en el juicio y siempre que la demanda se haya presentado dentro de los dos años siguientes a la defunción del presunto padre, y según la actual jurisprudencia de la Corte, siempre que la notificación se realice dentro de los términos previstos en el artículo 90 del CPC. Para superar estas dificultades de interpretación el artículo 303 del Código General del Proceso, establece en el inciso 3°: “En los procesos en que se emplaze a personas indeterminadas para que comparezcan como parte, incluidos los de filiación, la cosa juzgada surtirá efectos en relación con todas las comprendidas en el emplazamiento”. Así, pese, a que los herederos no

conforman un litisconsorcio necesario por pasiva, sino facultativo, la sentencia sí produce efectos absolutos personales y patrimoniales cuando se demanda a herederos indeterminados. Lo que resulta discutible es la derogatoria de algunos de los artículos del Código Civil, relacionados con los efectos de las sentencias de filiación, entre ellos el 404. La derogación de los artículos 402 y 403, en principio no generará dificultad mayor, toda vez que el 402 alude a los requisitos del fallo sobre filiación legítima (hoy matrimonial) para que éste produzca efectos erga omnes como lo dispone el artículo 401. Los requisitos 1° y 3° a que se refiere hoy el citado artículo 402, están contemplados en el CGP, y lo estaban en el CPC, y tienen que ver con la cosa juzgada y con la validez del trámite procesal. En cuanto al segundo, atinente a que el fallo tiene que proferirse contra legítimo contradictor, es indudable que el mismo encierra un contenido mucho más profundo.

Finalmente, El CGP derogó los artículos 402, 404 y 405, del C.C., sobre la cosa juzgada y 409 y 410 y sobre la prueba del estado civil. Esta derogatoria entra a regir con el Código, donde sea implementado por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, desde el 1° de enero de 2014 hasta el 1° de enero de 2017.

- **Proceso de nulidad y divorcio de matrimonio civil**

En el proceso de nulidad de matrimonio civil previsto en el artículo 442 del CPC y 387 del CGP, no hay cambios significativos. En la última parte del inciso 2° se suprime la remisión al artículo 448 numeral 2°, en relación con el cobro de los alimentos provisionales para los cónyuges y los hijos menores, para regularlo ahí mismo, en un inciso separado que dice: “Para el cobro de alimentos provisionales se seguirá ejecución en el mismo expediente, en cuaderno separado, por el trámite del proceso ejecutivo”. Se suprime el último inciso del artículo 442, que establecía que al proceso de nulidad se le aplica el literal e) del numeral 1° del artículo 444; la supresión se justifica por cuanto hay una norma completa sobre medidas cautelares en materia de familia que es el art. 598 del CGP. Por último se agrega un inciso, con el siguiente contenido: “Copia de la sentencia que decreta la nulidad del matrimonio civil se enviará al respectivo funcionario del estado civil para su inscripción en el folio de matrimonio y en el de nacimiento de cada uno de los cónyuges”. Se suprime la norma autónoma del contenido de la sentencia de nulidad de matrimonio civil del actual artículo 443 del CPC, para fusionarla en una norma que incluye el contenido de la sentencia de nulidad de matrimonio civil y el de la de divorcio, que es el actual artículo 389 del CGP. Así mismo, el artículo 388 reemplaza parcialmente el 444 del CPC, suprimiendo todo lo relacionado con medidas cautelares y contenido de la sentencia, por cuanto las primeras están en una norma autónoma, que es el artículo 598 del Código,

que contempla todas las medidas cautelares en los procesos de familia y el segundo, esto es, el contenido de la sentencia, se regula en norma separada junto con el contenido de las sentencias de nulidad de matrimonio, contenida en el artículo 389. La única novedad que se advierte, es la previsión de que en caso de acuerdo, el juez dictará sentencia de plano. Esto evita lo que venía aconteciendo, que en caso de acuerdo, el juez adecuaba el trámite, convertía el proceso en verbal sumario y dictaba sentencia.

- **Inhabilitación y rehabilitación de persona con discapacidad mental relativa –artículo 396–**

El Código de Procedimiento Civil establecía en el artículo 447 el procedimiento para decretar la interdicción por disipación. La ley 1306 de 2009, sobre discapacidad mental, derogó todo el régimen de guardas previsto en el Código Civil, en los artículos 261, 428 a 632, y modificó parcialmente los artículos 427, 447, 649, 655, 659, 660 del Código de Procedimiento Civil y el artículo 5° del decreto 2272 de 1989.

Pues bien, la interdicción por disipación prevista en el Código Civil (arts. 531 a 554), y cuya declaración conducía a una incapacidad relativa, suprimiendo la capacidad negocial o de ejercicio del interdicto, a quien se le debía designar un curador para que lo representara y administrara sus bienes, fue sustituida por el artículo 45 de la citada ley, que consagró el trámite de la inhabilitación judicial, que también genera una incapacidad relativa pero de alcance diferente al de la interdicción. El trámite del proceso previsto en el artículo 45 de la ley 1306 de 2009, fue trasladado al artículo 396 del CGP, con algunas modificaciones. El proceso se debe seguir con audiencia del presunto inhábil. La inhabilitación provisoria puede decretarse en el auto admisorio. Esta norma es novedosa, porque el artículo 447 del CPC, sólo autorizaba la interdicción provisoria previo el trámite de un incidente. Ahora se autoriza en el auto admisorio pero debe partirse del supuesto de que con la demanda se ha aportado prueba de la inhabilitación. De lo contrario no podrá accederse a ella mientras no haya un fundamento razonable, que se encontrará en el caudal probatorio. Al o inhabilitado provisorio se le nombrará un consejero interino o provisorio.

Otra novedad es la de que para la interdicción había que probar la disipación, que según el artículo 534 del C.C., se demostraba con actos repetidos de dilapidación que indicaran una falta total de prudencia, como el juego habitual en el que se arriesgan porciones considerables del patrimonio o las donaciones cuantiosas. La Ley citada y ahora el Código establecen que admitida la demanda, el juez decretará las pruebas que estime convenientes y dispondrá que se practique examen psicológico u ocupacional por un equipo interdisciplinario.

- **Procesos de jurisdicción voluntaria**

En el artículo 577 del CGP, que sustituyó el 649, se hicieron ajustes en cuanto a los asuntos sometidos al trámite del proceso de jurisdicción voluntaria. No se dejó la disposición sobre la concesión de licencia para la insinuación de donación, bajo el entendido de que conforme al decreto 1712 de 1989, esa competencia es de los notarios. No debió suprimirse, porque igual, para cuando hay incapaces debe acudirse al juez de acuerdo con el artículo 1° del decreto citado. Pero como hay un procedimiento residual, al establecer que todo asunto de jurisdicción voluntaria se tramita por este procedimiento, allá quedará incluido.

El numeral 3°, quedó con una imprecisión, como quiera que se refiere a la designación de guardadores, consejeros y administradores, sin advertir que estos dos últimos, también son guardadores, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 52 de la ley 1306 de 2009. La equivocación obedeció a que en esa forma estaba previsto en el artículo 41 de la ley 1306, el cual modificó el artículo 649 del C. de P. C, que luego fue trasladado al CGP. Se aumentaron los asuntos de los numerales 8° y 10°, sobre divorcio, separación de bienes y de cuerpos por mutuo acuerdo y la licencia para el levantamiento de patrimonio de familia, que igualmente estaban en normas especiales.

El numeral 9°, quedó mal ubicado, pues se supone que debe cerrar el artículo, esto es al terminar el listado señalar que cualquier otro asunto de jurisdicción voluntaria que no tenga otro trámite se adelantará por el procedimiento del proceso de jurisdicción voluntaria, y no hacerlo antes, y luego continuar con el listado, como en últimas quedó el artículo. Además el numeral 12 es innecesario, pues sin decirlo, cada vez que el legislador señale un trámite, ese será el trámite. El artículo 578, suprime por innecesario el inciso 2° del artículo 650, sobre el contenido de la demanda, el retiro y reforma de la demanda, pues, para ello se acude a la parte general del Código. El artículo 579, sustituye el 651 del CPC sobre el procedimiento, simplificándolo ostensiblemente. Admitida la demanda y realizadas las citaciones correspondientes, el juez decreta las pruebas y fija fecha y hora para audiencia de práctica de pruebas y fallo. Con posterioridad a la sentencia, puede adoptar las medidas necesarias para su cumplimiento rápido y eficaz. Se adopta, como en todo el Código, un sistema mixto de escritura y oralidad. La instrucción y el fallo se realizan en audiencia.

- **Presunción de muerte por desaparecimiento –artículo 584–**

El artículo 584 del CGP, establece: “Para la declaración de muerte presuntiva de una persona, se observarán las siguientes reglas:

1. El juez dará cumplimiento a lo previsto en los numerales 2, 3 y 4 del

artículo anterior, en lo que fuere pertinente, con sujeción al numeral 2 del artículo 97 del Código Civil, salvo lo relativo a la publicación en el diario oficial.

2. Si en la sentencia se declara la muerte presunta del desaparecido, en ella se fijará la fecha presuntiva en que ocurrió, con arreglo a las disposiciones del Código Civil, ordenará transcribir lo resuelto al funcionario del estado civil del mismo lugar para que extienda el folio de defunción, y dispondrá que se publique el encabezamiento y parte resolutive de la sentencia, una vez ejecutoriada, en la forma prevista en el numeral 2 del artículo precedente.
3. Efectuada la publicación de la sentencia, podrá promoverse por separado el proceso de sucesión del causante y la liquidación de la sociedad conyugal, pero la sentencia aprobatoria de la partición o adjudicación que en él se dicte podrá rescindirse en favor de las personas indicadas en el artículo 108 del Código Civil, si promueven el respectivo proceso verbal dentro de los diez (10) años siguientes a la fecha de dicha publicación.

En la sentencia del proceso verbal, si fuere el caso, se decretará la restitución de bienes en el estado en que se encuentren; pero si se hubieren enajenado se decidirá de conformidad con la ley sustancial.”

Frente al artículo 657 del CPC, se observan varios cambios que no son trascendentes. Se suprime el numeral primero que exigía señalar como hechos de la demanda sucintamente los indicados en el numeral 1º del artículo 97 del Código Civil. Esto es, que han pasado dos años, a lo menos, desde las últimas noticias del ausente, y que se han hecho las posibles diligencias, justificándolas, para averiguarlo.

CONCLUSIÓN:

El código general del proceso hace un gran esfuerzo por introducir nuevos mecanismos e instrumentos procesales que permiten dar mayor agilidad, transparencia y eficacia a la solución de conflictos en materia de familia, todo con ello por responder a tendencias internacionales procesales y facilitar a los justiciables de mecanismos idóneos a nuestra realidad social.

Aunque se presentan problemas y diferentes interpretaciones de Normas de naturaleza procesal como las previstas en el decreto 2272 de 1989, los artículos 7 y 8 de la ley 721 de 2001, al quedar derogadas una vez entre en vigencia el Código General del Proceso, se hace indudable la tarea de unificación y compilación que hace este.

VIOLENCIA FAMILIAR CONTRA EL MENOR. LA FAMILIA COMO CÉLULA SOCIAL BÁSICA DE VIOLENCIA ABUSO DE PODER – ABUSO DE DERECHO

Graciela Cristina Ignacio

ÍNDICE SUMARIO

Prólogo, por GRACIELA MEDINA, I. Introducción, II. Las familias crónicamente violentas. Abuso de poder, III. La socialización familiar destructiva. Las formas de la violencia, IV. La finalidad protectora de la patria potestad. La violencia doméstica como abuso de derecho, V. Mis conclusiones VI. Una propuesta. 1. Omisión de auxilio, 2. La propuesta, 3. Los objetivos

L. INTRODUCCIÓN

Es mi costumbre como profesora universitaria abrir la puerta al Derecho de Familia, iniciando el primer día de clases con una pregunta a mis alumnos: “¿qué es la familia?” Siempre alguno de ellos responde repitiendo quizás sin razonar lo que tantas veces ha escuchado: “*es la célula básica de la sociedad*”.

A partir de allí, desmenuzando ideas vertidas, ensayamos la construcción de un concepto que siempre es positivo. En una total idealización de la familia, vamos deduciendo sus funciones protectoras del ser humano, y la imaginamos como un contexto de afecto; de contención y de estímulos, apto para el desarrollo óptimo del hombre en cuerpo y en personalidad. Concluimos que la sociedad debe valorar y proteger a la familia, porque en ella se satisfacen necesidades básicas de sus miembros, se protege a los más pequeños y, se los va formando para vivir en sociedad. La familia asegura la supervivencia de la sociedad.

Jamás escuché en mis años de docencia un solo concepto negativo. Jamás ninguno de mis alumnos aventuró en el aula que la familia podía ser también un centro de destrucción del ser humano en sí mismo y como ser social.

El ejemplo de elaboración del concepto de la familia en el aula que acabo de dar, la falta de vinculación de la familia con la violencia, podría ser una muestra del pensamiento colectivo: o la violencia familiar no existe, o si existe no se tiene cabal conciencia de su existencia y de lo que ella implica (¿será por ignorancia, por no querer saber, por complicidad ideológica con lo que sucede, por autoritarismo, por miedo...?).

¿Podría ser la familia una célula social básica de violencia y una escuela de violencia?

Es mi intención en este trabajo resaltar un poco más ese lado oscuro y adentrarme en la violencia doméstica.

No pretendo hacer un estudio exhaustivo de este tipo de violencia (de ello se han ocupado ya prestigiosos profesionales antes que yo). Humildemente, pretendo destacar algunos conceptos, y fundamentalmente, resaltar los efectos que la violencia familiar puede producir en los adultos sobrevivientes que fueron victimizados en su niñez, y que pueden resultar afectados en su “ser social” mediante una socialización destructiva.

Por otra parte, y en el ámbito jurídico, encuadraré la violencia familiar como un *abuso de derecho*, especialmente en el marco de la institución de la *patria potestad* (a falta de otra normativa específica).

Por lo expuesto, consideraré principalmente el efecto de la violencia relacional en los niños, quienes, nadie ignora, observan e imitan. Quiero destacar la violencia como pauta de conducta aprendida en la familia.

“El niño pequeño aprende que las conductas agresivas representan un método eficaz para controlar a las demás personas y para realizar sus propios “deseos”. Aun cuando la persuasión y la negociación podrían producir iguales o mejores resultados, éste ha es el código que muchas familias legan a sus hijos. Así, la transmisión generacional se erige en germen de la violencia en el conjunto social”¹.

No debe interpretarse que minimizo el efecto dañoso inmediato que la violencia puede producir. El niño depende del adulto para la satisfacción de sus necesidades, y la violencia, lejos de satisfacerlas no sólo pone en peligro su vida, su salud y su integridad física, sino que puede cercenarlas.

No abarco tampoco el maltrato como hecho aislado, sin perjuicio del daño inmediato que puede producir en el ser humano, sino que lo que me interesa considerar es la agresión como modo de relacionarse, como manera de convivir, como modo crónico de comunicación interpersonal.

Tampoco es mi intención profundizar en la violencia familiar entre miembros adultos, aun cuando sean ellos mujeres o ancianos, y no por ello ignoro los trastornos físicos y psíquicos que la violencia produce, el bloqueo de la autorrealización, “que en último término generan incapacidad para funcionar positivamente en la sociedad”².

1 GROSMAN, Cecilia y MESTERMAN, Silvia, *Maltrato al menor*, Universidad, Buenos Aires, 1998, ps. 24/25. La cursiva es mía.

2 LAMBERTI, Silvio, *Violencia familiar y abuso sexual*, Universidad, Buenos Aires, 1998, p. 10.

II. LAS FAMILIAS CRÓNICA MENTE VIOLENTAS. ABUSO DE PODER

El hombre es el ser viviente que nace más inmaduro y que necesita mayor tiempo de maduración, lo que le da un mayor tiempo de indefensión y de dependencia de los demás para subsistir y desarrollarse. Durante ese largo tiempo de maduración *está en el mundo*, y la convivencia con otros hombres condiciona sus potencialidades biológicas, psicológicas y sociales, y se va formando su *ser social*³. A su vez, “las lecciones emocionales que aprendemos de niños en casa, y en la escuela dan forma a los circuitos emocionales haciéndonos más expertos -o ineptos- en la base de la inteligencia emocional [...] la infancia y la adolescencia son ventanas críticas de oportunidad para fijar hábitos esenciales que gobernarán nuestra vida”⁴.

Sea que el origen de la persona social se considere exclusivamente un mecanismo psicológico (Sigmund Freud) o un mecanismo también social adquirido en la convivencia humana mediante la “comunicación” (George H. Mead), lo cierto es que la familia juega un papel primordial⁵.

La familia es un agrupamiento social “parental” que satisface necesidades o fines comunes a sus miembros, y que condiciona al hombre desde el nacimiento, en sus hábitos y en sus pautas sociales por la mera interacción⁶. Cada miembro ocupa una determinada posición (status) dentro del grupo, lo que implica derechos y obligaciones. Esa posición, en términos jurídicos, se denomina estado de familia, y los derechos y obligaciones de los padres respecto de sus hijos menores se denomina patria potestad. En la familia, los padres van formando al niño en sus creencias y en sus conductas, con las creencias familiares y con las conductas familiares, mediante el ejercicio del poder que les da su posición de autoridad.

La violencia doméstica ha sido caracterizada como un *desequilibrio* de poder dentro de la familia, y el ejercicio de poder que puede considerarse *violencia* es el que tiende a la destrucción “como vehículo para conseguir el disciplinamiento a la obediencia”⁷. No se trata de un simple maltrato (tratar mal) sino de un maltrato que implica “la negación del otro que lleva a su destrucción en el esfuerzo por obtener su obediencia y sometimiento”⁸.

La violencia familiar comprende todo tipo de conductas abusivas de poder, que obstaculizan, obstruyen o niegan un “*normal y pleno desarrollo personal del que está sujeta a ese tipo de violencia*”⁹.

3 AGULLA, Jorge, *La promesa de la Sociología*, Belgrano, 1985.

4 GOLEMAN, Daniel, *La inteligencia emocional. Por qué es más importante que el cociente intelectual*, Vergara, Buenos Aires, 1995, p. 18.

5 AGULLA, ob. cit., p. 144.

6 AGULLA, ob. cit., p. 191.

7 LAMBERTI, ob. cit., p. 33.

8 LAMBERTI, ob. cit., citando a MATURANA, p. 33. Y conf. HIRIGOYEN, Marie France, *El acoso moral. El maltrato psicológico en la vida cotidiana*, Paidós, Buenos Aires, 1999, p. 37.

9 LAMBERTI, ob. cit. (*Régimen jurídico de la violencia familiar*, por Silvio Lamberti y Aurora Sánchez) Cap. III, p. 64.

“La perturbación emocional constante puede crear carencias en las capacidades intelectuales de un niño, deteriorando la capacidad de aprender [...] tienen mayor riesgo de padecer problemas de fracaso académico, alcoholismo y criminalidad...”¹⁰

La familia puede ser “*el entorno en el que se violen los derechos humanos más elementales y se aprendan todas las variantes de resolución violenta de conflictos interpersonales*”¹¹.

La violencia es un modo patológico de comunicación humana, instalado en la familia, la que pensada como sistema, no funciona adecuadamente. En ella se producen constantemente comportamientos que comunican el rechazo y la descalificación del otro, y aun la desconfirmación (cuando el otro es “invisible”)¹². Este comportamiento familiar es “crónico, permanente y periódico”¹³.

Si bien la agresión es un mecanismo necesario para la supervivencia, el desafío de la familia es controlar la agresión entre sus miembros para evitar la destrucción. “La palabra hablada evita, por su carácter regulador y mediador, la transformación de la agresividad en violencia”¹⁴. Esta afirmación no implica excluir la violencia a través de las palabras.

No todas las veces se logra controlar la agresión, ni todas las familias lo consiguen, pudiendo producir malos tratos en situaciones de crisis. Pero existen familias *crónicamente violentas*, las que basadas en creencias destructivas se comunican mediante comportamientos también destructivos. En estas familias está instalada la violencia.

Las tensiones externas e internas que amenazan el bienestar de la familia o su existencia misma, generan situaciones de estrés. Cuando los mecanismos naturales de control fallan (solución directa del problema o búsqueda de apoyo en el tejido social) se desencadena la reacción agresiva, como una manera de calmar la emoción de la crisis. Existen familias que no poseen medios para resolver directamente los problemas o para buscar apoyo en el tejido social, y la reacción agresiva es un mecanismo permanente¹⁵.

Estas últimas son las familias crónicamente violentas o abusivas, denominadas también “familias transgeneracionalmente patológicas”.

En las familias violentas se cercena la autonomía y se abusa de la posición de poder que detentan sus miembros a partir de una “violencia ideológica”. Su

10 GOLEMAN, ob. cit., p. 47.

11 LAMBERTI, ob. cit. (Prólogo de Jorge Corsi), p. 10. La cursiva es mía.

12 Conf. WATZLAWIK, *Teoría de la comunicación humana*, Tiempo Contemporáneo, Buenos Aires, 1973 (*La comunicación patológica*), Cap. 3, p. 73.

13 LAMBERTI, ob. cit. Citando a CORSI, nota N° 4, p. 64.

14 BARUDY, Jorge, *El dolor invisible de la infancia*, Paidós, España, 1998, p. 127.

15 BARUDY, ob. cit., ps. 75/76.

base se encuentra en una ideología transmitida de generación en generación, de desigualdad jerárquica fija, en función de género: el hombre es superior a la mujer, y por ende tiene mayor poder, los hijos son propiedad de los padres y se espera de ellos obediencia total, los padres tienen poder de corrección sobre los hijos “con el propósito de disciplinarlos y educarlos, por consiguiente pueden hacer uso de todo tipo de castigo, incluido el corporal, con el objeto de cumplir tales fines”. El abuso llega como efecto de la frustración, para lograr obediencia, y para reafirmar el lugar de poder¹⁶.

Las creencias son verdades a defender a cualquier precio. La “violencia ideológica” en estas familias es el resultado de creencias destructoras que impiden la utilización adecuada de los mecanismos de control de la agresividad. Respecto de los niños, descansa en la creencia de derechos absolutos sobre ellos.

Las víctimas no sólo reciben malos tratos, sino que además “se les obliga a adoptar la ideología que lo justifica [...] Toda situación de violencia ideológica implica un proceso altamente traumático para la víctima, pero además un proceso de “lavado de cerebro” a través del cual el adulto, manipulando la dependencia del niño, le impone un conjunto de valores y representaciones del mundo que banalizan sus gestos maltratantes o abusivos”¹⁷.

“Cuando la relación humana se aparte del amor en pro de una dedicación al poder por el poder mismo, y a la crueldad y destrucción del compañero, esto es perversión”¹⁸. El niño puede internalizar el conflicto y desarrollar una forma estructurada de psicopatología¹⁹.

Las personas incorporan pautas de adaptación social interpersonal según los “tipos de infancia que han conocido y los cuidados paternos y maternos que recibieron”²⁰. La familia puede actuar en beneficio o en perjuicio de sus niños: “cuando se transmiten prácticas y normas de cuidado y responsabilidad hacia uno mismo y hacia los otros, cuando lo que se transmite es la carencia y la vulnerabilidad”²¹.

En las familias crónicamente violentas se van formando futuros adultos crónicamente violentos, el niño aprende a utilizar la violencia. En el análisis de la experiencia de los padres violentos (maltratadores físicos y/o psicológicos, abusadores sexuales, abandonados) puede observarse que padecieron

16 GROSMAN y MESTERMAN, ob. cit., ps. 61/75.

17 BARUDY, ob. cit., ps. 125/127.

18 ACKERMAN, *Diagnóstico y tratamiento de las relaciones familiares. Psicodinamismos de la vida familiar*, Hormé, Buenos Aires, 1974, p. 295.

19 ACKERMAN, ob. cit., p. 248.

20 ACKERMAN, ob. cit., p. 291. HUBER, Gunter K. M., *Stress y conflictos. Métodos de superación*, Paraninfo, Madrid, 1980, p. 148 (ver Ámbitos de conflictos 4: La Familia, ps. 145/157).

21 JELIN, Elizabeth, *Pan y afectos, la transformación de las familias*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 1998, Cap. 6, *Familia y políticas públicas*, ps.129/135.

estos mismos tipos de traumatismos²². Las familias violentas tienden a estar constituidas por personas criadas en una forma violenta y “a menudo han sido víctimas de violencia en su infancia”²³.

Esto no significa que, en todos los casos, las víctimas serán padres violentos en el futuro, porque la experiencia no se transmite como una “fotocopia”. Es posible que en el camino puedan encontrar el apoyo adecuado que los lleve a adoptar otro modelo de resolución pacífica de los conflictos, sea en la familia ampliada o en el tejido social²⁴.

No obstante lo expuesto, si bien podría sostenerse que el violento es un enfermo con cierta patología, la enfermedad no lo eximiría de responsabilidad²⁵. “Los padres son adultos responsables y los niños son seres indefensos y sin posibilidad de conducir su propia vida”²⁶.

III. LA SOCIALIZACIÓN FAMILIAR DESTRUCTIVA.

Las formas de la violencia

La violencia familiar produce daño físico y también daño psicológico, ello por los mensajes profundamente destructores para la psique _ del niño que ella implica, y a la vez incorpora en el adulto sobreviviente, pautas de conducta y hábitos de comportamiento destructivos.

“El síndrome del niño maltratado es una expresión de la disfunción familiar y social que altera el normal crecimiento del niño y adolescente e impide su inserción social, es clásicamente una enfermedad de adultos que encuentra expresión en el niño”²⁷.

La familia es el primer agente socializador, y las familias violentas realizan una socialización destructiva en el niño, cuyas consecuencias en el adulto pueden traducirse en una inadecuación social. Por otra parte, a su vez, ese adulto no estará capacitado como padre para formar adecuadamente a sus propios hijos.

En el extremo, podemos considerar que algunas familias violentas pueden convertir a sus hijos en *sociópatas* (según la definición de Patridge, debido a la internalización de distorsiones específicas en las relaciones sociales)²⁸.

La sociopatía o psicopatía es un trastorno de conducta, caracterizado por la falta de respeto por los derechos de los otros, la falta de verdaderos sentimientos

22 BARUDY, ob. cit., p. 130.

23 JELIN, ob. cit., ps. 129/135.

24 BARUDY, ob. cit., p. 133.

25 Conf. MANGIONE y CÓRDOBA, *Derecho de Menores*, Juris, Santa Fe, 1993, p.254.

26 GROSMAN y MESTERMAN, ob. cit., ps. 35/40.

27 MACHADO, Oscar A., *Sin tesis forense 89. Año 2000*, Colegio de Abogados de San Isidro, p. 38 (*La pediatría ante el maltrato infantil. Síndrome del niño maltratado*).

28 ACKERMAN, ob. cit., p. 291.

de culpa, y con una conducta sexual desviada, implicando “una ofensa a los ideales de la sociedad”²⁹.

Estas personas no han desarrollado nunca su capacidad de sentirse humanas, ni de respetar la humanidad en los otros, o se ha dañado esa capacidad en el curso de su desarrollo, ello se correlaciona con su pertenencia a una estructura familiar de configuración semejante, con “motivaciones de poderío destructivo en las relaciones humanas”³⁰.

La violencia familiar puede asumir variadas formas, pudiendo tipificarse como maltrato activo y pasivo, comprensiva de la fuerza física y emocional, el abuso sexual, el abandono y la negligencia. En todos los casos debe considerarse “intencional”³¹.

El maltrato activo consiste en el “uso de la fuerza física, sexual y/o psicológica, que por su intensidad y frecuencia provocan daños”, mientras que el maltrato pasivo está constituido por la omisión de lo necesario para asegurar el bienestar del niño³².

En general, el contexto relacional familiar se caracteriza por una gran distancia (física, emocional y/o intelectual), o por una gran proximidad, derivada de la creencia de la propiedad exclusiva sobre el hijo, lo que impide, en todos los supuestos, *el respeto del niño como sujeto*.

El mensaje maltratador de la fuerza física (transmitido por golpes, quemaduras, etc.) se produce en un contexto “a menudo imprevisible, provocando en la víctima una “carrera moral” caracterizada por el aprendizaje forzado a través del terror, la impotencia o la sumisión”³³. Así el niño va aprendiendo la creencia familiar destructiva: la violencia resulta eficaz a los efectos educativos (“una buena corrección no le ha hecho mal a nadie”), o resulta eficaz como defensa, considerándose a los hijos una amenaza (por las propias vivencias), o resulta eficaz como venganza, y puede vengarse sobre los hijos, los sufrimientos padecidos en la propia infancia³⁴. *El hijo es propiedad de los padres*.

La violencia física puede desarrollar un adulto con trastornos de comportamiento, un adolescente violento, un padre violento y un cónyuge violento.

El maltrato psicológico corresponde a otro tipo de maltrato activo. La Convención Internacional de los Derechos del Niño considera como maltrato psicológico “la violencia verbal, comportamientos sádicos y despreciativos, repulsa afectiva, exigencias excesivas o desproporcionadas en relación con

29 ACKERMAN, ob. cit., p. 291.

30 ACKERMAN, ob. cit., p. 294.

31 GROSMAN y MESTERMAN, ob. cit., ps. 41/42.

32 BARUDY, ob. cit., ps. 35/40.

33 BARUDY, ob. cit., p. 36.

34 BARUDY, ob. cit., p. 135.

la edad del niño, las consignas e inyecciones educativas contradictorias o imposibles”³⁵.

El niño es agredido “a través de palabras que lo humillan, lo denigran o lo rechazan, o por un ambiente relacional caracterizado por gestos insistentes que comunican confusión, aislamiento, fusión y/o corrupción”³⁶.

Los padres no pueden matar el cuerpo del niño, pero procuran que no sea nadie y lo anulan psíquicamente: “No hay rastro, no hay sangre, no hay cadáver. El muerto está vivo y todo es normal”³⁷.

Obsérvese que no se trata de una simple pauta inadecuada de comportamiento familiar, sino de una pauta destructiva. “Los niños están permanentemente aterrorizados, regañados o rechazados”³⁸.

La violencia emocional es una forma sutil pero corriente, y es muy difícil para la víctima reconocerse como tal. Puede también asimismo enmascarar una forma de abandono, ya que algunos padres asumen la responsabilidad de protegerlos y brindarles cuidados básicos, pero “no lo aceptan como sujeto, ni lo aman como tal”³⁹.

El padre tiene un “objeto vivo, disponible y manipulable al que puede someter a las humillaciones que él mismo padeció en otro tiempo o que sigue padeciendo [...] Tiene una especie de necesidad de hacerle pagar el sufrimiento que él mismo vivió”⁴⁰. El niño padece el “desamor” que no es la simple ausencia de amor, sino una violencia constante que además internaliza, “no se desprecia al niño porque es torpe, sino que se vuelve torpe porque es despreciado”⁴¹.

Los adultos que fueron víctimas de maltrato psicológico parental⁴², pueden presentar además anorexia, bulimia y otros comportamientos adictivos.

Otro tipo de maltrato activo, es el abuso sexual, que comprende tanto la “perturbación” como la “violencia sexual” propiamente dicha⁴³. En consecuencia, se abarcan todos los gestos de: exhibicionismo, voyeristas, manoseos, masturbación frente al niño, por el niño y al niño, felación, “penetración seca” o frotamiento, y penetración anal y/o vaginal.

Se trata del uso abusivo e injusto de la sexualidad, por el cual el adulto obtiene satisfacción sexual⁴⁴.

35 HIRIGOYEN, ob. cit., p. 37.

36 BARUDY, ob. cit., p. 37.

37 HIRIGOYEN, ob. cit., p. 44.

38 GROSMAN y MESTERMAN, ob. cit., p. 42.

39 BARUDY, ob. cit., p. 37.

40 HIRIGOYEN, ob. cit., p. 39.

41 HIRIGOYEN, ob. cit., p. 42.

42 HIRIGOYEN, ob. cit., p. 38.

43 GROSMAN y MESTERMAN, ob. cit., p. 41.

44 Ver definición de la OMS y KEMPE en BARUDY, ob. cit., p. 161.

Los mensajes violentos del abuso sexual constituyen un “profundo y grave atentado a la integridad física y/o psicológica de las víctimas, y los podemos comparar con una “tentativa de asesinato moral” de los niños”⁴⁵.

El abusador manipula y pervierte el vínculo familiar, y el abuso sexual resulta agravado por el hecho de que la propuesta proviene de aquel que “institucionalmente está colocado en la posición de señalar lo que está bien o lo que está mal”⁴⁶. El niño está desprotegido y no tiene los elementos necesarios para comprender la sexualidad adulta, y se le impone ser capaz en todo momento de responder a los deseos y exigencias de relaciones sexuales, ello mediante el silencio y el secreto.

En general, los padres abusadores están convencidos de sus derechos sobre los miembros de la familia, y utilizan al niño para cubrir sus carencias afectivas, o solucionar conflictos relacionados con otros adultos⁴⁷.

Existe también en algunas familias una atmósfera malsana (tocamientos fortuitos, alusiones sexuales, miradas equívocas, etc.) que se ha dado en llamar *incesto latente*, considerado como una especie de maltrato psicológico. “Es un clima donde sopla el viento del incesto sin que haya incesto, pudiendo ocurrir que las actitudes “liberales” coexistan con principios educativos estrictos”⁴⁸.

Finalmente, el *maltrato pasivo* abarca la negligencia y el abandono. Los padres “no hacen nada para evitarles los sufrimientos, o *no hacen lo necesario* para satisfacer una o varias de las necesidades esenciales del niño para el desarrollo físico, intelectual o emotivo como ser humano”⁴⁹.

Esta violencia familiar deriva de fallas importantes en las funciones parentales debido a diversas causas (madres depresivas, toxicómanas o víctimas en su infancia de violencia familiar, transmisión generacional de modelos de crianza inadecuados; pobreza o aislamiento social). En todos los casos las consecuencias para los niños son *idénticas*, pues padecen de insuficiencia de cuidados físicos, médicos y/o cognitivos.

Estos niños “mal amados” pueden llegar a ser también padres abandonicos. Son adultos proclives a desarrollar relaciones de dependencia y desconfianza, dependencia al alcohol y a las drogas. Tienden a desarrollar estrategias relacionales para recibir lo que no han recibido: dominación, seducción, agresión y también desarrollan comportamientos depredadores, como el abuso físico, psicológico y/o sexual de niños, y violencia familiar. Asimismo, para llenar el vacío afectivo, pueden llegar a robar⁵⁰.

45 BARUDY, ob. cit., p. 37.

46 GROSMAN y MESTERMAN, ob. cit., p. 44.

47 BARUDY, ob. cit., p. 244.

48 HIRIGOYEN, ob. cit., p. 46.

49 BARUDY, ob. cit., p. 37.

50 BARUDY, ob. cit., p. 103.

IV. LA FINALIDAD PROTECTORA DE LA PATRIA POTESTAD.

La violencia doméstica como abuso de derecho

La familia se encuentra protegida por las normas constitucionales (art. 14 bis, Const. Nac.), como así también los derechos humanos que la violencia familiar pueda llegar a afectar. La protección surge también de los pactos internacionales receptados por el artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional (Declaración Universal de los Derechos Humanos, Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre, Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y fundamentalmente la Convención sobre los Derechos del Niño)⁵¹.

En el ámbito del Derecho Penal, a pesar del peligro social que representa, la violencia familiar no constituye delito, sino en la medida en que las conductas concretas puedan encuadrarse en los distintos tipos de la norma penal general, tales como homicidio, lesiones, corrupción de menores, estupro, abandono de persona, etcétera, y respecto del tercero espectador la omisión de auxilio. En otras legislaciones, bajo el título “delitos contra la familia”, se agrupan los tipos que atentan contra ésta. En nuestro Derecho no tenemos este sistema, pero podríamos encontrar una previsión penal de este tipo, incorporada al Código Penal, en la ley 13.944 (Incumplimiento de deberes de asistencia familiar) que sanciona el abandono de la familia⁵².

La protección contra la violencia familiar no se encuentra legislada de manera específica en el ámbito del Derecho de Familia, sino solamente por la Ley 24.417 de Violencia Familiar, de alcance local -Capital Federal- y sólo con cierta eficacia para hacer cesar la violencia en lo inmediato como medida cautelar. Esto, sin perjuicio de que pueda comprenderse también en la medida cautelar general de protección de persona, o en particular, según las circunstancias, en el artículo 231 del Código Civil, referido a la exclusión del hogar en el ámbito del derecho matrimonial. En la Provincia de Buenos Aires rige la ley 12.569 de reciente sanción, con contenido similar al de la legislación capitalina, aunque más elaborado, y que extiende la legitimación para denunciar (arts. 3 y 4) e impone sanciones por la omisión y por obstaculizarla o impedirle (art. 4).

En el Derecho de fondo, concretamente respecto de menores, no existe previsión expresa contra la violencia familiar. Ello sin perjuicio de las normas de la ley 10.903 para los casos de menores víctimas de delito en situación de abandono⁵³, y sin perjuicio también de los recursos mencionados del Derecho Constitucional y pactos internacionales.

51 GROSMAN y MESTERMAN, ob. cit., ps. 95/104.

52 FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Derecho Penal. Parte especial*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1970, ps. 123/124.

La *patria potestad* es una institución del Derecho de Familia, comprensiva del conjunto de derechos y deberes que se concede a los padres respecto de sus hijos menores, para la *formación y protección integral* de estos últimos (art. 264, Cód. Civ.).

Las normas de esta institución son de orden público, y por lo tanto imperativas, como la mayoría de las normas del Derecho de Familia⁵⁴. En consecuencia no pueden ser dejadas de lado por los particulares (art. 21, Cód. Civ.).

Siguiendo a Salvat, podemos definir el orden público como el “conjunto de principios de orden superior, políticos, económicos, morales y religiosos, a los cuales una sociedad considera estrechamente vinculada la *existencia y conservación* de la misma”⁵⁵.

Así entonces, la finalidad protectora de la patria potestad (protección y formación integral del hijo menor) es una cuestión de orden público, y la violencia familiar la contradice, por lo tanto viola el orden público.

La patria potestad comprende típicos derechos subjetivos familiares. Éstos se conceden más que en el interés del titular, en interés de terceros, que en nuestro tema son los hijos menores. Los derechos subjetivos familiares mantienen unidos los derechos y los deberes correlativos. Son derechos que “se ejercen como facultades o poderes para la protección de intereses ajenos” y “tienen una finalidad moral, de manera que en general son otorgados a su titular para cumplir aquellos deberes jurídicos”⁵⁶.

La finalidad protectora de la patria potestad, ha sido consagrada expresamente por el legislador al concederla a los padres (art. 264, Cód. Civ.), es una finalidad “única, totalizante y justificadora de la patria potestad”⁵⁷.

La patria potestad tiene una función social y tiende al desarrollo pleno del hijo como miembro de la sociedad. “Para conseguirlo, es menester satisfacer necesidades del menor de índole afectiva, económica, social y cultural, asumiendo el cumplimiento de un plexo de conductas legalmente esperadas determinadas en la ley civil sólo en su aspecto mínimo y sin excluir otras que evidencia la aludida finalidad”⁵⁸.

Aun cuando la patria potestad tiene una función social, advierto antes de proseguir, que participo de la doctrina que considera el Derecho de Familia como

53 Ver los casos que el art. 21 de la ley 10.903 considera “*abandono*”.

54 BELLUSCIO, Augusto C., *Manual de Derecho de Familia*, Depalma, Buenos Aires, 1998, t. 1, p. 25. BORDA, Guillermo, *Tratado de Derecho Civil*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1989, t. 1, p. 10. BOSSERT, Gustavo A., *Régimen jurídico de los alimentos*, Astrea, Buenos Aires, 1993, p. 5. ZANNONI, Eduardo A., *Derecho Civil. Derecho de Familia*, Depalma, Buenos Aires, 1981, t. 1, p. 25.

55 Cita de TORRES LACROZE, *Manual de introducción al Derecho*, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1973, p. 164. La cursiva es mía.

56 BELLUSCIO, *Derecho de Familia*, Depalma, Buenos Aires, 1975, t. 1, p. 41.

57 D' ANTONIO, Daniel H., *Patria potestad*, Astrea, Buenos Aires, 1979, p. 25.

58 D' ANTONIO, ob. cit., p. 30.

parte del Derecho Privado, “aun cuando el contenido de las relaciones jurídicas familiares trascienda el mero interés particular de los individuos, para satisfacer, en muchos casos, contenidos de orden público”⁵⁹.

La violencia familiar, tal como lo hemos desarrollado, contradice esa función social, y en consecuencia debe ser considerada un abuso de derecho.

La norma general que regula el abuso de derecho (art. 1071, Cód. Civ.) limita el amparo legal al ejercicio regular del derecho, y establece que es aquel que “no contraría los fines que la ley tuvo en miras al concederlo”. Con relación a la patria potestad, el artículo 264 del Código Civil contiene *expresamente* tales fines.

Con referencia al abuso de derecho, Jossierand ejemplificó: “el padre de familia cometerá abuso de derecho si pone su potestad al servicio de sus intereses propios y no al de los intereses cuya guarda le corresponde, desvía entonces esa potestad de su destino, se sale del espíritu de la institución, comete un acto ilícito, que es susceptible de comprometer su responsabilidad”⁶⁰.

La ley no concede derechos absolutos a los padres sobre sus hijos, y no ampara la violencia familiar. La creencia de derechos exclusivos sobre el hijo, no puede legitimar conductas violentas a ningún efecto, y en consecuencia, tales conductas deben ser consideradas un abuso de derecho, y no el ejercicio legítimo de la patria potestad.

Esta concepción de la violencia familiar como abuso de derecho, se refleja en el haz de derechos y obligaciones que establece la institución de la patria potestad.

En particular el *poder de corrección* de los padres, consagrado en el artículo 278 del Código Civil, excluye de manera terminante “los malos tratos, castigos o actos que menoscaban física o psíquicamente a los menores”, facultando a los jueces a ordenar su cesación y las sanciones correspondientes.

El poder de corrección se ejerce para proteger al hijo, y para educarlo, y necesariamente implica poner límites. Puede ejercerse de muchos modos, pero siempre excluyendo todo acto que dañe física o psíquicamente al menor. *La violencia familiar está excluida.*

“El castigo corporal logra obediencia por temor, y suele ser más la expresión de la irascibilidad de los adultos que de la vocación para educar a sus hijos. La agresión es, además, un factor negativo en la formación del menor, provocando inhibiciones o más agresividad de éste”⁶¹.

59 BELLUSCIO, Augusto C., *Manual de Derecho de Familia*, t. 1, p. 25.

60 Citado por ARAUX CASTEX, *Derecho Civil. Parte general*, Cooperativa de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1974, t. I, p. 102 y citas 1 y 2.

61 BOSSERT, Gustavo A. y ZANNONI, Eduardo A., *Régimen legal de la filiación y patria potestad*, Astrea, Buenos Aires, 1985, p. 339.

Si bien la norma no hace referencia a la violencia familiar de manera expresa, la utilización de la violencia en el ejercicio del poder de corrección queda excluida, y resulta un abuso de derecho. “El actuar abusivo o excesivo de los padres que provoquen daño en el hijo será fuente en su caso de la obligación de resarcirle el daño dentro de los parámetros que marcan los artículos 1068 y concordantes del Código Civil. También dará lugar al proceso penal, si es del caso, o a las sanciones que prevé el artículo 18 de la ley 10.903, y también a la privación de la patria potestad”⁶².

Por otra parte, si bien los hijos deben obediencia a los padres (art. 266, Cód. Civ.), el cumplimiento de tal obligación no podría obtenerse ejerciendo fuerza sobre el “deudor” (arts. 264, 278 y 629, Cód. Civ.) y sin dejar de advertir además que el “deudor” es un incapaz en razón de la edad.

Finalmente, a la luz de la norma que establece los casos de privación de la patria potestad, la violencia familiar es uno de ellos.

En todo el contenido del artículo 307 del Código Civil, podemos descubrir la violencia familiar (delito doloso contra o con el hijo, abandono del hijo), pero fundamentalmente surge del último inciso: “poner en peligro la seguridad, salud física o psíquica o la moralidad del hijo”.

“Se trata de todos aquellos casos en que el hijo menor es víctima [...] de la nocividad del medio familiar natural”⁶³.

La violencia familiar puede dañar al hijo en lo inmediato, como también ponerlo en situación de grave peligro, por lo tanto, se constituye en causa de privación de la patria potestad.

V. MIS CONCLUSIONES

Si consideramos que la familia puede ser también una célula básica de violencia y una escuela de violencia, podemos concluir que en su seno se pone en peligro cierto o se cercena la vida, la salud y la integridad física de sus miembros, adultos y menores de toda edad, y además se forman seres humanos proclives a la violencia, quienes a su vez podrían originar nuevas familias violentas.

Nuevas violencias [...] nuevas víctimas [...] nuevos victimarios [...] Una cadena sin fin, un efecto multiplicador...

En este ámbito hogareño, ni se satisfacen necesidades básicas, ni se desarrollan física y psíquicamente futuros adultos para una interacción social óptima. Si esto es así, las familias violentas están lejos de asegurar la supervivencia de la sociedad, y la violencia doméstica es un mal grave.

62 BOSSERT y ZANNONI, ob. cit., p. 338.

63 BOSSERT y ZANNONI, ob. cit., p. 364.

Vivimos inmersos en la violencia, y ésta es un fenómeno cotidiano, pero cuando se produce en el seno de la familia adquiere especial gravedad. El hombre es un ser social, y la familia es el primer grupo organizado para satisfacer sus necesidades y el primer agente socializador.

La violencia doméstica produce sufrimiento y daños inmediatos, pero el perjuicio a largo plazo repercute doblemente, en el ser humano en sí mismo y también en la sociedad, ello debido al rol educativo fundamental de la familia (“la prosperidad de la nación depende tanto de ella que yo quisiera llevar esta convicción al corazón de todos, ya que el modo de educar a la juventud es también el modo más fácil y adecuado para producir hombres virtuosos, hábiles y útiles en sus distintas ocasiones”)⁶⁴.

Los futuros adultos que estas familias “socialicen”, formados en el abuso de poder, quizá no comprendan nunca lo que significa la democracia, ni puedan insertarse en ella⁶⁵.

Cada familia violenta lleva en su seno el germen de la destrucción del ser humano, y por ende de la sociedad. Y si bien considero que en nuestro Derecho la violencia familiar se encuentra comprendida en el abuso de derecho, y como ejercicio ilegítimo de la patria potestad, la prevención, la cesación y el castigo de la violencia familiar debe ser una meta social. El Derecho en general, y el Derecho de Familia en particular, deberían legislarlo con mayor contundencia.

VI. UNA PROPUESTA

Todo mecanismo de erradicación de la violencia necesita de la ayuda proveniente de un sistema de redes sociales, y una política de prevención debe contar con la colaboración de la población en general. Considero que la denuncia de violencia familiar es un recurso necesario en la cadena de prevención, es un paso para coordinar acciones con autoridades administrativas y judiciales responsables de la protección del menor⁶⁶.

Se necesita de la “acción” del tercero ubicado en el entorno del niño maltratado.

No se piense que descarto los beneficios positivos de políticas coordinadas de transformación social, a corto y largo plazo, comprensiva de múltiples disciplinas (medicina, psicología, sociología, educación, economía, etc.) dirigidas a los síntomas de la violencia, a las instituciones, etcétera⁶⁷. Pero creo que cualquier política de prevención, si quiere proteger a la sociedad toda,

64 Cita a LOCKE DE LAMBERTI, ob. cit., p. 29 y nota 10.

65 GROSMAN y MESTERMAN, ob. cit., p. 29.

66 Ver BARUDY, ob. cit., ps. 263/276.

67 JELIN, ob. cit., ps. 129/138; MANGIONE y CÓRDOBA, ob. cit., ps. 247/250, ponencia N° 4 de BESELLA y LÉPORI, ps. 255/257, ponencia N° 6 de DE DIOS DE MARTINA, ps. 327/332, ponencia N° 18 de MADRIL y CARBONELL, y LAMBERTI Y SÁNCHEZ, ob. cit., ps. 131/149, Cap. VIII por Bringiotti.

debe primordialmente proteger al niño maltratado y debe contar con eficaces mecanismos de detección de la violencia familiar.

Un paso importante sería romper con la dinámica de la indiferencia frente a la “dictadura familiar”, para trasladar el problema del “dominio privado al público”.

Propongo elevar a la categoría de jurídico, el deber de solidaridad social de auxilio al menor maltratado, estableciendo la obligatoriedad de la denuncia judicial (sin perjuicio del auxilio directo) y sancionando su incumplimiento como delito penal⁶⁸.

Considero que quien no se compromete con la vida merece ser sancionado, y de esta manera se está destacando la valentía, el altruismo de aquel que denuncia, y que fue capaz de relacionar los signos y síntomas del niño que pueden proceder de situaciones de violencia. *Todo gesto de señalamiento expresa un carácter solidario y altruista del señalador*⁶⁹.

1. Omisión de auxilio

El abandono de persona comprende delitos que tienen por sujeto pasivo a la persona física, y protege su vida y su salud física y mental. Una de sus figuras es la omisión de auxilio (art. 108, Cód. Pen.)⁷⁰. La ley impone hacer algo en determinadas circunstancias (auxiliar a la víctima de una agresión injusta) y castiga el “no hacer”⁷¹.

Un niño víctima de violencia familiar, se encuentra en *situación de peligro grave*, tanto respecto de su vida e integridad física, cuanto respecto de sus posibilidades plenas de inserción social. La violencia altera el normal crecimiento del niño, produce daño físico y también psíquico (por los mensajes profundamente destructores para su psique), y a la vez incorpora pautas de conducta y hábitos de comportamiento que implican una socialización destructiva.

La familia violenta no satisface las necesidades de subsistencia y desarrollo de potencialidades biológicas, psicológicas y sociales del niño, sea cual sea la forma de la violencia (física, psicológica, etc.).

En consecuencia, con fundamento en la mutua asistencia, derivada de la convivencia social, cualquier persona, con independencia de la preexistencia de un vínculo obligacional de custodia⁷², que se encuentre

68 Mi ponencia en la Jornada Nacional de Prevención del abuso y maltrato en niños y adolescentes, organizada por la Fundación Retoño, Buenos Aires, 28-9-2000.

69 BARUDY, ob. cit., ps. 263/276.

70 “Será reprimido con multa [...] el que encontrando perdido o desamparado a un menor de 10 años, o a una persona herida o *inválida o amenazada de un peligro cualquiera*, omitiese prestarle el auxilio necesario, cuando pudiese hacerlo sin riesgo personal o no diere aviso inmediatamente a la autoridad”.

71 SOLER, Sebastián, *Derecho Penal argentino*, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1970, t.I, p. 291.

72 SOLER, ob. cit., p. 179; FONTÁN BALESTRA, ob. cit., p. 122.

en presencia de un menor amenazado por el peligro que implica la violencia familiar, tiene la obligación de prestarle directamente el auxilio necesario, o de haber riesgo para su vida denunciándolo a la autoridad.

*Se trataría del cumplimiento de un alto deber de solidaridad social, el cual surge de la misma situación de peligro en la que el sujeto pasivo se halla*⁷³.

El niño se encuentra amenazado por el peligro de la violencia familiar, y en estos casos está inválido con relación a la situación en que se encuentra.

Debe entenderse que el niño víctima de violencia familiar, es siempre un sujeto incapaz de valerse por sí mismo y de salvar esa situación de peligro. Se encuentra en imposibilidad física y moral de lograr el auxilio de otras personas. Generalmente el niño es incapaz de distinguir lo perjudicial de las conductas que padece, porque, precisamente, provienen o son permitidas por aquellos que están colocados en posición de señalar *lo que está bien y lo que está mal*. Debe considerarse que la situación de peligro proviene del propio entorno familiar, del que se supone tiene la primordial obligación de cuidado.

También debe señalarse, a fin de que no se pretenda excusar la omisión de auxilio invocando el derecho-deber de corrección paterna y de obediencia del hijo menor, que el niño *no está jurídicamente obligado a soportar la violencia que padece de sus progenitores*, porque además de no estar comprendida dentro de los derechos derivados de la patria potestad, constituye un abuso de derecho que la ley no ampara, y se sanciona con su privación (arts. 1071, 264 quáter, 278 y 307, Cód. Civ.).

2. La propuesta

Propongo que el tipo penal comentado, se complete incluyendo siempre la obligación de denunciar la situación de peligro que padece un niño víctima de violencia familiar, a fin de activar mecanismos de protección estatal.

Ello, aun en los casos en que la persona haya prestado directamente el auxilio, ya que en el tipo penal actual la obligación del sujeto activo se habría cumplido (depende de la situación en que se encuentra el necesitado).

El fundamento de mi propuesta se halla en que el auxilio no se agota con la intervención directa del tercero en el caso concreto, porque la violencia familiar implica un maltrato permanente, el peligro continúa. Se requiere de la intervención estatal mediante la denuncia.

Con el mismo fundamento, propongo que la obligación de denunciar al juez competente en asuntos de familia (art. 2, ley 24.417) se extienda

73 SOLER, ob. cit., t. III, p. 179; FONTÁN BALESTRA, ob. cit., p. 122; OSSORIO Y FLORIT, Manuel, *Código Penal de la República Argentina*, Universidad, Buenos Aires, 1994, p. 197 citando a Núñez.

a toda persona que tenga conocimiento directo de la violencia familiar padecida por un niño, como lo establece su similar (art. 3, ley 12.569) en la Provincia de Buenos Aires.

Considero que el reconocimiento de los derechos de los niños a nivel constitucional y el peligro social de la violencia doméstica, justifican plenamente la intervención en la “vida privada familiar”⁷⁴, mediante la penalización de la omisión de auxilio y de su denuncia. Si bien se ha dicho, lo que comparto que *no hay nada más privado que la familia*, debe pensarse a qué familia nos referimos cuando pretendemos proteger su ámbito y su privacidad de la intromisión estatal.

No podemos descartar que existen familias en las que está arraigada la violencia como modo de relacionarse, y que constituyen “células básicas de destrucción social”. La intimidación de estas familias no puede ser objeto de protección, sin perjuicio de que puedan activarse mecanismos para intentar el establecimiento de cambios positivos en su seno.

En consecuencia, frente a familias que maltratan a sus hijos y los socializan en hábitos y pautas de conducta destructivas, a quien primero debe protegerse es a la víctima, y fundamentalmente, como ya se ha dicho, al niño. La infranqueabilidad de los muros familiares debe ceder cuando el niño se encuentra atrapado gestándose su destrucción como ser humano. *La garantía para la protección del niño no puede garantizar la protección de la intimidad familiar*⁷⁵.

*Nadie tiene el derecho de abusar, sean cuales fueren sus razones, experiencias o contextos*⁷⁶.

Quien teme que se desate una “caza de brujas”, debe desplazar su temor hacia la nocividad social y el efecto nefasto de la utilización de la violencia sobre el niño, en los aspectos físicos, psicológicos, sexuales y sociales. Se debe confiar en que, en última instancia, no se encontrará violencia donde no la hay.

3. Los objetivos

La propuesta de imponer la obligación de denunciar el maltrato al niño y de sancionar su omisión, tiene varios objetivos.

En primer lugar pretende utilizar un mecanismo comunitario como primer recurso de una política de prevención de la violencia familiar.

74 JELIN, ob. cit., p. 130.

75 BARUDY, ob. cit., ps. 263/276.

76 BARUDY, ob. cit., ps. 263/276.

Sin olvidar que el proceso parece comenzar con la denuncia, pero tiene un antes y un después. Resulta necesario utilizar todo mecanismo de difusión comunitaria a los efectos de que toda la población pueda detectar eficazmente la violencia, y a partir de la denuncia, debemos encontrar un sólido aparato de protección interdisciplinario.

La penalización de la omisión de denunciar, también pretende vencer las barreras de la intimidad familiar, fortalecidas por un macrocontexto social y cultural legitimante.

Finalmente, penalizar la omisión de denunciar, significa también penalizar la *indiferencia*. El delito de abandono de persona descansa sobre un precepto antecedente que obliga a comprometerse con la vida, y va más allá de la protección de la víctima, alcanzando a la sociedad toda. La penalización de la omisión de denunciar también se justifica con el mismo precepto de solidaridad y compromiso social. El peligro en que se encuentra el menor maltratado no se extingue con el auxilio inmediato y directo del tercero, resulta necesaria la denuncia a la autoridad para poner en movimiento mecanismos más efectivos de protección, que hagan cesar de manera más cierta su situación de peligro.

Recientemente leí⁷⁷ que el nombre de *Poncio Pilato* vive para siempre en el mundo como uno de los primeros famosos por lavarse las manos. Quedó su memoria en el habla del mundo popular dejándonos una enseñanza: *la maldad es muy culpable, pero es más culpable quien pudiendo evitar el mal no lo hace*. Quizás también haya llegado el momento de castigar a *Poncio Pilato*.

77 Revista Selecciones de Reader 's Digest, Armando Fuentes en Temas de Reflexión, Reader's Digest Argentina, agosto de 2000, t. CXX, N° 717, p. 102.

CONSTITUCIONALISMO, GLOBALIZACIÓN Y DERECHO

Manuel Atienza

UNIVERSIDAD DE ALICANTE

1. En los últimos tiempos ha habido dos fenómenos que han contribuido considerablemente a cambiar la faz de nuestros sistemas jurídicos: el constitucionalismo y la globalización. Ambos son de signo relativamente opuesto: el constitucionalismo supone básicamente el sometimiento del poder político al Derecho y es de ámbito estatal; la globalización, por el contrario, supone más bien el sometimiento del poder político al económico y su ámbito, como su nombre indica, trasciende las fronteras de los Estados. El problema que se plantea, entonces, es el de si cabe pensar en algún tipo de ajuste entre ambos o si, más bien, uno de ellos -presumiblemente, la globalización- acabará por imponerse sobre el otro. El futuro del Derecho -y, si se me permite un poco de grandilocuencia, de la civilización- se juega en buena parte ahí.
2. Cuando se habla de “constitucionalismo” hay que empezar por aclarar que la expresión es ambigua: con esa expresión uno puede referirse tanto a un fenómeno como a la manera de conceptualizar ese fenómeno, tanto a un proceso de cambio que está teniendo lugar en el Derecho, como a su plasmación en el ámbito del pensamiento jurídico.

En cuanto fenómeno, el constitucionalismo no supone simplemente, claro está, la existencia de sistemas jurídicos con algún tipo de Constitución. En su sentido más amplio, “Constitución” hace referencia a la estructura de un organismo político, de un Estado: al diseño y organización de los poderes de decisión colectiva de una comunidad; de manera que, entendida así la expresión, cualquier sistema jurídico (cuya existencia presupone la de alguna organización política) tendría una Constitución. En un sentido más estricto, una Constitución supone dos requisitos más: una declaración de derechos y una organización inspirada en cierta interpretación del principio de separación de poderes; en este segundo sentido, sólo existirían Constituciones en los Estados de Derecho; por ejemplo, durante el franquismo no habría habido en España una Constitución. Pero cuando hoy se habla

de “constitucionalismo” o de “Estado constitucional” se hace referencia a algo más, esto es, un ordenamiento jurídico constitucionalizado (el de los “Estados constitucionales” de algunos países occidentales) se caracteriza por poseer una Constitución densamente poblada de derechos y capaz de condicionar la legislación, la jurisprudencia, la acción de los actores políticos o las relaciones sociales. La constitucionalización no es una cuestión de todo o nada, sino un fenómeno esencialmente graduable, puesto que los rasgos que lo definen pueden darse con una intensidad variable. Básicamente, son los siguientes: Fuerza vinculante de la Constitución, esto es, los contenidos constitucionales no tienen un valor puramente programático, sino que obligan a todos los poderes públicos; en particular, suponen un límite a la soberanía del legislador, de los parlamentos. Garantía jurisdiccional de la Constitución, lo que supone la existencia de tribunales con competencia para anular las leyes y otras disposiciones o decisiones que vulneren la Constitución. Rigidez constitucional, esto es, existencia de mecanismos que dificultan el cambio constitucional (por ejemplo, exigencia de mayorías cualificadas, distintas a las mayorías necesarias para modificar las leyes). Interpretación conforme a la Constitución de las leyes y del resto de normas del ordenamiento jurídico. Aplicación directa de la Constitución. Influencia de la Constitución sobre las relaciones políticas [Vid. Guastini 2003].

Pues bien, el constitucionalismo (que se ha ido imponiendo en los Estados occidentales más avanzados a partir de la segunda guerra mundial) supone grandes cambios en los sistemas jurídicos. Por ejemplo, el Derecho no puede verse ya simplemente como un conjunto de reglas, de pautas específicas de comportamiento. Lo que caracteriza a nuestras Constituciones (sobre todo, en la parte relativa a las declaraciones de derechos) son enunciados que hacen referencia a principios y valores (igualdad ante la ley, dignidad, pluralismo político, etc.) lo cual hace que el Derecho aparezca como algo mucho más dúctil e indeterminado que en la época del Estado (legislativo) de Derecho. Ello supone, además, otorgar necesariamente a los jueces (los encargados de interpretar y aplicar los anteriores enunciados) un poder mucho mayor del que gozaban anteriormente; lo que justifica de alguna manera ese mayor poder es que se ejercite para salvaguardar los derechos de los ciudadanos. Implica también sustituir el criterio (formal y procedimental) de validez de las normas del Estado legislativo por otro que añade a los anteriores requisitos una condición de tipo material: en el Estado constitucional, para ser válida, una norma tiene que no contradecir la Constitución, que no ir en contra de los principios y de los derechos fundamentales allí recogidos. Otorga una mayor importancia a la tarea de justificar las decisiones: los órganos públicos -en particular, los judiciales- no pueden limitarse a tomar decisiones; tienen que dar, en relación con las mismas, razones de una cierta

calidad. Muchos espacios que antes eran privativos de la política pasan ahora a ser controlados también por el Derecho: prácticamente todos los actos “discrecionales” de los poderes públicos pueden ser, en mayor o menor medida, susceptibles de control jurisdiccional; de manera que apenas existen ya actos puramente políticos. Los límites entre el Derecho, la moral y la política tienden a desvanecerse o, al menos, las fronteras entre esos tres clásicos campos de la “razón práctica” se hacen más fluidas: los principios y valores morales y políticos (incorporados a la Constitución) forman parte del Derecho y, en consecuencia, el razonamiento jurídico, a partir de esos materiales, no puede verse como un razonamiento “insular”: los elementos morales y políticos juegan también un papel, aunque eso no signifique desconocer las peculiaridades de la argumentación jurídica (judicial).

Este nuevo tipo de Derecho tiene, cabría decir, ventajas e inconvenientes. Por un lado, y simplificando mucho las cosas, se trata de un sistema jurídico que se toma en serio los derechos fundamentales y los valores de la democracia. Pero, por otro lado, los cambios introducidos para ello suponen también un Derecho más indeterminado e incierto lo cual -como Laporta [200] ha subrayado recientemente- puede poner en riesgo un valor moral tan fundamental como el de la autonomía personal: si uno no sabe con cierta precisión a qué atenerse, cuáles pueden ser las consecuencias jurídicas de su conducta, no puede tampoco trazarse planes, organizar racionalmente su vida. Además, el excesivo poder de los jueces (y no sólo de los jueces constitucionales) significa una amenaza para la democracia: los “señores” del Derecho no son ya los legisladores, los representantes de la voluntad popular, sino órganos que carecen de legitimidad democrática, puesto que los jueces suelen ser nombrados mediante procedimientos de cooptación. Las actuaciones en estos últimos días del juez Garzón, a propósito de las víctimas del franquismo, son un buen ejemplo del extraordinario poder que los jueces han asumido en nuestros sistemas jurídicos y también de la complejidad que ha adquirido la relación entre legisladores y jueces. Pues, por un lado, es comprensible que se vea con simpatía que un juez se atreva a ir más allá de donde los legisladores (y la Administración) parecían dispuestos a ir, al solicitar que se confeccionen las listas de los represaliados durante y después de la guerra civil; eso es posible -podríamos decir- porque su toma de decisión es más simple (que la de los legisladores): un juez no está vinculado por la necesidad de pactar o negociar sus decisiones, no tiene que presentarse a unas elecciones, etc. Pero, por otro lado, no resulta fácil aceptar que quien decide qué es lo justo (y no en el caso concreto, sino con carácter general) no sea la asamblea que representa la voluntad popular, sino un individuo, que muy bien podría dejarse llevar en sus actuaciones por motivaciones simplemente subjetivas (por ejemplo, el afán de notoriedad

pública), con el riesgo de arbitrariedad que ello supone. En términos clásicos: ¿no se estará sustituyendo el gobierno de las leyes por el gobierno de los hombres?

Hasta aquí me he referido al constitucionalismo en cuanto fenómeno (complejo) característico de nuestros sistemas jurídicos (de algunos de ellos). ¿Pero cómo influyen esos cambios que han tenido - o que están teniendo - lugar en el Derecho en el pensamiento jurídico? ¿Cuál es la reacción que cabe observar entre los teóricos del Derecho? Pues bien, simplificando también aquí mucho las cosas, cabría hablar de dos grandes tipos de respuestas, cada una de las cuales admite, como es lógico, graduaciones diversas: se puede ser más o menos escéptico o más o menos entusiasta del constitucionalismo jurídico.

Los escépticos suelen ser también partidarios del positivismo jurídico, en una de sus versiones. Ello quiere decir que el Derecho tiende a verse como un conjunto de reglas, de pautas específicas, establecidas por el poder político; por tanto, es un fenómeno autoritativo y distinto de (aunque no deje de tener algunos puntos de contacto con) la moral. En un sistema democrático, esas normas son establecidas, en último término, por el parlamento, por el órgano que representa la voluntad general. Las normas jurídicas (a diferencia de las morales) están respaldadas por la coacción estatal, pero al mismo tiempo regulan y limitan el uso de la fuerza: suponen una salvaguarda para la libertad de los individuos. Además, las normas (básicamente, normas legisladas) deben ser aplicadas por los jueces mediante procedimientos lógicos (la llamada “subsunción”) pues sólo así se puede asegurar la certeza del Derecho y evitar la arbitrariedad. En definitiva, el positivismo, así entendido, está vinculado con valores como la libertad, la igualdad (implícita en la generalidad y abstracción de las leyes: las normas legales se dirigen a clases de individuos y regulan acciones abstractas, lo que sin duda es un presupuesto para poder hablar de igualdad ante la ley) y la previsibilidad. Son, si se quiere, valores formales (aunque ya hemos visto que esos valores son el presupuesto de la autonomía), pero de extraordinaria importancia. Y lo que estos autores -los escépticos en relación con el constitucionalismo- temen es que un Derecho que pivote sobre principios y valores (los del constitucionalismo) acabe con esas virtudes del legalismo.

Los partidarios del constitucionalismo no sostienen una misma concepción del Derecho. Algunos (como Ferrajoli) siguen siendo positivistas, es decir, siguen entendiendo el Derecho como un fenómeno autoritativo, pero ponen un gran énfasis en subrayar que el Derecho no se identifica ya con las leyes, sino con las leyes y la Constitución. Eso significa cambios fundamentales en relación con la manera de entender el Derecho, debido sobre todo a la posibilidad de existencia de normas formalmente válidas pero sustancial

mente inválidas]]]. Hace que la ciencia jurídica no pueda entenderse en términos puramente descriptivos, ya que su función esencial (crítica) es la de mostrar y tratar de corregir las lagunas y contradicciones generadas por la violación de los derechos (establecidos en la Constitución, pero no desarrollados legislativamente). Y que la jurisdicción, en la medida en que ha de verse como aplicación e interpretación de las leyes en conformidad con la Constitución, incorpore también un aspecto pragmático y de responsabilidad cívica. Otros autores (como Dworkin, Alexy o Nino) consideran que el fenómeno del constitucionalismo supone, desde el punto de vista teórico, el abandono del positivismo jurídico. La idea fundamental es que en el concepto de Derecho deben integrarse dos elementos: uno autoritativo y otro valorativo. El Derecho no puede ser visto exclusivamente como una realidad ya dada, como el producto de una autoridad (de una voluntad), sino (además y fundamentalmente) como una práctica social que incorpora una pretensión de justificación o de corrección. Ello implica un cierto objetivismo valorativo; por ejemplo, asumir que los derechos humanos no son simplemente convenciones, sino que tienen su fundamento en la moral (en una moral universal). Y atribuir una especial importancia a la interpretación guiada por los fines y valores que dan sentido a la práctica. Dworkin [] expresa esta última idea señalando que el modelo de interpretación en el Derecho no puede ser conversacional o intencionalista (interpretar no puede consistir aquí simplemente en tratar de averiguar la intención del emisor de un mensaje), sino de carácter constructivo: interpretar supone procurar presentar un objeto o una determinada práctica como el mejor ejemplo posible del género al que pertenece; para ello es necesario recurrir a alguna teoría: la que permita (de entre las que logran dar cuenta de los materiales jurídicos -de las reglas-) una mayor realización de los principios que dan sentido a la práctica.

Esta última forma de entender el constitucionalismo (la que yo considero preferible) supone dar cierta prioridad al elemento valorativo del Derecho sobre el autoritativo, pero no implica desconocer los valores del legalismo y, por tanto, la pertinencia de la defensa que de esos valores hacen los positivistas. Lo que los defensores de este constitucionalismo sostienen es que nuestros Derechos son esencialmente inestables, pues están atravesados por una tensión que no es caprichosa; y lo que reprochan a los juristas positivistas es la tendencia a no ver uno de esos elementos, o a infravalorarlo. De ahí que se haya podido escribir que “lo que debe orientar el trabajo del jurista que pretenda operar con sentido en el marco de los Estados constitucionales no es, desde luego, el desprecio de las autoridades, de las reglas o de la subsunción, sino el propósito (quizás no siempre realizable y, desde luego, no realizable de una vez y por todas) de

lograr algún tipo de ajuste que integre en un todo coherente la dimensión autoritativa del Derecho con el orden de valores expresado en los principios” [Aguiló-Atienza-Ruiz Manero 2007, p.18].

3. También a propósito de la globalización cabe establecer una distinción entre el fenómeno y la conceptualización jurídica del mismo, esto es, entre los cambios jurídicos que se producen con la globalización y la manera de traducir esos cambios a términos teóricos.

La noción de globalización o mundialización es relativamente imprecisa. Como punto de partida puede servir una noción muy amplia, como la que da Steger: “un conjunto multidimensional de procesos sociales que crea, multiplica, despliega e intensifica intercambios e interdependencias sociales en el nivel mundial, a la vez que crea en las personas una conciencia creciente de conexión cada vez mayor entre lo local y lo distante” [Steger 2003, p.13]. Esa es, aproximadamente, la noción de la que parten también los organizadores del curso cuando entienden que la globalización puede ser descrita como “la tendencia hacia una creciente interconexión e interdependencia del conjunto de países y sociedades del mundo”. Se trataría de un proceso cuyo motor es el comercio internacional y los flujos de capitales y que incorpora también aspectos “de índole social, cultural y, por supuesto, tecnológica”. El Derecho se ve mas bien como receptor de esos grandes cambios; no en el apartado de las causas, sino en el de los efectos de la globalización: “es tal la fuerza de esta dinámica que posiblemente esté provocando cierto grado de obsolescencia de instituciones jurídicas y políticas”.

La idea que probablemente subyace al anterior planteamiento es que el proceso de globalización avanza a velocidades distintas en las diversas esferas de la sociedad (y, en consecuencia, la conciencia del fenómeno es distinta según se opere en una u otra instancia del conjunto social). Así, por ejemplo, Laporta afirma que por lo que se refiere al Derecho de propiedad y al Derecho penal “no hay ninguna o casi ninguna globalización jurídica(...)El capital financiero puede volar por encima de las fronteras, pero la titularidad jurídica de ese capital permanece al calor del derecho estatal (...) los aspectos cruciales de la vida social y las actividades económicas de la inmensa mayoría de los individuos y corporaciones que habitan el planeta de la globalización se hallan todavía regulados por normas jurídicas domésticas. La globalización comunicativa, económica o social no ha ido acompañada de una paralela globalización jurídica”. Es más, en su opinión, “[e]l desacoplamiento entre la innegable naturaleza global de muchas acciones y actividades económicas, y la predominante naturaleza particular y estatal de las normas jurídicas en que se sustenta produce consecuencias perversas, que están en la base de mucho del malestar que ha creado la globalización” (pp. 235 Y 236). ¿Pero es esto cierto? Según y cómo.

Es cierto si el Derecho lo contemplamos esencialmente como Derecho estatal y como Derecho internacional en el significado clásico de la expresión: Derecho cuyos actores son fundamentalmente los Estados. Pero quizás no lo sea (o no lo sea tanto) si en lugar de enfocar nuestra mirada hacia el “Derecho oficial” nos fijáramos en la juridicidad proveniente de instancias informales o más o menos informales. Precisamente, muchos autores piensan que el rasgo sobresaliente de la globalización jurídica consiste en la privatización del Derecho, de la misma manera que, en términos más generales, la globalización ha supuesto una tendencia a la privatización de lo público. El centro de gravedad habría pasado de la ley, como producto de la voluntad estatal, a los contratos entre particulares (aunque esos “particulares” -o algunos de esos “particulares”- sean las grandes empresas multinacionales). Eso va acompañado de una creciente (y relativa) pérdida de soberanía por parte de los Estados como consecuencia del avance tanto del Derecho supranacional como del Derecho transnacional. Como ejemplo de lo primero suele ponerse la existencia de un Derecho europeo que supone que una buena parte de las normas jurídicas ‘vigentes en los Estados de la Unión (por ejemplo, en España) no tengan un origen estatal, o estén fuertemente condicionadas por normas supraestatales. Y como ejemplo de Derecho transnacional, la vigencia de una nueva “lex mercatoria” que rige el comercio internacional y que no es elaborada ni por los Estados nacionales ni por instituciones públicas de carácter internacional, sino por los grandes despachos de abogados. Los grandes protagonistas del Derecho de la globalización no son ya los legisladores, sino los jueces y los expertos en Derecho que no ocupan cargos públicos: así, el Tribunal de Luxemburgo ha jugado un papel decisivo en la actual configuración del Derecho europeo y los árbitros que deciden los grandes pleitos del comercio internacional son abogados o profesores universitarios.

Se dice, además, que con la globalización habría aparecido un nuevo tipo de Derecho -un soft law- en el que el recurso a la coacción es menos importante que en el caso del Derecho estatal: eso se vería en la tendencia a privilegiar mecanismos de resolución de conflictos (como la mediación o el arbitraje) que (frente a la jurisdicción) no parecen tener un carácter impositivo, puesto que presuponen la aceptación por las partes (que son quienes nombran a los mediadores o a los árbitros); o en la importancia de organismos como la Organización Mundial de Comercio, regido por normas y procedimientos distintos a los del clásico Derecho estatal. En este mismo sentido, se afirma [Ferrarese] que el Derecho (el Derecho de la globalización) no consiste ya exclusivamente en normas (en prescripciones), sino que muchas de las pautas de comportamiento que contiene ese “soft law” tratan de guiar la conducta de manera flexible o sin pretender imponerse coactivamente:

piénsese en las directivas europeas o en la importancia creciente de los códigos de ética como mecanismos de autorregulación. Todo ello lleva, en fin, a una “difuminación” de los límites tradicionales del Derecho: no sólo en relación con la moral y la política, sino también en relación con las distinciones tradicionales entre Derecho privado y Derecho público o entre Derecho interno y externo. Así, elementos de Derecho privado, como la negociación o la noción de interés privado, juegan hoy un papel en el contexto del Derecho público: piénsese en los “plea bargaining” en Derecho penal o en los lobbies, como instituciones que articulan intereses particulares, en el proceso legislativo. Y el Derecho comunitario limita, como se ha dicho, el Derecho interno de los Estados europeos, al tiempo que es común hablar de un “diálogo” entre las instancias jurisdiccionales y legislativas europeas y estatales; de manera que el Derecho no aparecería ya como fruto de la imposición de un superior, sino de un acuerdo producido “desde abajo” . En consecuencia, la función del Derecho no sería ya sólo (o tanto) la de prescribir, ordenar la conducta, cuanto la de facilitar formas de acción; su naturaleza no sería tanto política cuanto instrumental.

Ahora bien, todo lo anterior puede servir como argumento para mostrar que la globalización sí que ha tenido una importante repercusión en el Derecho, transformando muchas de sus instituciones, dando lugar a nuevas formas de juridicidad, modificando las clásicas funciones del Derecho, etc. Pero además, es muy importante no perder de vista que el Derecho no sólo ha sufrido los efectos de la globalización sino que, también, ha jugado un papel causal en el proceso; simplemente, todos esos intercambios e interdependencias que tienen lugar en el nivel mundial -que definen la globalización- no serían posibles si no se hubiese contado con instrumentos jurídicos para ello. Sin el Derecho (o sin cierto tipo de Derecho) no tendríamos globalización, como tampoco habría habido capitalismo o mercado sin las instituciones jurídicas características del Estado moderno.

Pues bien, en relación con la globalización, los juristas teóricos han reaccionado de maneras distintas de acuerdo, en principio, con sus orientaciones políticas. Así, los que cabría ubicar en el espectro de la derecha política son también los que valoran el fenómeno (los cambios que han tenido lugar en el Derecho) en términos más positivos. Al fin y al cabo, lo que ha significado la globalización hasta ahora es la victoria de la ideología neoliberal. Uno de sus más conspicuos representantes, Hayek, sostenía que el orden que podía encontrarse en los fenómenos complejos era de dos tipos: creado y espontáneo. El orden espontáneo es el resultado no buscado de un proceso evolutivo y su máximo exponente es el mercado. La superioridad del mercado sobre cualquier otra organización de tipo deliberado se debe a la circunstancia de que aquí los seres humanos, al perseguir sus particulares apetencias (egoístas o altruistas),

facilitan el alcance de sus metas a otras gentes que, por lo regular, ni siquiera llegarán a conocer. La razón de ser del Derecho es, en consecuencia, esencialmente instrumental: su misión es coadyuvar al mantenimiento de ese orden espontáneo [p. 261]. Pues bien, la globalización, como habíamos dicho, significa esencialmente eso, la subordinación de la política al mercado, de la ley (o del tratado) al contrato, lo cual se plasma en el ideal de la desregulación: una economía más globalizada significa más libre de ataduras y, por tanto, menos reglamentada por normas jurídicas estatales o de Derecho internacional. Pero conviene aclarar que la “desregulación” no quiere decir exactamente que no existan reglas o incluso que existan menos reglas que antes, sino más bien que un tipo de reglas (digamos, las de carácter público) han sido sustituidas por otras de naturaleza privada.

Y precisamente eso es lo que hace que desde una ideología de izquierda el fenómeno de la globalización se vea con notable escepticismo. La liberalización de la economía - la desregulación - ha ido acompañada de la falta de medidas de garantía hacia los derechos humanos, en especial, hacia los derechos sociales; quizás no esté de más recordar que, para Hayek, la justicia social es uno de los mayores peligros que acechan a la cultura occidental, un prejuicio de carácter tribal, carente de cualquier respaldo racional o moral [p. 196-7]). La globalización económica ha incrementado la riqueza en el mundo, pero a costa de ahondar las desigualdades entre los países y entre los individuos y de producir una degradación del medio ambiente que puede tener efectos irreversibles para las futuras generaciones. Y, en fin, el Derecho de la globalización es claramente un Derecho no democrático; la pérdida de soberanía de los Estados ha supuesto un retroceso de la democracia, precisamente porque el ámbito en el que ésta opera es el ámbito del Estado.

Y si la situación es ésta, entonces es lógico que se sea más bien pesimista a la hora de sugerir alguna salida a la misma. Es bastante sintomático que para dar cuenta de la actual situación del mundo globalizado se recurra con frecuencia a Thomas Hobbes y a su descripción del estado de naturaleza como aquel en el que prima la ley del más fuerte pero en el que ni siquiera este último puede estar seguro, puesto que el más débil puede tener fuerza suficiente para matar al más fuerte. Veamos cuáles son las respuestas -las respuestas teóricas- que daban recientemente al problema tres de los juristas participantes en un reciente congreso mundial sobre el tema de “Derecho y justicia en la sociedad global”.

Francisco Laporta, después de declarar su escepticismo con respecto a las posibilidades del Derecho global para la realización del imperio de la ley, llega a la conclusión de que “sólo procesos como el de la Unión Europea parecen cumplir con los requisitos precisos para incorporar el ideal del imperio de la ley” (p. 25). La solución, por tanto, no podría encontrarse en “las redes

privadas transnacionales en un mundo pretendidamente anórnico”, sino en “la construcción de unidades políticas y jurídicas supranacionales”. Pero, en su opinión, el modelo jurídico a seguir no sería exactamente el de lo que antes habíamos entendido como constitucionalismo, sino, digamos, el del Estado de Derecho más o menos clásico; un Derecho basado en reglas, procedentes éstas de una autoridad estatal o supraestatal, pero dotadas de un respaldo coactivo y que permitan asegurar las ventajas del imperio de la ley en un ámbito más amplio que el del Estado.

Luigi Ferrajoli, por su lado, define la globalización, como “un vacío de Derecho público” y defiende la necesidad de un “constitucionalismo mundial” (en términos no muy distintos a los de Habermas). La “ampliación del paradigma del estado constitucional de derecho a las relaciones internacionales” supone para él “el máximo reto lanzado por la crisis del derecho y del Estado a la razón jurídica y a la razón política” y representa además “la única alternativa racional a un futuro de guerras, de violencias y fundamentalismos”. No existen, en su opinión, “razones para ser optimistas”, pero no porque se trate de un programa utópico o irrealizable: “simplemente no se quiere hacer porque entra en conflicto con los intereses dominantes” (p. 50 y 51).

Y, en fin, Juan Ramón Capella hace un diagnóstico aún más pesimista de la situación. En su opinión, quien realmente gobierna sobre el mundo globalizado es una “tecnocracia empresarial, militar y política que viene a desempeñar el papel del Rey filósofo de Platón y de su Consejo Nocturno”. “Las instituciones democráticas se someten y subordinan a este nuevo poder imperial [del conglomerado militar-industrial; de las grandes multinacionales; de los expertos en el manejo de los capitales financieros, en la administración de las grandes industrias, en la creación de la opinión pública, en el ajuste económico, político y militar]. Día a día los procedimientos democráticos se convierten en formas desnudas de contenido, los derechos sociales se desvanecen, los derechos políticos se vuelven crecientemente ineficaces salvo en la aquiescencia al poder global. Y aparecen instituciones nuevas colocadas fuera del alcance del ejercicio de la libertad política. O reaparecen prácticas sistemáticas del poder anteriores a la modernidad: así se ve en el trato dado a combatientes vencidos, en la tortura de prisioneros, en las guerras ni declaradas, en el abandono sin remedios de enfermos y hambrientos de los países pobres” (p. 23). La alternativa a ese proceso de regresión no aparece a la vista: “Tal vez sea éste un fenómeno temporal. También los años treinta y cuarenta del pasado siglo fueron décadas oscuras, como lo son éstas para numerosas poblaciones del planeta. Pero la regresión de la democracia parece ir de la mano con todo lo que es nuevo político-socialmente en el mundo globalizado. No hay contraejemplos nuevos que oponer a esta tendencia.” (p. 23).

4. Plantearé, a partir de lo anterior, una serie de puntos, de tesis, que no tienen otra pretensión que la de servir como base para una discusión a propósito de cuál pueda ser el papel del Derecho y de los juristas en la sociedad global.
- 1) Cualquiera que adopte una perspectiva mínimamente realista sobre el devenir del mundo no tiene más remedio que reconocer que la globalización es un fenómeno que ha llegado para quedarse. El Derecho, en consecuencia, no será ya lo que era. Considerarlo como un fenómeno esencialmente estatal, como un conjunto de normas establecidas por las autoridades del Estado, resulta cada vez más insatisfactorio aunque, por otro lado, esa visión sea básicamente acertada en relación con algún sector del Derecho, como el Derecho penal. Es cierto que lo que esencialmente tiene en cuenta un juez penal en el desempeño de su función son reglamentaciones de origen estatal. Pero incluso aquí no puede olvidarse la existencia de instituciones como el Tribunal penal internacional (aunque por el momento lleve una vida más bien lánguida); el principio de jurisdicción universal reconocido por algún ordenamiento estatal (como el nuestro) en relación con los crímenes contra la humanidad; el principio de que este tipo de crímenes no prescribe, lo que ha llevado a algún tribunal constitucional a negar validez a “leyes de amnistía” dictadas por los Estados para garantizar la inmunidad a quienes habían estado implicados en ese tipo de acciones; o el reconocimiento otorgado por las autoridades judiciales estatales a tribunales de carácter supraestatal como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos o la Corte Interamericana de Derechos humanos (3).

En otros sectores del Derecho, la incidencia de reglamentaciones supraestatales o transnacionales es una exigencia, simplemente, de la naturaleza de las cosas. El comercio internacional, internet, los movimientos migratorios, la ecología o el terrorismo son fenómenos que no pueden regularse (o que no pueden regularse con eficacia) en el ámbito nacional y que escapan también al Derecho internacional entendido en sentido clásico. No se trata, por tanto, de que el Derecho haya dejado de ser un fenómeno estatal, sino de asumir que la juridicidad no se agota en ese ámbito; existe también una juridicidad supraestatal (e infraestatal), cuyo peso tiende a ser cada vez mayor.

- 2) Pero, además, en la medida en que el contrato constituye la forma típica de la juridicidad en el ámbito de la globalización, el Derecho tiende, lógicamente, a verse menos como el producto de una voluntad política y, por el contrario, adquiere más importancia una visión del Derecho como un medio para obtener ciertos fines, como un mecanismo de construcción social. Ferrarese ha hablado, en este sentido, de un cambio de orientación del Derecho que caracteriza como el paso de una racionalidad paramétrica

a otra estratégica: “Una racionalidad de tipo paramétrico tiene lugar cuando los sujetos se encuentran frente a situaciones que dependen de otros y que no pueden contribuir a redefinir o cambiar: sólo pueden configurar consecuencias distintas que derivan de la elección restringida o inelástica que tienen en frente (...). Por el contrario, tiene lugar una racionalidad estratégica cuando los sujetos, al asumir una decisión, se encuentran en una situación de interdependencia con otros sujetos y, mientras interaccionan con ellos, deben tratar de hipotizar sus elecciones de comportamiento [Ferrarese 2006, p. 23].

- 3) La línea de desarrollo de los Derechos que representa la globalización parece ir en contra de una concepción positivista del Derecho. El Derecho, me parece, tiende a configurarse y a verse por sus operadores no tanto, o no sólo, como un sistema, como un conjunto de normas preexistentes, sino más bien como una práctica, como un procedimiento o un método para conciliar intereses, resolver conflictos, etc. Ello supone una cierta difuminación de los límites de lo jurídico y una nueva manera de entender la función de la ciencia, de la teoría, del Derecho: no se trata tanto de describir un objeto (de manera más o menos abstracta) que está ya completamente determinado, cuanto de partir de ahí (de ciertos materiales previamente existentes) y mostrar cómo pueden usarse para operar en esa práctica y lograr determinados objetivos.
- 4) El fenómeno de la globalización pone bien de manifiesto la creciente juridificación de nuestras sociedades y lo equivocado que resulta partir de un esquema de interpretación de la realidad social en el que al Derecho se le haga jugar un papel subordinado. Esto, como se sabe, es lo que ocurría con el clásico esquema marxista, en el que el Derecho pertenecía a la superestructura y no a la base social (a la que se atribuye un papel determinante), y seguramente es un prejuicio que sigue operando en la cabeza de muchos científicos sociales. El resultado consiste en minusvalorar el papel del Derecho, lo que supone riesgos tanto teóricos como prácticos. Teóricos, porque sin cierta formación de tipo jurídico es imposible entender nuestras sociedades, incluido el fenómeno de la globalización. Y prácticos, porque el Derecho es, al menos, un presupuesto para el logro de los valores más esenciales de la vida social; no tomar suficientemente en consideración los aspectos jurídicos supone poner en grave riesgo la consecución de esos valores. Naturalmente, no se trata de desconocer el condicionamiento social (particularmente económico) del Derecho. Se trata de entender que los elementos económicos, jurídicos, culturales, etc. integran una unidad compleja dentro de la cual tiene lugar una interacción constante. Así, el Derecho -o ciertos instrumentos jurídicos- han contribuido a lo que llamamos globalización de nuestras

sociedades pero, al mismo tiempo, la globalización está haciendo cambiar los sistemas jurídicos y la concepción del Derecho.

- 5) Una consecuencia de esa manera de ver las cosas consiste en reconocer el papel ambiguo que juega el Derecho en nuestras sociedades: el Derecho resulta esencial” tanto en los procesos de explotación como en los de emancipación. La alternativa a la llamada “desregulación” no es simplemente la regulación jurídica de cierto tipo de relaciones (que, de hecho, están reguladas jurídicamente: mediante esquemas -contractuales- de Derecho privado), sino su regulación jurídica según cierto tipo de estándares morales y políticos. O sea, estamos, si se quiere, “condenados” a vivir en sociedades jurídicas, pero el Derecho de nuestras sociedades (y, por tanto, la sociedad misma) puede asumir formas muy distintas.
- 6) Ya aquí es donde juega un papel fundamental la noción de derechos humanos, en cuanto conjunto de criterios inspiradores de las prácticas jurídicas. Los derechos humanos tienen su fundamento en la moral, y no en cualquier moral, sino en una de carácter universalista: negar que existan principios morales universales y de validez objetiva es, en mi opinión, un serio error, en el que ha caído un cierto pensamiento de izquierda quizás influido por estas dos circunstancias: por un lado, porque en la tradición marxista (una tradición que se inicia en el propio Marx) la moral (y el Derecho) fue considerada parte de la ideología, de manera que propiamente no podrían existir ni verdades morales, ni ningún discurso “racional” sobre la moral que pudiera consistir en otra cosa que en “desenmascarar” su naturaleza engañosa; por otro lado, porque el lenguaje de las verdades morales y de los valores morales absolutos es el lenguaje de la religión, de las iglesias: el pensamiento laico, ilustrado y racionalista -se piensa- lleva necesariamente al relativismo en materia moral.
- 7) Como ejemplo de esa concepción que presenta los derechos humanos simplemente como convenciones jurídicas, desligadas de cualquier pretensión de objetividad en materia moral, puede ponerse el caso de un autor como Luigi Ferrajoli a quien, por otro lado, debe considerarse como uno de los grandes juristas del momento y uno de los mayores defensores de la “constitucionalización” del Derecho en el marco mundial. Seleccione algunos fragmentos de uno de sus más recientes escritos:

“(L)os valores por ellos [por los derechos fundamentales] expresados no tienen nada de objetivo, ni mucho menos de natural. No es tampoco admisible la tesis axiológica según la cual deberían de ser compartidos (ooo) Estos principios son de hecho normas jurídicas que, como tales, deben ser observadas, pero no requieren de alguna adhesión moral ni de ningún tipo de condisión política o cultural” (p. 4)

“(L)os derechos fundamentales, tal como han sido consagrados por la experiencia histórica del constitucionalismo, se configuran todos ellos -desde el derecho a la vida hasta los derechos de libertad, desde los derechos civiles hasta los derechos sociales- como leyes del más débil en alternativa a la ley del más fuerte que regiría en su ausencia (...)

Protegiendo a los más débiles, incluso contra las culturas que en sus ámbitos resultan dominantes, los derechos fundamentales valen de hecho para tutelar todas las diferencias (...) Valen, en concreto, para tutelar a la mujer contra el padre o el marido, al menor contra los progenitores, en general a los oprimidos contra sus propias culturas opresoras” (p. 6).

Son, en síntesis [los derechos fundamentales] normas jurídicas heterónomas, que son universales porque son generales y abstractas como todas las normas; que valen, nos guste o no, más allá del consenso que las soporte; que, más bien, son establecidas precisamente porque tal consenso no puede darse por descontado, ni siquiera dentro de nuestra cultura” (p. 7)

“Los principales adversarios de los derechos fundamentales y, al mismo tiempo, del multiculturalismo son en suma aquellos que comparten una concepción ético-cognoscitivista (de la universalidad) de tales derechos: ya sea que esta concepción se utilice para defenderlos o bien, por el contrario, para criticarlos (...) Es claro que en el momento mismo en que estos derechos se configuran como “verdades” (según una concepción típica de la iglesia católica) se justifica cualquier forma de tutela, incluso la guerra(...)

[E]l fundamento o, mejor dicho, la razón y los presupuestos de la estipulación jurídica de los derechos fundamentales y en general del paradigma constitucional son no ya la idea de la unidad moral del género humano, sino la opuesta (...) Es precisamente por el hecho de que la humanidad no está hermanada por la condisión de los mismos valores, sino que está por el contrario dividida por el pluralismo de los valores y de las respectivas culturas, que se requiere la convención jurídica sobre lo que no es lícito y sobre lo que es debido hacer” (p. 7).

Pues bien, una posición como la anterior resulta, en mi opinión, sorprendentemente incoherente, una vez que se aclara un par de malentendidos. Uno es que objetivismo moral no es lo mismo que absolutismo moral. El absolutista (como la iglesia católica) pretende que existen verdades morales que están más allá de la discusión

racional: verdades absolutas. Pero lo que el objetivista sostiene es que hay principios morales que pretenden valer objetivamente porque son el resultado de un discurso racional y, obviamente, están abiertos a la discusión racional. El otro malentendido es que una cosa es sostener que hay verdades morales en el sentido de verdades absolutas o incluso en el sentido de “verdades científicas”, y otra afirmar que cabe un discurso racional a propósito de la moral. Ferrajoli parece haber identificado erróneamente ambas posturas y de ahí, insisto, lo insostenible de su posición. Pues cuando él dice que los derechos fundamentales son simplemente “normas jurídicas que deben ser observadas”, ¿acaso no tiene sentido preguntarle por qué deben ser observadas? ¿Y cabría aceptar -comprender- alguna respuesta a esa pregunta que no contuviese razones morales objetivas? Por otro lado, cuando afirma que los derechos fundamentales han sido configurados “por la experiencia histórica” como la ley del más débil, ¿no cabría fácilmente replicarle que por qué hemos de aceptar el criterio de la experiencia histórica? ¿No está también aquí presuponiendo un objetivismo moral, al igual que cuando recurre a otros conceptos morales como “oprimidos”, “opresores”, etc.? Finalmente, si los derechos fundamentales son simplemente convenciones jurídicas, ¿por qué van a valer más allá del consenso? ¿Por qué el consenso (¿qué otra cosa es una convención?) establecido por ciertas normas jurídicas va a estar por encima de otros consensos?

Para decirlo rápidamente: el Derecho del mundo globalizado debe estructurarse a partir de ciertos principios (jurídicos) de carácter universal. Y esos principios tienen su base en una moral de carácter universal. Desligar, de la manera radical que sugiere Ferrajoli, el discurso jurídico del discurso moral es, me parece, un serio error y, además, un error que perjudica esencialmente al pensamiento de izquierda, empeñado en la transformación del mundo en un sentido más igualitario.

- 8) La situación del mundo globalizado probablemente no sea sostenible a medio y largo plazo. No es nada obvio que nuestra manera de vivir (la de los habitantes de los países ricos, o la de muchos de ellos) sea compatible con la preservación de la vida en el planeta. Y tampoco hay por qué pensar que la actual situación en la que una minoría de individuos vive en la opulencia, mientras que la mayoría (que incluye a casi el 80 por ciento de la humanidad) padece graves carencias, puede durar de manera indefinida. Pero, en todo caso, y con independencia de que se pudiera o no proseguir así, lo que parece indudable es que la situación es injusta. Y que es injusta quiere decir aquí que lo es según los criterios de justicia que aceptarían si no todos, al menos una buena parte de los habitantes de los países ricos. ¿Pues cómo pensar que es justo un mundo en el que las

oportunidades que se les ofrecen a los individuos dependen de manera fundamental de hechos tan azarosos como el nacimiento en una u otra área geográfica, dentro de uno u otro grupo social, familiar, etc.? ¿No va eso en contra del carácter “universal” de los derechos humanos como quiera que se entienda lo de universal?

- 9) Llevar las instituciones jurídico-políticas del constitucionalismo (las instituciones surgidas para implementar la protección de los derechos humanos y asegurar un ejercicio democrático del poder) al ámbito mundial no es precisamente una empresa fácil. Es una exigencia moral cuyo éxito (como ocurre con todas las empresas morales) no está para nada asegurado. Pero, en todo caso, una precondition para el éxito es trazarse ideas claras sobre los fines a los que se aspira y sobre los medios de los que se dispone. El mundo puede ser todo lo complejo que se quiera, pero la solución a algunos de sus problemas (la solución teórica) es relativamente simple. Si el mayor mal que aqueja a la humanidad es la profunda desigualdad económica entre sus habitantes, entonces lo primero que habría que hacer es procurar asegurar a todos los individuos un mínimo de ingresos, o sea, una renta básica universal, que se percibiría con independencia de cualquier circunstancia geográfica o de cualquier otra naturaleza (incluido el nivel de riqueza). La objeción más obvia a ese tipo de planteamiento (sobre la “renta básica” se está discutiendo desde hace un par de décadas) es su falta de realismo: ¿de dónde obtener los recursos para ello? Y la contestación podría ser que de un impuesto universal que podría tener, por ejemplo, las características de la llamada “tasa Tobin”.
- 10) Desde el punto de vista del entramado social (en el nivel estatal, su praestata I o infraestatal) pueden encontrarse individuos de cuatro tipos fundamentales que quizás podríamos designar así: los avispados-desaprensivos (para abreviar: avispados), los idiotas, los parias y los cívicos. Los primeros son los que logran situarse en una posición de ventaja, porque saben aprovechar sus oportunidades y actúan sin muchos frenos morales. Los segundos, los idiotas, pueden pertenecer al campo de los privilegiados o de los desaventajados, pero no son conscientes de su posición o no quieren serlo: parece ser que en su sentido originario -en la Grecia clásica- el “idiota” era el individuo que no se interesaba por las cosas públicas, por los asuntos de la ciudad, de la polis. Los parias son los que se encuentran en una situación de profunda desventaja, pero no por su propia culpa, sino por la acción combinada de los avispados y de los idiotas. Los cívicos, en fin, tratan de que no haya, en la medida de lo posible, ni privilegiados ni desaventajados; para ello procuran poner límites a los avispados, despabilar a los idiotas y redimir a los parias. La globalización ha contribuido, hasta ahora, a enardecer los ánimos de los

avispados, ya que aumente considerablemente el número de los idiotas (en los países ricos) y de los parias (en los pobres). Pero lo que el mundo necesita, obviamente, son ciudadanos cívicos. Y el Derecho (no cualquier Derecho, sino un Derecho imbuido de los valores del constitucionalismo) es, probablemente, uno de los instrumentos más potentes con el que cuentan para llevar a cabo la ingente tarea de civilizar el mundo.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

- Aguiló-Atienza-Ruiz Manero 2007: Joseph Aguiló, Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, Fragmentos para una teoría de la Constitución, Iustel, Madrid.
- Capella 2005: Juan Ramón Capella, “La globalización: ante una encrucijada político-jurídica”, en Law and justice in a global society, Anales de la Cátedra Francisco Suárez, Granada.
- Dworkin : Ronald Dworkin, t.ew’Empire
- Ferrajoli 2005: Luigi Ferrajoli, “La crisis de la democracia en la era de la globalización”, en Law and justice in a global society, Anales de la Cátedra Francisco Suárez, Granada.
- Ferrajoli 2008: Luigi Ferrajoli, “Derechos fundamentales, universalismo y multiculturalismo”, en Claves de Razón Práctica, nO 184, julio/agosto. Ferrarese 2000: Maria Rosaria Ferrarese, Le istituzioni de/la globalizzazione, 11 Mulino, Bolonia.
- Ferrarese 2006: Maria Rosaria Ferrarese, Oiritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale, Ed. Laterza, Bari-Roma Guastini 2003: Ricardo Guastini, “La <constitucionalización> del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, en Miguel Carbonell (edición de), Neoconstitucionalismo(s), Trotta, Madrid Laporta 2005: Francisco Laporta, “Globalización e imperio de la ley. Un texto provisional para el debate con algunas dudas y perplejidades de un viejo westfaliano”, en Law and justice in a global society, Anales de la Cátedra Francisco Suárez, Granada.
- Laporta: Francisco Laporta, Steger 2003: Manfred B. Steger, Globalization: A Very Short Introduction, Oxford University Press.

1 Por eso existen tribunales constitucionales con competencia para declarar la nulidad de leyes emanadas por el parlamento, por entender que las mismas vulneran algún principio constitucional como el de igualdad ante la ley.

2 Un ejemplo interesante es el caso La Cantuta.

3 En Colombia

LA ORALIDAD EN LOS PROCESOS CIVIL Y DE FAMILIA BREVE APROXIMACIÓN¹

Octavio Augusto Tejeiro Duque²

Es el de ahora un tema de señalada importancia en el país, pese a que en otras latitudes ha sido decantado y purificado, pero es por ello que viene al caso revisar algunos conceptos básicos en tomo del mismo, pues por su evidente presencia en asuntos de adolescentes, penales, y disciplinarios de abogados, así como por haberse incluido en la reforma a la Ley Estatutaria de Administración de Justicia a modo de principio orientador de la actividad judicial, supone actualidad sin par, que se realza con la expectativa cierta de su introducción en el Código de procedimiento civil colombiano.

La primera gran discusión, secular por cierto, encarna la inquietud en torno de la escogencia entre la escritura y la oralidad. Y dígase de una vez que ni la una ni la otra. Ya en su momento lo expresó Chiovenda cuando acuñó la locución “predominantemente oral” o “predominantemente escrito”, con la que dejaba de lado la bipolaridad que se exhibía, y ponía en evidencia que un sistema adecuado involucra los dos métodos, aunque privilegia a uno sobre el otro de alguna manera, con la idea de aprovechar, en mayor medida, unos beneficios y desechar las que se estimaban mayores desventajas. Luego, bajo estas premisas es solar que en el mundo de ahora la dicotomía no puede resolverse mediante la asunción de un esquema puro, sino más bien, por el sendero de la complementación, en cuyo seno se han de aprovechar, en inmejorable ocasión, los elementos que la técnica y la informática vierten hoy con tanta eficacia.

El problema, sin embargo, no se ha resuelto con afirmar que ni en puridad un sistema ni el otro, porque ahora se hace menester encontrar el justo medio ‘en que se conjuguen, en sincrónica simbiosis, la oralidad, la escritura y las herramientas de la informática; éxito al que se arribará luego de establecer

1 Conferencia presentada en el marco de las V Jornadas Internacionales de Derecho Procesal, “El derecho procesal en perspectiva oral”, en el teatro Gabriel Obregón de la Universidad de Medellín, el 13 de agosto de 2008.

2 Magistrado de la Sala Civil del Tribunal Superior de Medellín. Miembro de la Comisión Judicial creada para la redacción del anteproyecto de ley de efectividad e impulso de la oralidad en materias civil y de familia.

una mediana aproximación a las características esenciales de cada uno de los aspectos así advertidos.

La oralidad, en nada novedosa, porque fue el primer sistema de juzgamiento con que contó la humanidad, se funda en la necesaria comunicación oral de los actos del proceso, en la medida en que las partes, los terceros y el juzgador manifiestan de esa forma sus voluntades, esto es, supone de entrada lo que de suyo implica: una forma de manifestación de las voluntades. Mas no es ello, en sí mismo y únicamente considerado, lo que ofrece beneficio, pues no se gana mucho exponiendo de viva voz lo que puede 'expresarse también por escrito, sino las consecuencias con que ha de venir acompañada esa manifestación, como la inmediación (espacial) según la cual no debe haber obstáculos ni barreras entre los sujetos del proceso y, por ende, pueden directamente comunicarse, sin intermediarios ni papeles, frente a frente, cara a cara; la concentración (inmediación temporal, unidad de acto), por efecto de la cual en un solo momento histórico se desarrollan todos los actos del trámite, especialmente los de la instrucción, la alegación y el fallo, de manera que ni la memoria ni sus ayudas, como actas, resúmenes y grabaciones mantienen, para efectos del juzgamiento, una importancia mayor; la publicidad por la que todos esos actos se debaten en público, sin reserva (salvo las excepciones legales), ante quien quiera presenciarlos. Dicho en breve, la manifestación oral, la inmediación, la concentración y la publicidad constituyen el avío de esencia de la oralidad, cuyo resultado natural es la audiencia pública, continua e ininterrumpida en que se produce la discusión procesal y la sentencia.

Pero alrededor del núcleo así visto, giran características como la informalidad, dado que en la actuación no se exige solemnidad especial alguna (excepción hecha de las que imponen los protocolos de respeto y cortesía indispensables); la flexibilidad legal, entendida como la posibilidad del juez de manejar la audiencia sin encuadramiento ni fórmulas férreas, sin artículos ni incisos que determinen en detalle cada paso; la fuerte dirección judicial del proceso, que exige del funcionario una actitud de liderazgo, pero sin autoritarismo; la confianza en el juzgador, que nace en la credibilidad generada por la actividad en público; la inapelabilidad que es fruto de tal confianza; la apreciación racional de la prueba, que emerge de observar con atención la conducta de las partes en el proceso, de escrutar en la comunicación verbal y en la no verbal así como en sus discrepancias, la verdad que subyace en cada postura y deducir de ello consecuencias procesales; la indispensable identidad entre el funcionario que escucha la prueba y aquel que emite sentencia, como que ningún sentido tendría participar de la audiencia pero entregar a quien no lo ha hecho la responsabilidad de decidir; la celeridad, que fluye espontáneamente en medio de la comunión de todos los elementos que anteceden.

La escritura, iniciada en el campo jurídico-procesal con la decretal de 1216 del papa Inocencia Tercero, parte de la idea de desconfianza en el juez, en la

medida que se apoya en el axioma “quod non est in actis non est in mundo” (lo que no está en actas no está en el mundo), para evitar la “iniquidad y la falsedad judicial”, idea que se articula con las consecuencias propias de lo escrito, pues aparece la mediación, en tanto el juez no entra en relación directa con las partes ni con las fuentes de prueba, porque ellas llegan a él mediante documentos previamente elaborados; la desconcentración, que aflora porque el avance procesal se produce luego de días, meses o años de preparación de cada acto; el secreto, que germina en tanto las partes y los terceros desconocen el contenido de cada actuación hasta que se les permita revisar el infolio.

De tales caracteres fluyen: la formalidad, necesaria para verificar ‘autenticidad, legitimidad y demás requisitos del acto; la inflexibilidad del procedimiento, pues que únicamente puede adelantarse de acuerdo con la manera minuciosamente detallada por el legislador para garantía de los otros sujetos; la ausencia de dirección judicial del proceso, puesto que ante los escritos ella pierde mucho de su prístino valor; la desconfianza en el fallador, desde luego que no es fácil confiar en aquel que en el sigilo de su soledad, en silencio y casi clandestinamente, ejerce su labor de juzgamiento; la apelabilidad, que es su necesario efecto en tanto constituye un medio para exigir que otro revise lo que el a-qua, en semejantes circunstancias ha elaborado; la valoración por prueba tasada o de tarifa legal, en la medida que al impedirse la directa observación del juzgador debe “escuchar” los papeles conforme el valor que la ley les confiere; la lentitud, que emerge natural del sistema porque entre acto y acto el tiempo se prolonga casi indefinidamente; la falta de identidad entre el juez que recibe la probanza y el que la valora, puesto que si lo atendible es exclusivamente “lo que conste en: acta”, en nada incide que la escrute uno u otro funcionario.

Un buen modelo, hoy por hoy, debe excluir la posibilidad de optar por uno solo de los esquemas, pues como brota al pronto, es la conjunción de los dos la que puede traer mejores prácticas. Así es, recomendable que la litis contestatio, transcurra por escrito a fin de que la precisión y la claridad, que le son consustanciales, sirvan para conocer las posturas de las partes; mientras la clarificación de ellas, la conciliación, el saneamiento procesal, la fijación del litigio, el decreto probatorio, su práctica, la alegación y la sentencia deben florecer en medio de una audiencia, Surge así el que se llama proceso concentrado o por audiencia, en el que cobran vital actualidad las notas esenciales de oralidad advertidas, diverso del que ahora en Colombia opera que es oral protocolar o actuado, en el cual se adelantan audiencias, casi nunca continuas, pero se deja siempre constancia en acta a fin de que únicamente lo que en ella ,conste pueda ser tenido en cuenta.

Este proceso concentrado es el que parece prestar la mejor opción, siempre acompañado por las herramientas de grabación (video y/o voz), con el fin de que se deje memoria de lo actuado para beneficio de la segunda instancia y de

la casación o la revisión, si fuere del caso, y para la eventual discontinuidad de la audiencia.

Pero su eficacia y real celeridad deben ser garantizadas mediante otras medidas, una de las cuales ha de ser la condena en abstracto, cuyo propósito es que se discuta primeramente la responsabilidad del demandado para que, en un segundo episodio, mediante incidente posterior, se produzca la concreción. También se requiere la unificación de los procedimientos declarativos para extinguir la inútil clasificación de ordinarios, abreviados, verbales y verbales sumarios, que en oralidad ningún servicio presta, como que la flexibilidad y la informalidad suponen determinación previa de la complejidad del caso, y subsiguientemente, el establecimiento de su plan y agenda. De igual manera, es menester la concentración de apelaciones para que con la de la sentencia se definan las de los autos anteriores, así, como es indispensable el efecto devolutivo, a modo de principio general no exento de algunas salvedades, cuyo efecto será el cumplimiento inmediato de lo resuelto por el a-quo, dado que la confianza en el juzgador, que viene con el sistema; lo justifica plenamente, lo que al tiempo ocurre con la extinción de la consulta, mecanismo que en un sistema de oralidad no constituye más que un obstáculo a la celeridad y eficacia.

De manera similar, la actual conciliación extrajudicial en derecho, que se erige en requisito de procedibilidad para asistir a la jurisdicción, según la ley 640 de 2001, pierde legitimidad ante un sistema concentrado o de audiencia, pues ésta siempre empezará con el intento conciliatorio ante el estrado, luego se precisa la derogatoria de la indicada norma, tanto más si no se olvida que en múltiples ocasiones se limita su cumplimiento a la satisfacción de un comportamiento meramente formal, vacío y sin efecto práctico real.

Es imperiosa, asimismo, la fuerte dirección judicial del proceso, en lo formal, para que cuente con los poderes y los deberes suficientes a la hora de analizar la complejidad, de establecer el plan del caso y de llevarlo a efecto, y en lo material, para que pueda desde el principio ordenar y practicar pruebas de oficio con el propósito de generar equilibrio y verdadera igualdad entre las partes, justicia real y posibilidades conciliatorias serias y prontas.

En el mismo orden, se impone la resolución de algunas apelaciones en el tribunal por un solo magistrado, cual acontece hoy con la de habeas corpus, salvedad hecha de aquellas que por su trascendencia jurídica requieran la intervención de la Sala, para además unificar jurisprudencia, así como se hace necesario que los procesos ejecutivos sean adelantados, cuando no hay excepciones, por servidores pertenecientes a los centros de servicios que sean comisionados al efecto por los jueces, iniciativas todas, que unidas al rechazo por infundabilidad de la pretensión, se erigen en la espina dorsal de un proyecto adecuado de reforma hacia la oralidad en el proceso civil y en el de familia.

Igualmente, las mencionadas alzas deben ser concedidas, tramitadas y definidas de manera concentrada, en tanto se han de interponer en el momento de la audiencia en que se produzcan las decisiones impugnables, pero se han de autorizar al final de ella para que el ad-quem conozca de todas al tiempo, decidiendo acerca de los autos y las sentencias en un solo acto, con lo que se gana en tiempo grandemente, pues habrá ocasiones en mayoría en que la resolución de alguna impida la manifestación acerca de otra, por ejemplo.

Ahora, en punto de pruebas es necesario que el juzgador pueda ordenar y practicar algunas antes de la audiencia a fin de que ésta no se detenga cuando ellas deban ser materia de tramitación. De esta suerte, la inspección judicial, la exhibición de documentos que no se pueda adelantar en el despacho y el dictamen pericial han de realizarse antes de la indicada audiencia con el propósito de que a ella lleguen ya sus resultados consolidados, al punto que únicamente haga falta su exposición pública y las explicaciones del perito.

No debe pasarse por alto que la oralidad, aún en la versión expuesta, supone una notable reducción del recurso humano a cargo del juez, en la medida que es éste, y no sus colaboradores, el llamado a tomar directamente las decisiones, lo cual no implica desempleo, sino variación en la forma de ejercicio de la función, pues si en la escritura es indispensable un grupo de empleados que apoyen al juzgador en su gestión, como que él con ellos realizan la labor de administración del proceso, no sucede igual con el otro sistema, en el cual esa tarea se concentra específicamente en un centro de servicios judiciales a fin de que el juez atienda exclusivamente, en audiencia, el aspecto judicial y abandone el conjunto de aquellas actividades. En tal virtud, los subalternos del juzgado ya no estarán bajo esa dirección, sino en el indicado centro y a órdenes de un jefe que ha de cumplir la misión que por comisión le delegue cada juez en los aspectos de tramitación diversa de lo atinente a admisión de demanda y audiencia.

Tal circunstancia genera la necesidad de un número mayor de funcionarios -jueces-, de un mejor equipamiento informático y electrónico y de una cantidad grande de salas de audiencias, colofón de lo cual es, sin duda, la exigencia de un presupuesto coincidente con ello, so pena de que el sistema desemboque en fracaso.

Como es obvio, el éxito de una 'modificación de tal magnitud y calado será esquivo si no se logra la modificación cultural que exige, la cual, de suyo, es arisca y distante de entrada, porque luego de siglos de justicia formal, solemnidad, autenticaciones, memoriales, justicia casi secreta, dilaciones, expedientes llevados en carretillas, hojas por doquier, y todas las demás consecuencias de la escritura, resulta, prima facie, en extremo difícil pasar a la vida de la palabra hablada, de la agilidad, de la argumentación rápida, de la justicia material, de la informalidad y la sencillez, de la concreción y de la efectividad, pues el lastre de

la costumbre conspirará con toda su fuerza y se opondrá con saña. Se impone, pues, la capacitación institucional, pero además el esfuerzo personal de cada uno, estimulados todos por la seguridad de una justicia civil y de familia más certera y oportuna.

Y, no es de olvidar que, como lo sostuvo Franz Klein, el gran redactor de la ordenanza procesal civil austriaca de 1895, refiriéndose al testimonio de la parte, según lo transcribe Mauro Cappelletti, en su libro *El testimonio de la parte en el sistema de la oralidad*, los cambios producen en principio un natural rechazo, al punto que, por lo general, todas las innovaciones del progreso humano “... en un primer momento resultan extrañas y en raro contraste con las costumbres, y originan la crítica más violenta. Una vez puestas en práctica y perfeccionadas, de pronto se tornan transparentes e indispensables y nadie entiende ya cómo las cosas pudieron alguna vez funcionar de otra manera”.

EL MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO Y LA ADOPCIÓN HOMOPARENTAL. SU RECONOCIMIENTO EN MÉXICO

*Manuel de Jesús Corado de Paz**

SUMARIO:

I. Nota introductoria. II. La familia y el matrimonio en los instrumentos de protección de derechos humanos. III. Los caminos hacia el reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo: La vía legislativa y la vía jurisprudencial. IV. El matrimonio entre personas del mismo sexo a la luz de los derechos humanos: Una visión jurisdiccional. V. La adopción homoparental. El interés superior del menor como eje rector para determinar la idoneidad de los adoptantes. VI. Conclusiones. VII. Fuentes de consulta.

I. NOTA INTRODUCTORIA

El matrimonio ha evolucionado a través del tiempo, su trascendencia en el Derecho Familiar es innegable, sobre todo si consideramos los efectos que genera en temas como parentesco, alimentos y sucesiones, por mencionar algunos.

En 2016, conforme a los resultados de la Encuesta Nacional de Ocupación y Empleo (ENOE), 58.1% de la población de 15 y más años se encontraba unida: 31.4% era soltera y 10.5% era separada, divorciada o viuda. En 2015 se registraron 558,018 matrimonios. De estos, 556,269 correspondieron a uniones legales de personas de distinto sexo (99.7%), mientras que 1 749 (0.3%) fueron matrimonios legales entre población del mismo sexo¹

De manera gradual, el matrimonio entre personas del mismo sexo es un tema que se ha ido ubicando en la mesa de discusión en diversas latitudes, como una

* Doctor en Derecho Público. Director del Centro Iberoamericano de Investigaciones Jurídicas y Sociales. Miembro del Sistema Estatal de Investigadores. Miembro de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional. Miembro Honorario de las Asociaciones Argentina, Brasileña, Colombiana, Panameña y Paraguaya de Derecho Procesal Constitucional. Miembro de la Asociación Argentina de Justicia Constitucional. Correo electrónico: coradodepaz.manuel@cijjus.org

1 Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), Estadísticas a propósito del... 14 de febrero, matrimonio y divorcios en México, disponible en: http://www.inegi.org.mx/saladeprensa/aproposito/2017/matrimonios2017_Nal.pdf

reivindicación de los derechos humanos de la población LGBTI, sin embargo, se ha encontrado con muchos obstáculos ya sea por parte de los poderes formales o fácticos.

Tratándose de la adopción homoparental, la ruta ha sido similar, al ser una consecuencia natural e inherente del reconocimiento al matrimonio entre personas del mismo sexo, pues no se puede abrir la puerta a un escenario y cerrarla al otro.

En ambos casos el tema de los derechos humanos ha jugado un papel fundamental en su reconocimiento, partiendo del libre desarrollo de la personalidad, la igualdad y la no discriminación, hasta llegar al interés superior del menor, por mencionar algunos que guardan relación estrecha con los tópicos objeto de análisis.

Bajo este escenario, nuestro objetivo consiste en identificar cómo se ha configurado la familia y el matrimonio en los principales instrumentos de protección de derechos humanos, tanto en el ámbito universal como regional; los caminos que se han transitado para el reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo, a través de dos escenarios que se han presentado en México; los criterios que se han formulado por los órganos jurisdiccionales en relación con el matrimonio entre personas del mismo sexo; para finalmente centrarnos en la adopción homoparental, haciendo énfasis en el interés superior del menor como eje rector para determinar la idoneidad de los adoptantes.

II. LA FAMILIA Y EL MATRIMONIO EN LOS INSTRUMENTOS DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS

Tanto en el ámbito internacional como en el regional, los principales instrumentos de protección de derechos humanos consideran a la familia como un elemento fundamental de la sociedad, en ello radica la amplia protección que, mediante el reconocimiento de diversos derechos, le prescriben.

Además, el derecho a fundar una familia y el relativo a contraer matrimonio se encuentran reconocidos por estos instrumentos, en los términos que a continuación se indican:

El artículo VI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre señala:

“Artículo VI. Toda persona tiene derecho a constituir familia, elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella.”²

2 Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana Bogotá, Colombia, 1948, disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp>

Sobre el particular, el artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos dispone:

“Artículo 16

1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia; y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.
2. Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio.
3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.”³

Por su parte, el artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece:

“Artículo 23

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.
2. Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello.
3. El matrimonio no podrá celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.
4. Los Estados Partes en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos.”⁴

A su vez, el artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, determina:

“Artículo 10

Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que:

1. Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente

3 Asamblea General de las Naciones Unidas, Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948, disponible en: http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf

4 Asamblea General de las Naciones Unidas, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, disponible en: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>

para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. El matrimonio debe contraerse con el libre consentimiento de los futuros cónyuges.

2. Se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho período, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social.
3. Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Debe protegerse a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social. Su empleo en trabajos nocivos para su moral y salud, o en los cuales peligre su vida o se corra el riesgo de perjudicar su desarrollo normal, será sancionado por la ley. Los Estados deben establecer también límites de edad por debajo de los cuales quede prohibido y sancionado por la ley el empleo a sueldo de mano de obra infantil.”⁵

Por su parte, el artículo 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos indica:

“Artículo 17. Protección a la Familia

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.
2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.
3. El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.
4. Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos.
5. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo.”⁶

5 Asamblea General de las Naciones Unidas, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, disponible en: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>

6 Asamblea General de Estados Americanos, Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos (B-32), San José, Costa Rica 7 al 22 de no-

Finalmente, el artículo 15 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece:

“Artículo 15

Derecho a la Constitución y Protección de la Familia

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por el Estado quien deberá velar por el mejoramiento de su situación moral y material.
2. Toda persona tiene derecho a constituir familia, el que ejercerá de acuerdo con las disposiciones de la correspondiente legislación interna.
3. Los Estados partes mediante el presente Protocolo se comprometen a brindar adecuada protección al grupo familiar y en especial a:
 - a. conceder atención y ayuda especiales a la madre antes y durante un lapso razonable después del parto;
 - b. garantizar a los niños una adecuada alimentación, tanto en la época de lactancia como durante la edad escolar;
 - c. adoptar medidas especiales de protección de los adolescentes a fin de garantizar la plena maduración de sus capacidades física, intelectual y moral;
 - d. ejecutar programas especiales de formación familiar a fin de contribuir a la creación de un ambiente estable y positivo en el cual los niños perciban y desarrollen los valores de comprensión, solidaridad, respeto y responsabilidad.”⁷

Este entramado instrumental que se ha configurado en el contexto internacional ha sido objeto de interpretación y esto ha permitido que las nociones primigenias evolucionen y no se mantengan estáticas; pues estamos ante instrumentos vivos, que deben adecuarse a la realidad que impera en un momento determinado, transitando con ello de una concepción tradicional y restrictiva a una de carácter abierto y plural, lo que ha dado cabida al matrimonio entre personas del mismo sexo y la adopción homoparental, pero sobre todo a un concepto de familia que no se reduce únicamente al matrimonio, sino que abarca otros lazos, lo que deviene en diversos modelos de familia, que pueden

viembre de 1969, disponible en: <https://aplicaciones.sre.gob.mx/tratados/ARCHIVOS/CONV.%20AMERICANA%20SOBRE%20DERECHOS%20HUMANOS.pdf>

7 Asamblea General de Estados Americanos, Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”, aprobado el 17 de noviembre de 1988, disponible en: <https://aplicaciones.sre.gob.mx/tratados/ARCHIVOS/OEA-%20PROTOCOLO%20SAN%20SALVADOR.pdf>

variar de un Estado a otro y entre las diversas regiones de un mismo Estado, pero que en todos los casos requerirán de la protección del Estado.

III. LOS CAMINOS HACIA EL RECONOCIMIENTO DEL MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO: LA VÍA LEGISLATIVA Y LA VÍA JURISPRUDENCIAL

La familia es una realidad social, independientemente de las formas o manifestaciones que ésta conlleve. En relación con las fuentes de las relaciones familiares, generalmente, podemos identificar dos posiciones: una que determina como única fuente al matrimonio y otra que sostiene que ésta surge, además, del parentesco y del concubinato.⁸ Siendo esta última vertiente la que mayor raigambre ha tenido en las legislaciones modernas, que han incorporado, incluso, otras vías, algunas generadas por la ruta jurisprudencial.⁹

8 El Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha señalado que “el artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos contiene diversos aspectos, entre los que se encuentran la igualdad ante la ley del hombre y la mujer; la protección a la familia, correspondiendo a la ley establecer lo relativo a su organización y desarrollo; y el derecho de las personas a decidir el número y espaciamiento de sus hijos, en forma libre, responsable e informada; sin que tal protección constitucional aluda ni defina a la institución civil del matrimonio, por lo que deja esa atribución normativa al legislador ordinario. Esto es, la Constitución Federal no se refiere o limita a un tipo específico de familia como podría ser la nuclear -conformada por padre, madre e hijos- con base en la cual se pudiera afirmar que ésta se constituye exclusivamente por el matrimonio entre un hombre y una mujer y, mucho menos, que sólo se proteja a la familia que surge de dicha institución, toda vez que en un Estado democrático de derecho, en el que el respeto a la pluralidad es parte de su esencia, debe entenderse protegida constitucionalmente la familia como realidad social, a efecto de cubrir todas sus formas y manifestaciones en cuanto realidad existente, alcanzando a dar cobertura a aquellas familias que se constituyan con el matrimonio; con uniones de hecho; con un padre o una madre e hijos; o bien, por cualquier otra forma que denote un vínculo similar.” Fuente: Tesis: P. XXI/2011, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXXIV, Agosto de 2011, p. 878, registro no. 161267.

9 En el caso mexicano cabe señalar uniones de derecho, como la sociedad de convivencia; o, de hecho, como el caso de la pareja estable coexistente, esta última surge a partir de un criterio de un órgano jurisdiccional y, posteriormente, es adoptada por el legislador de una de las entidades federativas: Coahuila. En relación a la pareja estable coexistente, el Pleno en materia Civil del Primer Circuito determinó que los derechos establecidos para la protección de la familia, entre los que destacan los alimentarios, no son exclusivos del matrimonio, del concubinato o de la sociedad de convivencia, pues las legislaciones que impongan la obligación de reconocerlos solamente en favor de sus integrantes, excluyendo a otro tipo de parejas de hecho que al convivir de forma constante generan vínculos de solidaridad y ayuda mutua pero que por algún motivo no cumplen con todos los requisitos para ser considerados en alguna de las instituciones citadas, constituye una distinción con base en una categoría sospechosa -el estado civil- que no es razonable ni justificada y que coloca a este tipo de parejas en una situación de desprotección en relación con su derecho a acceder a un nivel de vida adecuado. Ello es así, porque la obligación de otorgar alimentos entre los integrantes de una relación de hecho, es una institución inherente a la familia y se fundamenta en un deber tanto asistencial como resarcitorio derivado del desequilibrio económico que puede presentarse entre la pareja al momento de disolverse la relación, resultando indispensable que entre la pareja exista o haya existido una relación de familia, basada en una convivencia constante y estable, fundada en la afectividad, la solidaridad y la ayuda mutua. Fuente: Tesis: PC.I.C. J/45 C (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 39, Febrero de 2017, Tomo II, p. 1569, registro no. 2013735. Por su parte, el Segundo Tribunal Colegiado en materia Civil del Séptimo Circuito ha señalado que nuestro derecho obliga a equiparar a muchos efectos a las familias articuladas en torno al matrimonio, con aquellas en las que el eje de vinculación es de una naturaleza distinta, y evoluciona de este modo hacia un concepto de familia fundado esencialmente en la afectividad, el consentimiento y la solidaridad libremente aceptados con la finalidad de llevar a efecto una convivencia estable. Fuente: Tesis: VII.2o.C.75 C (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 10, Septiembre de 2014, Tomo III, p. 2512, registro no. 2007438.

Por lo que atañe al matrimonio, diversas discusiones se han centrado en su naturaleza, fundamentalmente se dice que es una institución jurídica, un contrato o un acto jurídico.

El término matrimonio etimológicamente deriva del latín *matrimonium*, que significa cargo, cuidado u oficio de madre.

La Real Academia Española define al matrimonio, en su primera y segunda acepción, de la siguiente manera:

- “1.m. Unión de hombre y mujer, concertada mediante ciertos ritos o formalidades legales, para establecer y mantener una comunidad de vida e intereses.
- 2.m. En determinadas legislaciones, unión de dos personas del mismo sexo, concertada mediante ciertos ritos o formalidades legales, para establecer y mantener una comunidad de vida e intereses.”¹⁰

Mientras que, tratándose de la definición legal, hasta hace casi una década, la mayoría de las legislaciones locales en México hacían referencia a la unión de un hombre y una mujer cuya finalidad era la perpetuación de la especie¹¹ y la ayuda mutua, vínculo del que derivan una serie de derechos y obligaciones, que traduce en un marco de protección. Sin embargo, esto comenzó a desdibujarse a partir del 29 de diciembre de 2009, fecha en la que se publicó en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el Decreto por el que se reformaron diversas disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal y del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, mediante el cual se aprobó la modificación de los artículos 146, 237, 291 bis, 294, 391 y 724 del Código Civil para el Distrito Federal¹², siendo el primero de ellos el que permite el matrimonio entre personas del mismo sexo y que desvincula la finalidad de la perpetuación de la especie, al señalar:

“Artículo 146.- Matrimonio es la unión libre de dos personas para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua. Debe celebrarse ante el Juez del Registro Civil y con las formalidades que estipule el presente código.”

10 Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, Vigésimotercera edición, 2014, disponible en: <http://dle.rae.es/?id=OdQHkYU>

11 La distinción resulta claramente sobreinclusiva porque quedan comprendidas en la definición de matrimonio las parejas heterosexuales que no acceden a esta institución con la finalidad de procrear, lo que muestra la falta de idoneidad de la medida para cumplir con la protección de la familia como realidad social, y que se contraponen a lo sostenido por este alto tribunal en el sentido de que ha desvinculado el matrimonio de la función procreativa. Por otro lado, resulta subinclusiva porque excluye injustificadamente del acceso al matrimonio a las parejas homosexuales que están situadas en condiciones similares a las parejas heterosexuales, lo que ocasiona que se les prive de obtener los beneficios tangibles e intangibles que otorga dicha institución a estas parejas y a los niños que decidan criar. Fuente: Tesis: 1a./J. 85/2015 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 25, Diciembre de 2015, Tomo I, p. 184, registro no. 2010675.

12 Dicho decreto entró en vigor 45 días hábiles posteriores a su publicación en la Gaceta Oficial del Distrito Federal.

Así, con 39 votos a favor, 20 en contra y cinco abstenciones, el Pleno de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal aprobó en lo general y en lo particular el dictamen que reformó el Código Civil y el Código de Procedimientos Civiles que permitió el matrimonio entre personas del mismo sexo.

Esta reforma abrió la posibilidad para que las personas del mismo sexo (hombre – hombre o mujer – mujer) puedan celebrar matrimonio y, además, por lo que a este tema concierne, eliminó la procreación como finalidad del matrimonio¹³, situación que ya resultaba desfasada, pues éste no se celebra, necesariamente, con este objetivo.

Así, los cuerpos normativos que aún “definen al matrimonio como el celebrado entre “un solo hombre y una sola mujer”, y/o que establecen entre sus objetivos que “se unen para perpetuar la especie”, prevén una distinción implícita entre las parejas conformadas por personas heterosexuales y las conformadas por personas homosexuales, pues mientras a las primeras se les permite el acceso al matrimonio, a las segundas se les niega esa posibilidad... este tipo de normas se encuentran basadas implícitamente en una categoría sospechosa, toda vez que la distinción que trazan para determinar quiénes pueden utilizar el poder normativo para crear un vínculo matrimonial se apoya en las preferencias sexuales de las personas...”¹⁴, además, ha señalado que estas normas “impiden a las parejas del mismo sexo el acceso a la institución matrimonial producen una doble discriminación, pues no sólo se les priva a las parejas homosexuales de los beneficios expresivos que comporta el matrimonio, sino también de los materiales; exclusión que pudiera incluso llegar a afectar a sus hijos al colocarlos en un plano de desventaja respecto de los hijos de parejas heterosexuales.”¹⁵

Por lo que “considerar que la finalidad del matrimonio es la procreación constituye una medida no idónea para cumplir con la única finalidad constitucional a la que puede obedecer la medida: la protección de la familia como realidad social. Pretender vincular los requisitos del matrimonio a las preferencias sexuales

13 El Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha señalado que “el hecho de que las parejas homosexuales tengan la imposibilidad de procrear hijos biológicamente comunes no se traduce en razón suficiente que deba incidir en la decisión del legislador de extender la institución del matrimonio civil de forma tal que comprenda tanto a las parejas homosexuales como a las heterosexuales, máxime que derivado de la dinámica social, la “potencialidad” de la reproducción ya no es una finalidad esencial del matrimonio tratándose de las parejas heterosexuales que, dentro de su derecho de autodeterminación, deciden tener hijos o no, incluso por otros medios de reproducción asistida o mediante adopción, lo que no les impide contraer matrimonio, ni podría considerarse como una causa para anularlo si no se ha cumplido con una función reproductiva”. Fuente: Tesis: P. XXII/2011, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXXIV, Agosto de 2011, p. 879, registro no. 161265.

14 Tesis: 1a./J. 84/2015 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 25, Diciembre de 2015, Tomo I, p. 186, registro no. 2010676.

15 Tesis: 1a./J. 86/2015 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 25, Diciembre de 2015, Tomo I, p. 187, registro no. 2010677.

de quienes pueden acceder a la institución matrimonial con la procreación es discriminatorio, pues excluye injustificadamente del acceso al matrimonio a las parejas homosexuales que están situadas en condiciones similares a las parejas heterosexuales.”¹⁶

En Chiapas, el 11 de julio de 2017, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el resolutivo segundo de la sentencia dictada al resolver la acción de inconstitucionalidad 32/2016, promovida por la Comisión Nacional de Derechos Humanos, a solicitud de la Asociación Civil Unidos Diferentes, declaró la invalidez de las porciones normativas subrayadas en los numerales siguientes, y que corresponden al Código Civil para el estado de Chiapas:

“Art. 144.- Cualquiera condición contraria a la perpetuación de la especie o a la ayuda mutua que se deben los cónyuges se tendrá por no puesta.

Art. 145.- Para contraer matrimonio, el hombre y la mujer necesitan haber cumplido dieciocho años.”

La Comisión Nacional de Derechos Humanos consideró que dichos numerales contemplan restricciones al ejercicio de derechos humanos, al excluir de la celebración de la figura del matrimonio a parejas del mismo sexo, refiriéndose a criterios formulados por la Corte Interamericana al establecer:

“A este respecto la Corte Interamericana ha sido muy clara al señalar que para comprobar que una diferenciación de trato ha sido utilizada en una decisión particular no es necesario que la totalidad de la misma se funde únicamente en la orientación sexual de una persona, pues resulta suficiente que se haya tenido en cuenta de forma implícita o explícita. Lo que resulta inconstitucional e inconveniente, pues un derecho que le está reconocido a todas las personas, no puede ser negado, restringido o inhibido a persona alguna por motivo de su orientación o preferencias sexuales, pues de lo contrario se atacaría directamente al artículo 1.1 de la Convención Americana.”

Por lo que su concepto de invalidez se centró en que:

“El artículo 145 del Código Civil para el Estado de Chiapas, considera a la institución del matrimonio, como la restrictiva unión de un hombre y una mujer, excluyendo a las parejas del mismo sexo, atacando así directamente el derecho a la dignidad humana en su vertiente de libre desarrollo de la personalidad, así como los principios de igualdad y no discriminación, además de la protección a la organización y desarrollo de la familia, todos previstos en los artículos 1º y 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.”

16 Tesis: 1a./J. 43/2015 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 19, Junio de 2015, Tomo I, p. 536, registro no. 2009407.

Así, la resolución que se dictó en dicho medio de control constitucional determino:

“PRIMERO. Es procedente y fundada la presente acción de inconstitucionalidad.

SEGUNDO. Se declara la invalidez del artículo 145, en la porción normativa “el hombre y la mujer”, del Código Civil para el Estado de Chiapas, publicado mediante decreto 188 en el Periódico Oficial de dicha entidad, el seis de abril de dos mil dieciséis y, en vía de consecuencia, la del artículo 144, en la porción normativa que indica: “a la perpetuación de la especie o”, del referido Código Civil, en la inteligencia de que en la interpretación y aplicación de las normas generales del orden jurídico del Estado de Chiapas que se refieran a la institución del matrimonio, deberá entenderse que éste corresponde a los celebrados por dos personas de diferente o del mismo sexo.

TERCERO. Las declaraciones de invalidez decretadas en este fallo, surtirán sus efectos a partir de la notificación de los puntos resolutive de esta sentencia al Poder Legislativo del Estado de Chiapas.

CUARTO. Publíquese esta sentencia en el Diario Oficial de la Federación, en el Periódico Oficial del Estado de Chiapas, así como en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.”

IV. EL MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO A LA LUZ DE LOS DERECHOS HUMANOS: UNA VISIÓN JURISDICCIONAL

El derecho al libre desarrollo de la personalidad¹⁷, tratándose de personas homosexuales, conlleva la posibilidad de decidir casarse o no, lo anterior en virtud de que la orientación sexual, como elemento integrante de la identidad personal, obedece a un proyecto de vida que contempla el tener una vida en común con otra persona, de igual o de diferente sexo.

En consecuencia, la modificación del artículo 146 de la ley sustantiva civil del Distrito Federal (ahora Ciudad de México), constituye una medida acorde a lo

17 La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha señalado que “el libre desarrollo de la personalidad tiene una dimensión externa y una interna. Desde el punto de vista externo, el derecho da cobertura a una genérica “libertad de acción” que permite realizar cualquier actividad que el individuo considere necesaria para el desarrollo de su personalidad. En cambio, desde una perspectiva interna, el derecho protege una “esfera de privacidad” del individuo en contra de las incursiones externas que limitan la capacidad para tomar ciertas decisiones a través de las cuales se ejerce la autonomía personal. Fuente: Tesis: 1a. CCLXI/2016 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 36, Noviembre de 2016, Tomo II, p. 898, registro no. 2013140. Por su parte, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha determinado que “el libre desarrollo de la personalidad comprende, entre otras expresiones, la libertad de contraer matrimonio o no hacerlo; de procrear hijos y cuántos, o bien, decidir no tenerlos; de escoger su apariencia personal; su profesión o actividad laboral, así como la libre opción sexual, en tanto que todos estos aspectos son parte de la forma en que una persona desea proyectarse y vivir su vida y que, por tanto, sólo a ella corresponde decidir autónomamente.” Fuente: Tesis: P. LXVI/2009, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXX, Diciembre de 2009, p. 7, registro no. 165822.

establecido en nuestra ley fundamental y que fortalece sus principios esenciales, ya que el Estado debe reconocer, además de la orientación sexual, las uniones que decidan adoptar, independientemente de su naturaleza.¹⁸

Esta modificación, que pugna por el pleno goce de determinados derechos sin que exista discriminación alguna, no se trata de una acción afirmativa, pues ésta implicaría una acción temporal de medidas especiales para un grupo que se encuentra en situación de vulnerabilidad, sino que estamos ante una verdadera modificación del contenido de la norma.¹⁹

Así, la implementación de diversas normas y acciones tendentes al reconocimiento de los derechos de las personas homosexuales, así como a la protección de sus uniones, ha marcado la pauta para la transición de figuras previas existentes en nuestra legislación, o incluso recientemente incorporadas, a la del matrimonio, mediante la ampliación de su concepto al comprender las relaciones homosexuales que, al igual que en las heterosexuales, pueden revestir la calidad de estables y permanentes.²⁰

Lo anterior en virtud de que la figura del matrimonio no se encuentra definida en nuestra ley fundamental, tarea que le corresponde al legislador ordinario, por lo que su concepto puede modificarse y adecuarse a la realidad social, considerando para ello la transformación que se ha generado en las relaciones humanas – en lo afectivo, sexual y de solidaridad mutua –, así como la desvinculación de la función procreativa²¹, sustentándose en los lazos afectivos, sexuales, de identidad, solidaridad y compromiso mutuos.²²

Esta situación, sumada al hecho de que México es un Estado Federal, lo que implica que las entidades federativas son libres y soberanas en su régimen interior, ha derivado en que cada parte integrante de la Federación pueda regular de determinada manera una institución no reservada a ésta, escenario en el que se encuentra el matrimonio, sin embargo, en virtud de la cláusula de entera fe y crédito, contemplada en el artículo 121 Constitucional, según la cual los actos del estado civil que se encuentran ajustados a las leyes de un Estado tendrán validez en los otros, implica el reconocimiento pleno de que todo acto del estado civil

18 Cfr. Tesis: P. XXVIII/2011, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXXIV, Agosto de 2011, p. 877, registro no. 161268.

19 Tesis: P. XX/2011, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXXIV, Agosto de 2011, p. 880, registro no. 161264.

20 Cfr. Tesis: P. XXVII/2011, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXXIV, Agosto de 2011, p. 879, registro no. 161266.

21 Esta función vulnera los principios de igualdad y no discriminación contenidos en el artículo 1o. de la Constitución, al excluir injustificadamente a las parejas del mismo sexo de dicha institución, toda vez que no está directamente conectada con dicha finalidad.

22 Cfr. Tesis: P. XXVI/2011, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXXIV, Agosto de 2011, p. 881, registro no. 161263.

que se lleve a cabo cumpliendo con las formalidades contenidas en la ley de una entidad, será válido en las demás, aun cuando no guarde correspondencia con su propia legislación.²³

Cabe señalar que el motivo principal por el cual las parejas del mismo sexo no han gozado de la misma protección que las parejas heterosexuales es el legado de severos prejuicios que han existido tradicionalmente en su contra y por la discriminación histórica, sin embargo, este trato diferenciado, sin que exista justificación racional que lo soporte, implica considerarlos como “ciudadanos de segunda clase” o bien como “separados pero iguales”, como si fueran menos merecedoras de su reconocimiento, lo que atenta contra su dignidad e integridad.²⁴ De esta manera, si se niega el acceso al matrimonio a las parejas homosexuales, el hecho de que el legislador contemple un “régimen jurídico diferenciado” o un “modelo alternativo” a dicha institución al cual puedan optar las parejas homosexuales en lugar de casarse es discriminatorio, sin importar que ambos contemplen los mismos derechos y que su única diferencia con el matrimonio sea la denominación que se le da.²⁵

V. LA ADOPCIÓN HOMOPARENTAL. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR COMO EJE RECTOR PARA DETERMINAR LA IDONEIDAD DE LOS ADOPTANTES

En la reforma de 29 de diciembre de 2009, aprobada con 31 votos a favor, 24 en contra y nueve abstenciones, se hizo alusión al artículo 391 del Código Civil para el Distrito Federal cuya redacción es la siguiente:

Artículo 391.- Los cónyuges o concubinos podrán adoptar, cuando los dos estén conformes en considerar al adoptado como hijo y aunque sólo uno de ellos cumpla el requisito de la edad a que se refiere el artículo anterior, pero siempre y cuando la diferencia de edad entre cualquiera de los adoptantes y el adoptado sea de diecisiete años de edad cuando menos. Se deberán acreditar, además, los requisitos previstos en las fracciones del artículo anterior.

Sin embargo, dicho numeral no sufrió modificación alguna, pero se incorporó para darle énfasis a la posibilidad de que matrimonios celebrados entre personas del mismo sexo podrían adoptar, eliminando con ello el candado existente en este tema, todo ello derivado de la modificación del artículo 146 de dicho cuerpo normativo, al ser la adopción un derecho vinculado con el matrimonio.

Lo anterior en virtud de que “la vida familiar entre personas del mismo sexo no se limita únicamente a la vida en pareja, sino que puede extenderse

23 Cfr. Tesis: P./J. 12/2011, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXXIV, Agosto de 2011, p. 875, registro no. 161270.

24 Cfr. Tesis: 1a./J. 46/2015 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 22, Septiembre de 2015, Tomo I, p. 253, registro no. 2009922.

25 Cfr. Tesis: 1a./J. 67/2015 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 23, Octubre de 2015, Tomo II, p. 1315, registro no. 2010263.

a la procreación y a la crianza de niños y niñas según la decisión de los padres. Así, existen parejas del mismo sexo que hacen vida familiar con niños y niñas procreados o adoptados por alguno de ellos, o parejas que utilizan los medios derivados de los avances científicos para procrear.”²⁶

En consecuencia, los matrimonios entre personas del mismo sexo tienen el derecho de ser considerados para adoptar, en los mismos términos y condiciones que aquellos conformados por personas heterosexuales.²⁷

De esta manera, el Estado mexicano salvaguarda el interés superior del menor²⁸ a través del establecimiento en ley de un sistema de adopción garante de que el adoptado se desarrollará en un ambiente que represente su mejor opción de vida, ya que habrá certeza de que el juzgador que autorice en cada caso concreto la adopción valorará cuidadosamente la actualización de los supuestos normativos que condicionan aquélla, allegándose de todos los elementos necesarios para el debido respeto del principio del interés superior del niño.²⁹

El eje rector a considerar en una adopción es el interés superior del menor, con la intención de que éste forme o se integre en una familia, por lo que la idoneidad de los adoptantes debe atender únicamente a la posibilidad de brindarle cuidado y protección, así como al hecho de que éstos cuente con las características, virtudes y cualidades para brindarle una familia a los adoptados, y no puede atender, de manera alguna, a la pertenencia a un tipo de familia por un tipo de estado civil ni por cierta orientación sexual, pues esto no impide brindar las condiciones para que los adoptados se desarrollen integralmente.³⁰

La orientación sexual de los adoptantes, por sí misma, no es un elemento relevante para tomar en consideración tratándose de la adopción, la

26 Cfr. Tesis: 1a./J. 8/2017 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 38, Enero de 2017, Tomo I, p. 127, registro no. 2013531.

27 Cfr. Tesis: 1a. CCCLIX/2015 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 24, Noviembre de 2015, Tomo I, p. 950, registro no. 2010482.

28 La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha determinado que “es posible señalar como criterios relevantes para la determinación en concreto del interés del menor en todos aquellos casos en que esté de por medio la situación familiar de un menor, los siguientes: a) se deben satisfacer, por el medio más idóneo, las necesidades materiales básicas o vitales del menor, y las de tipo espiritual, afectivas y educacionales; b) se deberá atender a los deseos, sentimientos y opiniones del menor, siempre que sean compatibles con lo anterior e interpretados de acuerdo con su personal madurez o discernimiento; y c) se debe mantener, si es posible, el statu quo material y espiritual del menor y atender a la incidencia que toda alteración del mismo pueda tener en su personalidad y para su futuro. Asimismo, es necesario advertir que para valorar el interés del menor, muchas veces se impone un estudio comparativo y en ocasiones beligerante entre varios intereses en conflicto, por lo que el juez tendrá que examinar las circunstancias específicas de cada caso para poder llegar a una solución estable, justa y equitativa especialmente para el menor, cuyos intereses deben primar frente a los demás que puedan entrar en juego, procurando la concordancia e interpretación de las normas jurídicas en la línea de favorecer al menor, principio consagrado en el artículo 4o. constitucional.” Fuente: Tesis: 1a./J. 44/2014 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 7, Junio de 2014, Tomo I, p. 270, registro no. 2006593.

29 Tesis: P./J. 14/2011, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXXIV, Agosto de 2011, p. 876, registro no. 161269.

30 Cfr. Tesis: P./J. 8/2016 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 34, Septiembre de 2016, Tomo I, p. 6, registro no. 2012587.

prohibición en este sentido vulnera el principio constitucional de igualdad y no discriminación, contemplado en el artículo 10. constitucional, pues es insostenible la interpretación de que la homosexualidad de los adoptantes implica una afectación al interés superior de los adoptados.³¹

Así pues, en el caso de la adopción, lo que exige el principio del interés superior del menor es que la legislación aplicable permita delimitar el universo de posibles adoptantes, sobre la base de que ofrezcan las condiciones necesarias para el cuidado y desarrollo del menor establecidas en la ley, para que la autoridad aplicadora evalúe y decida respecto de la que represente su mejor opción de vida.³²

VI. CONCLUSIONES

Es necesario señalar que no existe justificación racional para continuar excluyendo del matrimonio a las personas del mismo sexo y, en consecuencia, tampoco la hay para prohibirles adoptar, la población LGBTI ha sido marginada históricamente por lo que la reivindicación de sus derechos humanos es insoslayable, por ende, los prejuicios sociales no pueden ser la excusa para discriminar a este sector de la población.

Sobre el particular, consideramos que si bien es cierto los prejuicios y la discriminación referidos existen y seguirán existiendo mientras las causas no se arranquen de raíz, el legislador tiene la tarea de adecuar el marco jurídico a la realidad que impera en una sociedad, de manera objetiva, siempre con miras a reconocer los derechos que derivan de relaciones que en lo fáctico acontecen, pero sobre todo para dotar a las personas de los medios para hacerlos efectivos.

De esta manera, la omisión de los órganos legislativos no tiene cabida, pues es éste quien, en primer término, tiene la obligación de adaptar el ordenamiento jurídico a los hechos que acontecen en la sociedad.

Además, debemos recordar que en el ámbito interamericano se ha sostenido que el principio de igualdad y no discriminación aplica de manera transversal tratándose de los derechos humanos, y cualquier distinción, restricción, exclusión o preferencia en el ejercicio de dicho derecho que, además, se encuentre basada en alguno de las categorías prohibidas, constituye una violación del derecho citado, por lo que excluir del matrimonio a las personas del mismo sexo o, en su caso, reconocer éste pero prohibir la adopción homoparental configura una transgresión a los derechos humanos de una población que históricamente ha sido discriminada.

31 Cfr. Tesis: P. XII/2016 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 34, Septiembre de 2016, Tomo I, p. 253, registro no. 2012595.

32 Tesis: P./J. 13/2011, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXXIV, Agosto de 2011, p. 872, registro no. 161284.

VII. FUENTES DE CONSULTA

De internet

Comisión Nacional de los Derechos Humanos, Acciones de Inconstitucionalidad, disponible en: http://www.cndh.org.mx/Acciones_Inconstitucionalidad

Comisión Nacional de los Derechos Humanos, Demanda de acción de inconstitucionalidad, promovida por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, disponible en: http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Acciones/Acc_Inc_2016_32.pdf

Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), Estadísticas a propósito del... 14 de febrero, matrimonio y divorcios en México, disponible en: http://www.inegi.org.mx/saladeprensa/aproposito/2017/matrimonios2017_Nal.pdf

Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, Vigésimotercera edición, 2014, disponible en: <http://dle.rae.es/?id=OdQHkYU>

Instrumentos internacionales

Asamblea General de Estados Americanos, Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos (B-32), San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969, disponible en: <https://aplicaciones.sre.gob.mx/tratados/ARCHIVOS/CONV.%20AMERICANA%20SOBRE%20DERECHOS%20HUMANOS.pdf>

Asamblea General de Estados Americanos, Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos,

Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”, aprobado el 17 de noviembre de 1988, disponible en: <https://aplicaciones.sre.gob.mx/tratados/ARCHIVOS/OEA-%20PROTOCOLO%20SAN%20SALVADOR.pdf>

Asamblea General de las Naciones Unidas, Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948, disponible en: http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf

Asamblea General de las Naciones Unidas, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, disponible en: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>

Asamblea General de las Naciones Unidas, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, disponible en: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana Bogotá, Colombia, 1948, disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp>

Decretos

Decreto por el que se reformaron diversas disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal y del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, disponible en: <https://anad1991.files.wordpress.com/2009/12/parcial-gaceta-oficial-df-29-dic-2009-decreto-reformas-codigo-civil.pdf>

Tesis aisladas y jurisprudencias

Tesis: PC.I.C. J/45 C (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 39, Febrero de 2017, Tomo II, p. 1569, registro no. 2013735.

Tesis: 1a./J. 8/2017 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 38, Enero de 2017, Tomo I, p. 127, registro no. 2013531.

Tesis: 1a. CCLXI/2016 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 36, Noviembre de 2016, Tomo II, p. 898, registro no. 2013140.

Tesis: P. XII/2016 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 34, Septiembre de 2016, Tomo I, p. 253, registro no. 2012595.

Tesis: P./J. 8/2016 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 34, Septiembre de 2016, Tomo I, p. 6, registro no. 2012587.

Tesis: 1a./J. 86/2015 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 25, Diciembre de 2015, Tomo I, p. 187, registro no. 2010677.

Tesis: 1a./J. 84/2015 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 25, Diciembre de 2015, Tomo I, p. 186, registro no. 2010676.

Tesis: 1a./J. 85/2015 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 25, Diciembre de 2015, Tomo I, p. 184, registro no. 2010675.

Tesis: 1a. CCCLIX/2015 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 24, Noviembre de 2015, Tomo I, p. 950, registro no. 2010482.

Tesis: 1a./J. 67/2015 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 23, Octubre de 2015, Tomo II, p. 1315, registro no. 2010263.

Tesis: 1a./J. 46/2015 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 22, Septiembre de 2015, Tomo I, p. 253, registro no. 2009922.

Tesis: 1a./J. 43/2015 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 19, Junio de 2015, Tomo I, p. 536, registro no. 2009407.

Tesis: VII.20.C.75 C (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 10, Septiembre de 2014, Tomo III, p. 2512, registro no. 2007438.

Tesis: 1a./J. 44/2014 (10a.), Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 7, Junio de 2014, Tomo I, p. 270, registro no. 2006593.

Tesis: P./J. 13/2011, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXXIV, Agosto de 2011, p. 872, registro no. 161284.

Tesis: P./J. 12/2011, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXXIV, Agosto de 2011, p. 875, registro no. 161270.

Tesis: P./J. 14/2011, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXXIV, Agosto de 2011, p. 876, registro no. 161269.

Tesis: P. XXVIII/2011, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXXIV, Agosto de 2011, p. 877, registro no. 161268.

Tesis: P. XXI/2011, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXXIV, Agosto de 2011, p. 878, registro no. 161267.

Tesis: P. XXVII/2011, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXXIV, Agosto de 2011, p. 879, registro no. 161266.

Tesis: P. XXII/2011, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXXIV, Agosto de 2011, p. 879, registro no. 161265.

Tesis: P. XX/2011, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXXIV, Agosto de 2011, p. 880, registro no. 161264.

Tesis: P. XXVI/2011, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXXIV, Agosto de 2011, p. 881, registro no. 161263.

Tesis: P. LXVI/2009, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXX, Diciembre de 2009, p. 7, registro no. 165822

LA ORGANIZACIÓN SINDICAL

Javier Arévalo Vela*

SUMILLA:

En el presente artículo se desarrollan los aspectos concernientes a las organizaciones sindicales, desde su definición, clasificación, fines y funciones; para finalmente efectuar un somero análisis sobre las obligaciones y prohibiciones de las que son objeto.

SUMARIO:

1. Introducción. 2. Definición de sindicato. 3. Clases de sindicatos. 4. El derecho de sindicación de los trabajadores independientes. 5. Casos especiales de reconocimiento del Derecho de sindicación. 6. Ámbito geográfico de los sindicatos. 7. Fines y funciones de los sindicatos. 8. Representación sindical en materia de negociación colectiva. 9. Obligaciones de las organizaciones sindicales. 10. Prohibiciones a las Organizaciones Sindicales. 11. Conclusiones. 12. Bibliografía.

PALABRAS CLAVE:

Organización sindical - libertad sindical

1. INTRODUCCIÓN

Según el inciso 1) del artículo 28° de la Constitución Política del Perú, el Estado garantiza el derecho a la libertad sindical.

El derecho a la libertad sindical según el Convenio N° 87 de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante OIT), aprobado por Resolución Legislativa N° 13281, publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el 24 de diciembre de

* Juez Supremo Titular, Presidente de la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, docente de la Maestría en Derecho del Trabajo de la Universidad San Martín de Porres y Profesor Principal de la Academia de la Magistratura (AMAG)

1959, comprende dos categorías claramente diferenciadas, la libertad sindical individual y la libertad sindical colectiva.

El Convenio N° 87 de la OIT regula el derecho a la libertad sindical individual en los términos siguientes:

«Artículo 2

Los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas».

En cuanto al derecho a la libertad sindical colectiva, el referido Convenio efectúa la regulación siguiente:

«Artículo 3

1. Las organizaciones de trabajadores y de empleadores tienen el derecho de redactar sus estatutos y reglamentos administrativos, el de elegir libremente sus representantes, el de organizar su administración y sus actividades y el de formular su programa de acción. 2. Las autoridades públicas deberán abstenerse de toda intervención que tienda a limitar este derecho o a entorpecer su ejercicio legal.

Artículo 4

Las organizaciones de trabajadores y de empleadores no están sujetas a disolución o suspensión por vía administrativa.

Artículo 5

Las organizaciones de trabajadores y de empleadores tienen el derecho de constituir federaciones y confederaciones, así como el de afiliarse a las mismas, y toda organización, federación o confederación tiene el derecho de afiliarse a organizaciones internacionales de trabajadores y de empleadores».

Por su parte el Tribunal Constitucional peruano considera que el derecho a la libertad sindical comprende los aspectos siguientes:

- El derecho a fundar organizaciones sindicales.
- El derecho de libre afiliación, desafiliación y reafiliación en las organizaciones sindicales existentes.
- El derecho a la actividad sindical. –
- El derecho de las organizaciones sindicales a ejercer libremente las funciones que la Constitución y las leyes le asignen, en defensa de los intereses de sus afiliados. Ello comprende la reglamentación interna, la representación institucional, la autonomía en la gestión, etc.

- El derecho a que el Estado no interfiera -salvo el caso de violación de la Constitución o la ley- en las actividades de las organizaciones sindicales»¹.

En las siguientes líneas analizaremos los aspectos relativos a las organizaciones sindicales dentro del marco normativo establecido por los Convenios Nos. 87 y 98 de la OIT; así como del Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (en adelante TUOLRCT), aprobado por Decreto Supremo N° 010-2003-TR, publicado en el Diario Oficial “El Peruano” el 5 de octubre de 2003 y su Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 011-92-TR, publicado en el mismo Diario Oficial el 15 de octubre de 1992.

2. DEFINICIÓN DE SINDICATO

Tanto en la Doctrina como en el derecho comparado encontramos diversas formas de definir los sindicatos, algunas de las cuales presentamos a continuación para luego formular la nuestra.

Según PALOMEQUE:

«Sindicato es una organización permanente de trabajadores asalariados para la representación y defensa de sus intereses de clase, económicos y sociales, frente a los del empresario y sus organizaciones»²

A su vez MARTÍN nos dice que:

«El sindicato se ha definido tradicionalmente como la asociación permanente de trabajadores para la defensa y promoción de sus intereses y para la mejora de sus condiciones de vida y trabajos»³.

MONTOYA sostiene que:

«(...) el sindicato persigue la defensa y mejora de las condiciones de trabajo de sus asociados o, dicho con expresión más actual, la promoción colectiva de los trabajadores»⁴.

Por nuestra parte, definimos al sindicato como una organización que representa a los trabajadores para la defensa de sus derechos e intereses, así como para lograr mejoras de índole social y económica.

3. CLASES DE SINDICATOS

Existen diversas maneras de clasificar los sindicatos: por la condición laboral de sus miembros, por su ámbito territorial, por su grado de integración, por su

1 STC W 0008-2005-AI, de fecha 12 de agosto de 2005, fundamento 26.

2 PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos: Derecho Sindical Español, 2a. Edición 1988, Editora Tecnos, p. 28.

3 MARTÍN VALVERDE, Antonio y otros: Derecho del Trabajo, 17a. Edición 2008, Editorial Tecnos. p. 257.

4 MONTOYA MELGAR, Alfredo: Derecho del Trabajo, 22a. Edición, 2001, Editorial Tecnos. p. 111.

regulación en el derecho positivo, etc. De las clasificaciones antes citadas nos merecen un breve comentario las siguientes:

3.1. Por la condición laboral de sus miembros

Teniendo en cuenta la calidad de los trabajadores que lo integran, los sindicatos pueden ser de obreros, de empleados o mixtos.

El sindicato de obreros, es aquel cuyos integrantes realizan labores en las que predomina la actividad manual; el sindicato de empleados, por su parte, es aquel en que sus integrantes son trabajadores en cuya actividad predomina el trabajo intelectual. El sindicato mixto, se encuentra conformado tanto por trabajadores obreros como empleados.

Debemos resaltar que hoy en día la tendencia a diferenciar entre obreros y empleados va desapareciendo, pues, no se puede negar que en todo trabajo existe labor manual e intelectual, no pudiéndose establecer que una es superior a otra.

3.2. Por su ámbito territorial

Teniendo en cuenta el ámbito territorial dentro del cual se ha formado el sindicato este puede ser de ámbito nacional, regional o local.

Un sindicato es nacional, cuando su ámbito de acción es todo el territorio de un país; será regional cuando agrupen a trabajadores de una región; y por último, se denominará local cuando afilien a trabajadores de una determinada provincia o distrito.

3.3. Por su grado de integración

Este criterio obedece a la jerarquía de las organizaciones sindicales, las que pueden ser de primer grado, segundo grado o tercer grado. Serán sindicatos de primer grado, los organizados solamente por trabajadores, en tanto a personas naturales.

Estaremos ante un sindicato de segundo grado, cuando se encuentren conformados por sindicatos de primer grado, tal como es el caso de las federaciones.

Serán sindicatos de tercer grado, los conformados por sindicatos de segundo grado tal como es el caso de las confederaciones que son organizaciones de ámbito nacional.

3.4. Por su regulación en la legislación peruana

El TUOLRCT clasifica los sindicatos de la siguiente manera:

Sindicatos de empresa: Son aquellos constituidos por trabajadores que pertenecen a varias profesiones, oficios o especialidades, pero que

tienen en común laborar para un mismo empleador (primer párrafo del artículo 5° del TUOLRCT).

Sindicatos de actividad: Son aquellos constituidos por trabajadores de distintas profesiones, especialidades u oficios, que prestan servicios para dos o más empleadores de la misma rama de actividad. Para ser admitido en esta clase de sindicatos es requisito ser trabajador de empresas que realizan la misma actividad (segundo párrafo del artículo 5° del TUOLRCT).

Sindicato de Gremio: Son aquellos constituidos por trabajadores que pese a pertenecer a empresas distintas, que incluso pueden desarrollar actividades económicas diferentes, ejercen la misma profesión, oficio o actividad al interior de las mismas (tercer párrafo del artículo 5° del TUOLRCT).

Sindicato de Oficios Varios: Agrupa a trabajadores que laboran para diversas empresas o de actividades diferentes, cuando en un determinado ámbito geográfico (provincia o región) no se den las condiciones de número mínimo legal de trabajadores que permitan constituir sindicatos de otro tipo (último párrafo del artículo 5° del TUOLRCT).

4. EL DERECHO DE SINDICACIÓN DE LOS TRABAJADORES INDEPENDIENTES

Los trabajadores no vinculados por un contrato de trabajo; es decir, los que realizan actividades en forma independiente, pueden constituir organizaciones sindicales que los representen frente a terceros con la finalidad de defender sus intereses (artículo 6° del TUOLRCT).

Si bien existe autorización para que los trabajadores independientes puedan constituir organizaciones sindicales; sin embargo, en la práctica no son numerosos los casos de formación de los mismos.

Un caso de trabajadores independientes que pueden organizarse sindicalmente es el de los porteadores, reconocidos como tales por la Ley N° 27607, Ley del Porteador, publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el 24 de diciembre de 2001.

5. CASOS ESPECIALES DE RECONOCIMIENTO DEL DERECHO DE SINDICACIÓN

Si bien el inciso 1) del artículo 28° de la Constitución reconoce y garantiza el derecho a la libertad sindical de todo tipo de trabajadores, existen casos especiales en que la norma infraconstitucional consagra el derecho de sindicación de ciertos grupos laborales como veremos a continuación.

5.1. Trabajadores de empresas de intermediación laboral y tercerizadoras

En el caso de los trabajadores que prestan servicios en empresas de intermediación laboral, sean empresas de servicios o cooperativas

de trabajadores, el artículo 4°_C del Decreto Supremo N° 003-2002-TR, agregado por el Decreto Supremo N° 020-2007-TR, publicado en el Diario Oficial “El Peruano” el 20 de setiembre de 2007, les reconoce expresamente los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga, respecto de su empleador.

Con relación a los trabajadores integrantes de cooperativas de trabajo asociado el Comité de Libertad Sindical ha sostenido lo siguiente:

«En estas circunstancias, habida cuenta de lo previsto en el artículo 2 del Convenio núm.87, el Comité recuerda que la noción de trabajador incluye no sólo al trabajador dependiente sino también al independiente o autónomo y considera que los trabajadores asociados en cooperativas deberían poder constituir organizaciones sindicales que estimen conveniente y afiliarse a las mismas”⁵

Tratándose de los trabajadores que realizan actividades de tercerización laboral, la Ley N° 29245, Ley que regula los servicios de tercerización, publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el 24 de junio de 2008, en el inciso 2) de su artículo 7° les reconoce el derecho a la libertad sindical, negociación colectiva y huelga.

5.2. Trabajadores adolescentes

El artículo 66° del Código de los Niños y Adolescentes, aprobado por la Ley N° 27337, publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el 07 de agosto de 2000, señala que los adolescentes que trabajan pueden ejercer derechos laborales de carácter colectivo, pudiendo formar parte o constituir sindicatos por unidad productiva, rama, oficio o zona de trabajo. Estos pueden afiliarse a organizaciones de grado superior.

5.3. Trabajadores artistas

El artículo 49° de la Ley N° 28131, Ley del Artista Intérprete y Ejecutante, publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el 19 de diciembre del 2003, reconoce los sindicatos de artistas como organizaciones representativas que promueven la defensa de los intereses institucionales de sus miembros. Representan a los artistas afiliados de acuerdo a las normas laborales vigentes y a sus estatutos.

5.4. Trabajadores de obras hidroeléctricas

Según el artículo 3° de la Ley N° 15522 del 04 de abril de 1965, los trabajadores que prestan servicios en obras hidroeléctricas pueden

5 ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO: La Libertad Sindical-Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, s-. Edición (Revisada) 2006. p.57

constituir organizaciones sindicales de carácter nacional, con representación en las circunscripciones donde se realicen obras hidroeléctricas y afines, siempre que los mencionados trabajadores estén afiliados a dicha entidad representativa y observen las normas estatutarias de las mismas.

5.5. Trabajadores sujetos al contrato administrativo de servicios

De acuerdo con el inciso i) del artículo 6° de la Ley N° 29849, Ley que establece la eliminación progresiva del Régimen Especial del Decreto Legislativo 1057 Y otorga derechos laborales, publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el 06 de abril del 2012, los trabajadores sujetos al régimen especial laboral del Contrato Administrativo de Servicios (CAS) tienen derecho a la libertad sindical con sujeción al TUOLRCT.

5.6. Trabajadores de microempresas

Según el artículo 36° del Reglamento del Texto Único Ordenado de la Ley de Promoción de la Competitividad, Formalización y Desarrollo de la Micro y Pequeña Empresa y del Acceso al Empleo Decente - Reglamento de la Ley MYPE, aprobado por Decreto Supremo N° 008-2008-TR, publicado en el Diario Oficial “El Peruano” el 30 de setiembre de 2008, los trabajadores de las microempresas gozan de los derechos colectivos recogidos en la Constitución Política del Perú, los Convenios Internacionales del Trabajo, la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo y la normativa complementaria y modificatoria, en lo que les resulte aplicable.

Asimismo, el Decreto Supremo N° 013-2013-PRODUCE, Texto Único Ordenado de la Ley de Impulso al Desarrollo Productivo y al Crecimiento Empresarial, publicado en el Diario Oficial “El Peruano” el 28 de diciembre de 2013, integra las disposiciones contenidas en la Ley N° 28015, Ley de Promoción y Formalización de la Micro y Pequeña Empresa, el Decreto Legislativo N° 1086 Y las Leyes Nos. 29034, 29566, 29903 Y 30056, estableciendo en el inciso 5) de su artículo 45° el respeto del derecho de los trabajadores a formar sindicatos, a elegir a sus representantes y afiliarse o no a las organizaciones legalmente establecidas, sin que medie acto orientado a interferir con la realización de dichos derechos.

5.7. Teletrabajadores

Según lo dispuesto por el artículo 5° de la Ley N° 30036, Ley que regula el Teletrabajo, y el inciso e) del artículo 6° de su Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 017-2015-TR, publicados en el Diario Oficial “El Peruano” el 05 de junio de 2013 y 03 de noviembre de 2015, respectivamente; los teletrabajadores tiene los mismos derechos y obligaciones establecidos para los trabajadores del régimen laboral de la actividad privada, dentro de los que se encuentra el derecho de libertad sindical.

6. ÁMBITO GEOGRÁFICO DE LOS SINDICATOS

En cuanto al ámbito geográfico de los sindicatos, estos pueden organizarse con carácter local, regional o nacional.

Un sindicato será de alcance local cuando reúne a trabajadores de un mismo distrito o provincia; de carácter regional cuando lo hace con trabajadores de un departamento o región; finalmente su ámbito será nacional cuando comprenda a trabajadores de todo el país.

Cuando los sindicatos se organicen con ámbito local, regional o nacional la ley les autoriza a constituir secciones sindicales con la finalidad que puedan cumplir sus funciones al interior de la empresa (artículo 9º del TUOLRCT).

En cuanto a la sección sindical, los artículos 9º, 10º Y 11º del Decreto Supremo N° 011-92-TR, han regulado esta forma geográfica de organización sindical en los términos siguientes:

«Artículo 9.- Tratándose de sindicatos de alcance local, regional o nacional, los trabajadores afiliados podrán constituir una sección sindical en el centro de trabajo en el que labore, la que ejercerá su representación al interior del mismo. La relación de la sección sindical con su organización sindical está regulada por el estatuto de esta última, no pudiendo asumir los fines y funciones a que se refiere el artículo 8 de la Ley, salvo por delegación expresa. La representación de la sección sindical estará a cargo de dos (02) delegados elegidos, en asamblea general.

Artículo 10.- No podrá constituirse más de una “Sección Sindical” por cada centro de trabajo y por cada organización de la naturaleza precisada en el artículo anterior.

Artículo 11.- Son aplicables a la “Sección Sindical”, en cuanto resulten pertinentes, las normas contenidas en la Ley y en el presente Decreto Supremo».

7. Fines y funciones de los sindicatos

De acuerdo con el artículo 8º del TUOLRCT los sindicatos persiguen fines de representación y ejecutan funciones de carácter económico y social.

La norma citada en sus incisos a), b) y e) regula los fines de representación que tienen los sindicatos, mientras que en los incisos d) y e) se ocupa de las funciones de carácter económico y social de los mismos.

Sobre los fines de la representación de los sindicatos, RENDÓN comenta lo siguiente:

«Extensión de facultades. El campo de acción de los derechos o facultades de las organizaciones sindicales se halla limitado por el medio al cual pertenecen los trabajadores representados, que puede ser un centro de trabajo, una

determinada profesión u ocupación, un gremio, una circunscripción territorial o un conjunto de profesiones u ocupaciones. De este modo, la extensión de la representatividad es mayor en una federación que en un sindicato, y mayor aún en una confederación que en una federación.

De aquí se desprende una consecuencia muy importante: cuando una organización de grado superior ejerce una facultad determinada en relación a un conjunto de empleadores o a las autoridades, las de grado inferior afiliadas tienen que abstenerse de ejercer por su cuenta esa misma facultad, por cuanto, por el acta de constitución o en el estatuto, han delegado su representatividad en la organización superior. De lo contrario, no se justificaría la existencia de esta»⁶.

Los fines y funciones de los sindicatos serán materia de comentario en las líneas siguientes.

Los fines de representación de los sindicatos pueden ser: en conflictos colectivos y en conflictos individuales.

7.1 . Representación en conflictos colectivos

De acuerdo con el inciso a) del artículo 8° del TUOLRCT los sindicatos están facultados para representar a sus dirigentes y afiliados en conflictos propios del Derecho colectivo del trabajo.

Los conflictos colectivos, según DE LA CUEVA:

«(...) son los que ponen en juego el interés común de todo o parte de una comunidad obrera, los que no hacen referencia a personas determinadas, sino que involucran los intereses generales y el derecho de la comunidad de trabajadores»⁷

Así por ejemplo, tenemos el incumplimiento por parte del empleador de un convenio colectivo en lo referente al otorgamiento de un local sindical o el despido de un dirigente sindical en represalia por tener tal calidad, en este último caso parecería que el conflicto es individual pues se solicita la nulidad del despido de una persona, pero en realidad lo que se está debatiendo es el respeto del derecho a la libertad sindical, pues, esta comprende la protección a los dirigentes sindicales.

7.2. Representación en conflictos individuales

Antes de la entrada en vigencia de la NLPT, los sindicatos para

6 RENDÓN VÁSQUEZ, Jorge: Derecho del Trabajo Colectivo, 8a. Edición, Editora y Librería Jurídica Grijley E. 1. R. L., Lima 2014. pp. 96-97.

7 DE LA CUEVA, Mario: Nuevo Derecho Mexicano. del Trabajo, Tomo 11, 11a. Edición 2000, Editorial Porrúa, México, p. 517.

representar a sus integrantes en conflictos individuales requerían contar con el poder respectivo, tal como quedó precisado por el Acuerdo N° 4 del Pleno Jurisdiccional Laboral de 1998.

Hoy en día de conformidad con el inciso 8.3) del artículo 8° de la NLPT los sindicatos pueden comparecer al proceso laboral en defensa de los derechos individuales de sus dirigentes y afiliados sin necesidad de poder especial de representación; bastando que en la demanda o contestación se identifique individualmente a cada uno de los afiliados con sus respectivas pretensiones. Creemos conveniente resaltar que tratándose de trabajadores no afiliados al sindicato, este carece de representatividad respecto de ellos, por lo que no puede iniciar proceso alguno alegando su representación.

7.3. Funciones de carácter económico y social

Sobre las funciones de carácter económico y social, estas se encuentran referidas al auxilio y promoción de sus afiliados.

Sobre estas funciones que son de carácter social SUÁREZ comenta lo siguiente:

«Son ilimitados, comienzan en la célula viva multifamiliar, que también es cada sindicato, porque cada afiliado, generalmente, pertenece a una familia; porque el sindicato -como asociación y como agrupación- forma parte de la sociedad, y porque el sindicato -al ser vigilante del cumplimiento del contrato de trabajo- considera que parte contratante, también, es la sociedad y que cualquier acción o fenómeno social tiene implicancia en el medio en el que el sindicato se desenvuelve. Por lo tanto, el sindicato no puede ser indiferente a los fenómenos económicos, políticos o culturales y debe influenciar o intervenir. Es en este mérito que el sindicato interviene como persona jurídica, se solidariza con la sociedad en el mantenimiento, por ejemplo, de centros asistenciales o postas médicas, pequeños hospitales, colonias vacacionales, baratillos, etc”⁸.

8. REPRESENTACIÓN SINDICAL EN MATERIA DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Uno de los fines que persiguen los sindicatos es la representación de los trabajadores en el procedimiento de negociación colectiva. Respecto de este tipo de representación el artículo 9° del TUOLRCT establece las reglas que comentaremos a continuación.

8.1. Caso de sindicatos mayoritarios

El sindicato que agrupe en su seno a la mayoría absoluta de trabajadores

8 SUÁREZ SANDOVAL, Miguel A.: Reflexiones sobre Derecho Sindical, Editora Centro Copias Gagó Hnos., 13. Edición 1985. p. 36.

comprendidos en su ámbito tiene la representación de todos ellos, aunque no estén afiliados al sindicato. Esta disposición se justifica en razón que el sindicato mayoritario resulta ser el más representativo de los trabajadores.

8.2. Caso de pluralidad de sindicatos minoritarios

Cuando exista más de un sindicato pero ninguno alcance a ser mayoritario, se admite que la representación de los trabajadores puede estar a cargo de aquellos que en conjunto representen a más de la mitad de los mismos, para lo cual deberán acordar la manera como ejercerán su representación.

Esta representación puede ser a prorrata, proporcional o encomendada a uno de los sindicatos.

Finalmente si los sindicatos minoritarios no llegan a un acuerdo de representación, cada sindicato representará solo a sus afiliados.

Sobre este punto la Corte Suprema de Justicia de la República ha establecido la Doctrina Jurisprudencial siguiente:

«Las convenciones colectivas celebradas por sindicatos que no afilien a la mayoría de los trabajadores comprendidos en su ámbito, no pueden extender sus efectos a aquellos trabajadores que no integren dichos organismos gremiales, incluso ante la inexistencia de un sindicato mayoritario que asuma la representación de la totalidad de los trabajadores.

En consecuencia tratándose de sindicatos minoritarios, el acuerdo que celebra la organización sindical con el empleador únicamente alcanza a sus afiliados, pudiendo además las partes celebrantes establecerlo así en el convenio colectivo a través de una cláusula delimitatorias.⁹

8.3. Caso de reclamación por una organización de integración sindical

Cuando la reclamación haya sido planteada por un órgano de integración sindical como son las Federaciones o una Confederación, se excluye la participación del o los sindicatos de grado inferior que la conforman al haber ella asumido la representación del conjunto de sus afiliados (artículo 10 del Decreto Supremo N° 011-92-TR).

9. OBLIGACIONES DE LAS ORGANIZACIONES SINDICALES

El artículo 10° del TUOLRCT establece las obligaciones que una organización sindical debe cumplir tanto internamente como externamente frente a su empleador o frente a la Autoridad Administrativa de Trabajo.

9 Casación W 4255-2017 LIMA, de fecha 19 de junio de 2017, décimo sexto considerando.

9.1. Obligaciones internas

En su ámbito interno el sindicato tiene las obligaciones siguientes:

- Respeto a la institucionalidad sindical (inciso a) del artículo 10° del TUOLRCT)
- El sindicato como grupo organizado y reconocido por el derecho, está obligado a' respetar sus normas institucionales así como las normas y reglamentos que les resulten aplicables.
- Llevar libros sociales y contables (inciso b) del artículo 10° del TUOLRCT)

El sindicato deberá llevar libros asociativos y contables que correspondan, los mismos que deberán estar sellados por la Autoridad Administrativa de Trabajo.

Sobre los libros que deben llevar los sindicatos, ElÍAS explica lo siguiente:

«Estos libros son documentos del registro a la actividad sindical. Su valor radica en que muchas veces son prueba preconstituida, esto es de existencia anterior a los hechos que sustentan una determinada discusión en un proceso judicial.

Se hace mención específica a tres libros que todo sindicato debe llevar en forma obligatoria que son:

- a. **Libro de Actas.-** En el cual se registra toda la actividad sindical, tanto de la Junta Directiva como de la Asamblea de trabajadores. Este documento es fundamental para demostrar eventualmente la validez de los acuerdos que hubiesen tomado los organismos sindicales.
- b. **Libro de Registro de Afiliación.-** Que consigna el padrón de afiliados al Sindicato y que resulta de importancia para demostrar quienes forman parte del sindicato y por lo tanto son representados por éste. El valor de este documento es innegable pues uno de los presupuestos de la representación sindical es que el representado sea afiliado al sindicato siendo el registro en el libro la demostración de la afiliación.
- c. **Libros de Contabilidad.-** Al no hacerse mención específica a los libros que debe llevar una organización sindical se deduce que ellos son los exigidos por la Ley para toda persona que realiza una actividad económica. Por razones operativas ha debido señalarse específicamente los libros que debe llevar un sindicato.

Los mencionados libros deben ser sellados por la Autoridad de Trabajo excluyéndose por lo tanto la intervención de los funcionarios que

usualmente legalizan o sellan los libros contables o de actas de las sociedades u otras organizaciones.

En los libros de actas deben registrarse obligatoriamente los actos más trascendentales tanto de la junta directiva, como de la asamblea de trabajadores.

Los libros a que hace referencia pueden ser objeto de solicitudes de exhibición por parte tanto del empleador como de los afiliados al sindicato en caso de juicios seguidos contra éste. Así por ejemplo, tenemos que el artículo 80 del Decreto Ley N° 25593 le atribuye a la organización sindical la representación de sus afiliados lo que significa que cuando acciona a favor de ellos tiene que demostrar la afiliación cuya comprobación se llevará a cabo con el libro de Registro de Afiliación. También en algunos casos se podrá solicitar la exhibición del libro de actas siendo evidente que tal facultad no es irrestricta y está condicionada a su pertinencia dentro del correspondiente litigio¹⁰.

De acuerdo con la Resolución Ministerial N° 107-2017-TR, que aprueba la modificación del Texto Único de Procedimientos Administrativos (en adelante TUPA) del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, los requisitos para cumplir con el sellado de libro de actas, de registro de afiliación y de contabilidad son los siguientes:

«Solicitud según formato, debidamente suscrita por la representación sindical, comunicada a la Autoridad Administrativa de Trabajo, indicando número de expediente, adjuntando el o los libros en blanco; en el caso del segundo libro y siguientes, adjuntar al libro anterior, para dejar constancia de su conclusión».

Registro de actas y sesiones (inciso c) del artículo 10° del TUOLRCT) Establece la obligación de asentar las asambleas y sesiones de junta directiva en los libros correspondientes, así como los acuerdos y demás decisiones que atañen al interés general.

Otorgamiento de credenciales (inciso e) del artículo 10° del TUOLRCT) Otorgar a sus dirigentes las credenciales que los acrediten como tales.

Otros que señale la ley (inciso f) del artículo 10° del TUOLRCT) Es una disposición abierta que indica que los sindicatos deberán cumplir con las demás leyes y normas que los regulan.

10 ELÍAS MANTERO, Fernando: Comentario Exegético del Decreto Ley N° 25593, EN: Actualidad Laboral N° 326, agosto 2003. pp. 20-21.

9.2. Obligaciones ante la Autoridad de Trabajo (inciso d) del artículo 10°)

Ante la Autoridad Administrativa de Trabajo las organizaciones sindicales tienen las obligaciones siguientes:

1) Comunicar las reformas estatutarias acompañando copia auténtica del nuevo texto; 2) Comunicar la nómina de junta directiva; 3) Comunicar los cambios que se produzcan en la Junta Directiva dentro de los cinco (05) días hábiles siguientes de producidos.

De acuerdo con la Resolución Ministerial N° 107-2017-TR publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el 16 de junio de 2017, que modifica el TUPA del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, establece que para la reforma de los estatutos de una organización sindical, federación o confederación se requiere el cumplimiento de los requisitos que a continuación se detallan:

«Comunicación de reforma de los Estatutos de la Organización Sindical

Solicitud según formulario

1. Copia del acta de asamblea general, en que consta nombres, apellidos y firma de los participantes a dicho evento, así como aprobación de modificación de estatutos, conforme al procedimiento previsto en el estatuto anterior.
2. Copia del nuevo texto estatutario.

Para la toma de conocimiento de Juntas Directivas y sus cambios:

Solicitud según Formato, debidamente suscrita por la representación sindical correspondiente, indicando el número de expediente y de afiliados:

1. Copia del acta de asamblea general, en que conste nombres, apellidos y firma de los participantes a dicho evento, así como la aprobación de las Juntas Directivas elegidas o los cambios que en ella se produzcan, indicando el período de vigencia, conforme al procedimiento previsto en el estatuto vigente y registrado por la Autoridad Administrativa de Trabajo.
2. Copia de la comunicación dirigida al empleador, cuando corresponda debidamente recepcionada.

Comunicación de reforma de Estatutos de las Federaciones y Confederaciones

Solicitud debidamente suscrita por la representación sindical vigente, registrada por la Autoridad Administrativa de Trabajo, indicando número de expediente:

1. Copia del acta de asamblea general o del órgano máximo de la Federación o Confederación, respectivamente en que conste nombres, apellidos y firma de los participantes a dichos eventos,

así como la aprobación de modificación de estatutos, conforme al procedimiento previsto en el estatuto anterior.

2. Copia del nuevo texto estatutario.

Para la toma de conocimiento de la representación sindical y de sus cambios

Solicitud debidamente suscrita por la representación sindical vigente correspondiente, indicando número de expediente:

1. Copia del acta de asamblea general o del órgano máximo de Federación o Confederación, respectivamente, en que conste nombres, apellidos y firmas de los participantes a dicho evento, así como la aprobación de la representación sindical electa o los cambios que en ella se produzcan, indicando el período de vigencia, conforme al procedimiento previsto en el estatuto vigente y registrado por la Autoridad Administrativa de Trabajo.

Relación de afiliados (Sindicatos o Federaciones) según sea el caso, debidamente registrados por la Autoridad Administrativa de Trabajo, indicando el número de registro o resolución de inscripción y la dependencia correspondiente en donde se encuentra inscrita cada organización sindical».

9.3. Obligaciones ante el empleador

En el inciso d) del artículo 100 del TUOLRCT se establece la obligación de comunicar al empleador la nómina de la junta directiva y los cambios que se produzcan en la misma dentro de los cinco (05) días hábiles siguientes de producidos.

«Para oponer a un empleador la calidad de dirigente sindical de un trabajador a efectos de la protección especial contra el despido es necesario que previamente se haya comunicado a aquel la designación de éste conforme a las disposiciones del inciso d) del artículo diez del Decreto Ley número veinticinco mil quinientos noventitrés»¹¹.

10. PROHIBICIONES A LAS ORGANIZACIONES SINDICALES

El derecho de sindicación como todo derecho se encuentra sujeto a limitaciones en su ejercicio, por tal motivo para evitar que los sindicatos se alejen de los verdaderos fines del sindicalismo, el artículo 110 del TUOLRCT consigna un listado de prohibiciones que deben respetar las organizaciones sindicales, las que nos merecen los comentarios que se expresan en las líneas siguientes:

11 Casación W 242-97 LIMA, de fecha 06 de octubre de 1997.

10.1. Prohibiciones de política partidaria (inciso a) del artículo 110 del TUOLRCT)

Prohíbe expresamente a los sindicatos dedicarse a la actividad política partidaria, pero reconoce que este impedimento no puede afectar las libertades reconocidas por la Constitución y los Convenios de la OIT ratificados por nuestro país.

Sobre este punto BOZA y otros nos dicen lo siguiente:

«El Comité de Libertad Sindical ha reconocido que “la frontera que separa lo político de lo puramente sindical es difícil de delimitar con claridad”, pues “las dos nociones se entrelazan”, resultando siempre “difícil efectuar una distinción clara entre lo político y lo realmente sindical”. Ha señalado también que la imposición de una prohibición general a los sindicatos de toda actividad política, “puede suscitar dificultades ya que la interpretación que se dé en la práctica a esta disposición puede modificar en todo momento y reducir en gran medida las posibilidades de acción de las organizaciones”. En opinión del citado Comité, “los Estados, sin llegar a prohibir en general toda actividad política a las organizaciones profesionales, deberían dejar a las autoridades judiciales la tarea de reprimir los abusos que puedan cometer las organizaciones que pierdan de vista su objetivo fundamental, que debe ser el progreso económico y social de sus miembros”.

En el caso concreto de la norma bajo comentario, el Comité ha señalado “que si este artículo es interpretado como prohibición de toda actividad política sería incompatible con los principios de la libertad sindical”. Menciona además que “las organizaciones sindicales deberían tener el derecho de expresar su punto de vista sobre la política económica y social del Gobierno”.

Por su parte, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, se ha pronunciado en el sentido “que no cabe limitar estrictamente la acción de las organizaciones sindicales a la sola esfera profesional”. En opinión de la citada Comisión, la prohibición general de realizar actividades políticas es incompatible con el Convenio 87 de la OIT, además de que resulta “imposible hacerla respetar en la práctica”¹².

10.2. Prohibición de coacción para la afiliación o desafiliación de las organizaciones sindicales (inciso b) del artículo 110 del TUOLRCT)

Es una aplicación directa del principio de libertad sindical, pues, proscribire que los sindicatos directa o indirectamente coaccionen a los trabajadores

12.

para ingresar o retirarse de la organización sindical; reconociéndose el derecho de la organización sindical a expulsar a sus miembros conforme a lo previsto en su estatuto.

10.3. Prohibición de actividades lucrativas (inciso e) del artículo 110 del TUOLRCT)

Los sindicatos se encuentran impedidos de dedicarse a actividades lucrativas, portal motivo se prohíbe la utilización del patrimonio sindical en fines diversos 12 BOZA PRO, Guillermo y otros: Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo Comentada, 1 a. Edición, Consultores Jurídicos Asociados S.A., Lima 1994. p. 40. distintos a los que son inherentes a esta clase de organizaciones, o sin tener autorización conforme a lo dispuesto en la ley o el estatuto.

10.4. Prohibición de distribuir el patrimonio sindical (inciso d) del artículo 110 del TUOLRCT)

El patrimonio sindical no puede ser distribuido entre los afiliados. Esta prohibición tiene su fundamento en la finalidad no lucrativa de los sindicatos que son organizaciones creadas para la defensa de los intereses de los trabajadores, pero no para obtener algún beneficio económico de naturaleza ajena a la laboral.

10.5. Prohibición de actos ilícitos (inciso e) del artículo 110 del TUOLRCT)

Esta prohibición persigue evitar que los sindicatos se conviertan en organizaciones utilizadas para la comisión de actividades ilícitas o destinadas a subvertir el orden público.

11. CONCLUSIONES

- 11.1. La libertad sindical es un derecho fundamental de la persona humana que le permite asociarse libre y voluntariamente para defender sus intereses y poder alcanzar determinados fines socialmente útiles.
- 11.2. La libertad sindical se va a presentar en dos planos: el individual y el colectivo. En el plano individual será el sujeto principal la persona humana, mientras que en el plano colectivo será la organización sindical como comunidad organizada.
- 11.3. Además, las organizaciones sindicales son organismos representativos de los trabajadores que persiguen defender sus derechos e intereses; así como lograr mejoras de índole social y económica para sus miembros.

12. BIBLIOGRAFÍA

- BOZA PRO, Guillermo y otros: Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo Comentada, 1a. Edición, Consultores Jurídicos Asociados S.A., Lima 1994.

- DE LA CUEVA, Mario. Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo, Tomo 11, 11a. Edición 2000, Editorial Porrúa, México.
- ELÍAS MANTERO, Fernando: Comentario Exegético del Decreto Ley N° 25593, EN: Actualidad Laboral N° 326, agosto 2003.
- MARTIN VALVERDE, Antonio y otros: Derecho del Trabajo, 17a. Edición 2008, Editorial Tecnos.
- MONTOYA MELGAR, Alfredo: derecho del Trabajo, 22a. Edición, 2001, Editorial Tecnos.
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO: La Libertad Sindical-Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT, 5a. Edición (Revisada) 2006.
- PALOMEQUE LOPEZ, Manuel Carlos: Derecho Sindical Español, Segunda Edición 1988, Editora Tecnos.
- RENDÓN VÁSQUEZ, Jorge: Derecho del Trabajo Colectivo, 8a. Edición, Editora y Librería Jurídica Grijley E.I.R.L., Lima 2014.
- SUÁREZ SANDOVAL, Miguel A.: Reflexiones sobre Derecho Sindical, Editora Centro Copias Gagó Hnos., 1 a. Edición 1985.

CHESTERTON, LAS DEMANDAS Y LOS RECURSOS MALICIOSOS, LOS BIZANTINOS Y LOS FRÍVOLOS

*Ramiro De Valdivia Cano**

RESUMEN:

El Derecho tiene previstas las sanciones con que se debe castigar a los abogados y a los litigantes que utilizan de mala fe los derechos fundamentales para impetrar la justicia o recursos impugnatorios.

La interposición de demandas y de recursos frívolos constituyen una enorme carga procesal que hace excesivamente lento el proceso judicial en el Perú y consumo insulsamente de una parte importante de los recursos presupuestales y personales del Poder Judicial.

SUMARIO:

1. Introducción; 2. La demanda frívola; 3. Procedencia de la demanda; 4. Un recurso frívolo de Agravio Constitucional; 5. El pronunciamiento sobre el fondo; 6. Análisis de la controversia; 7. Recurso de Agravio Constitucional; 8. Colofón; 9. Bibliografía.

PALABRAS CLAVE:

Procedimiento-judicial, Chesterton, celeridad, frivolidad y recursos judiciales.

* El autor es Profesor de la Universidad Católica de Santa María de Arequipa y de la Academia de la Magistratura del Perú. Actualmente, Juez de la Corte Suprema de Justicia del Perú.

1. INTRODUCCIÓN

Las garantías del acceso efectivo a la justicia y a la tutela jurisdiccional -consustanciales a un estado constitucional de Derecho- no pueden convertirse en herramientas de uso y abuso para satisfacer veleidades. A quienes lo hacen, Gilbert K. Chesterton les diría que no usen la santidad de la Justicia sin propósito alguno; no hablen del debido proceso cuando lo mismo podrían hablar de su horóscopo; no usen los Derechos Fundamentales como relleno de un discurso vacilante.

Sólo debe ventilarse ante el juzgador los supuestos o pretensiones que verdaderamente necesiten del amparo de la justicia. La justicia accesible e inclusiva es correlativa a la existencia de órganos jurisdiccionales o administrativos que imparten justicia, por lo que a esas instancias sólo deben llegar los litigios en los que realmente se requiera la presencia del juzgador para dirimir el conflicto. Por tanto, no cualquier desavenencia, inconformidad, capricho o modo particular de apreciar la realidad pueden ser sometidos al conocimiento de los tribunales.

El impacto económico de la demanda frívola en la administración de justicia es sobrecogedor. Según cálculos efectuados por el Wall Street Journal¹ este tipo de demandas debe costar unos 260.000 millones de dólares al año a la economía norteamericana; costo que en nada favorece el devenir de la administración de justicia en ese país.

Aún si se asume que esa suma no tiene mayor relevancia para esa economía gigantesca, no es posible dejar de considerar la ética de fondo que hay en el asunto. Sin ignorar que muchas familias y pequeñas o medianas empresas confrontan resultados desastrosos cuando son víctimas del litigio frívolo, en especial cuando éste es prolongado.

Se puede afirmar que esto se produce en los Estados Unidos con más frecuencia que en otros países porque en los EE. UU. hay más abogados per cápita que en cualquier otro país del mundo. Muchos de ellos sólo cobran si ganan el caso. Quien pierde el litigio no paga costas ni costos.

En Europa y Asia acontece algo similar. Cuando se trata de demandas frívolas, la diferencia radica en los mecanismos legales que les permiten salirse con la suya. Si en los EE. UU. estos casos, mayoritariamente, tienen como demandados a las grandes corporaciones, en otros contextos, las demandas frívolas suelen ser utilizadas como arma propagandística y no siempre tienen como fin el logro de dinero fácil. A veces se emplea la demanda frívola para dar publicidad a una idea y, de ser posible, obtener confirmación legal de que se está o puede estar en

1 Véase en el siguiente enlace: http://www.youtube.com/watch?feature=player_embedded&v=N1MF3lJCwbo

lo cierto, o llamar la atención sobre alguna materia de interés personal o grupal². Sin embargo, y aunque por ello puedan parecer inocuos en comparación con otras demandas, constituyen una gran pérdida de tiempo y recursos para los juzgados, que tienen cosas más importantes que atender.

En el Perú, no es ningún secreto el elevadísimo porcentaje de desestimación de demandas de amparo y recursos de casación asociados a la frivolidad del recurrente. El caso típico es la demanda de amparo que se resuelve en el Tribunal Constitucional y que es materia del presente ensayo. Al examinar el fondo de la cuestión, la resolución advierte que la demandante recurre a la Justicia Constitucional, porque el cobro de unos pagarés había dado lugar a la violación de sus Derechos Fundamentales que se puede resumir de la siguiente forma:

1. “En el Recurso de Agravio Constitucional se afirma que:
 “c... Agravio Moral: Se ha causado una inmensa tortura moral y psicológica que consume la intimidad de la agraviada al producir preocupaciones, pena, estrés, depresión, insomnios, melancolía y otros sufrimientos”.
2. Si bien la demandada se refería, prima Jade, al debido proceso, como se ha señalado, los planteos de la demandante carecen por completo de fundamentación constitucional. Sin embargo, el Tribunal Constitucional entiende que en casos como este, podría emitirse, extraordinariamente, un pronunciamiento sustantivo”³ (Fojas 314 de autos).

Se entiende el adjetivo calificativo “frívold” referido a las demandas o recursos que contienen pretensiones que no se puede alcanzar jurídicamente, por ser obvio y notorio que su formulación carece de respaldo en el mundo del derecho o ante la inexistencia de hechos que sirvan para actualizar el planteamiento jurídico en que, supuestamente, se apoyan.

Al respecto se advierte dos situaciones. La primera, se presenta respecto de todo el contenido de la impetración. La frivolidad resulta notoria de la mera lectura del escrito. Las leyes procesales suelen autorizar la desestimación de plano correspondiente, sin generar artificiosamente

2 Véase en: <http://www.taringa.net/post/hunor/12964130/Demandas-judiciales-frivolas.html> Consulta: 29 de abril de 2015.

3 Cfr. Tribunal Constitucional del Perno <http://www.te.gob.pe/jurisprudencia/00987-2014-AA.pdf>
 “El Tercer Juzgado Civil de Chimbote declaró improcedente la demanda, por considerar que los hechos y el petitorio no estaban referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido de los derechos invocados, toda vez que la actora pretende replantear una controversia debidamente resuelta por los órganos jurisdiccionales emplazados. En consecuencia, se estimó de aplicación el inciso 1) del artículo 5° del Código Procesal Constitucional. Considera, además, que ha vencido el plazo de prescripción para interponer la demanda, lo cual supone - aunque no haya sido expresamente citada- la aplicación de la causal de improcedencia prevista en el inciso 10) del numeral 5° del mismo cuerpo legal.

un estado de incertidumbre. Otro es el caso que propone el TC en la resolución materia de análisis:

3. Por su parte, la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del Santa confirmó dicho pronunciamiento por considerar que el plazo de prescripción transcurrió en exceso, siendo de aplicación el inciso 10) del artículo 5° del Código Procesal Constitucional.

Debe tenerse presente que sólo cabe acudir al rechazo liminar de la demanda de amparo cuando no exista margen de duda respecto de su improcedencia. Dicho con otras palabras, cuando de una manera manifiesta se configure una causal de improcedencia específicamente prevista en el Código Procesal Constitucional.”⁴

La otra situación se produce cuando la frivolidad del escrito sólo es advertida con su estudio detenido o es de manera parcial. En este caso, la desestimación liminar no puede darse, lo que obliga al juzgador a entrar al fondo de la cuestión planteada.

Con frecuencia, la frivolidad se asocia a la impudicia. No obstante que el demandante o el impugnante tuvieron a su alcance los elementos de convicción necesarios para poder corroborar si efectivamente existieron irregularidades en un acto determinado, se limita a afirmar su existencia, y cuando el órgano jurisdiccional lleva a cabo el análisis de éstas. Es así que el juzgador advierte que del material probatorio, clara e indudablemente, se corrobora lo contrario de lo declarado por el impetrante, mediante pruebas de carácter objetivo, que no requieren de interpretación alguna o de cierto tipo de apreciación de carácter subjetivo. Tal es el caso del recurso de agravio constitucional que presenta la demandante ante el Tribunal Constitucional en la demanda de amparo materia del presente comentario. El Tribunal Constitucional absuelve el recurso bajo los siguientes criterios. ⁵

- “5. En ese sentido, corresponde analizar ambos pronunciamientos a efectos de verificar si la demanda se subsume, o no, en alguno de los supuestos de improcedencia previstos en el artículo 5° del Código Procesal Constitucional, conforme lo dispone, además, el numeral 47° del mismo.
6. Respecto a la configuración de la causal de improcedencia prevista en el inciso 1) del artículo 5° del Código Procesal Constitucional, debe precisarse que la demandante ha alegado que no se le ha notificado resoluciones y que se alteró el trámite procesal de su pretensión ante la Corte Suprema;

4 Cfr. Tribunal Constitucional del Perú. <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/00987-2014-AA.pdf>

5 Cfr. Tribunal Constitucional del Perú. <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/00987-2014-AA.pdf>

supuestas vulneraciones que pueden ser interpretadas como conexas con el contenido del derecho al debido proceso.

(...)

9. El Tribunal Constitucional entiende que esta alegación de hechos se encuadra, prima facie, dentro del contenido constitucionalmente protegido del derecho al debido proceso.
10. Sin embargo, conviene enfatizar que el análisis propuesto respecto de si las cuestionadas resoluciones afectan o no los derechos invocados supone un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia y debe realizarse luego de trabada la litis.”⁶

Pero, aún no termina el proceso frívolamente incoado porque en el contexto de este diseño normativo, cabría preguntarse cómo proceder cuando se trata de pretensiones carentes por completo de fundamento, como las que se sostiene, en el caso materia de este análisis, cuando se afirma, sin indicios ni pruebas que los jueces demandados incurren con su resolución en delito de esa humanidad, por no haber ordenado el pago de unos pagarés.

Es decir, habrá que resolver, aún si en todos los casos en los que la demanda ha sido declarada improcedente in limine, y el Tribunal Constitucional entiende que debe emitirse un pronunciamiento sustantivo, corresponde ordenar que todo vuelva al comienzo del proceso y que el Juez del Proceso la admita a trámite.

Por tanto, si existen aparentes litigios, supuestas controversias, o modos erróneos de apreciar las cosas, pero al verificar los elementos objetivos que se tiene al alcance se advierte la realidad de las cosas, evidentemente tales hipótesis no deben, bajo ninguna circunstancia, entorpecer el correcto actuar de los tribunales.

Los órganos de administración de justicia deben resolver oportunamente las controversias que son correctamente sometidas a su escrutinio, sin ser distraídos por presentaciones frívolas. De ello se sigue que, una actitud frívola afecta el Estado Constitucional de Derecho y resulta grave para los intereses de otros litigantes y, en general, la ciudadanía, por la incertidumbre que genera una demanda o la promoción del medio impugnatorio; así como para los intereses de aquellos que sí acuden con seriedad a esta instancia. Los casos de frivolidad o de bizantinismo restan tiempo y esfuerzo a los juzgadores que intervienen en ellos, y pueden distraer la atención los asuntos que realmente son de trascendencia.

6 Cfr. Tribunal Constitucional del Perú. <http://jwwwv-tc.gob.pe/jurisprudencia/00987-2014-AApdf> 7 Cfr. CHESTERTON, Gilbert Keith (29 May 1874 - 14 June 1936) HOMBRE FRÍVOLO, en: <http://www.conoce.com/marco.php?doc=6253>

7

Inclusive el propio tribunal se ve afectado con el uso y desgaste de elementos humanos y materiales en cuestiones que son evidentemente inconducentes.

2. LAS DEMANDAS FRÍVOLAS

También suele llamarseles “bizantinas”, Pero este último adjetivo es peyorativo y no se condice con invaluable contribución que Bizancio llegó al mundo al preservar la cultura de la antigüedad y la romana, en particular. Pero por avatares del destino la leyenda negra de “lo bizantino”, como lo fatuo, o lo inútil y a la vez costoso, se ha convertido en una deplorable post-verdad que debe rechazarse.

Siguiendo la alegoría del maestro inglés G. K. Chesterton/ incoar una demanda frívola es tornar en vano el nombre de la Justicia. Es equivalente a “tornar en vano” en el verdadero sentido serio de aquellas antiguas palabras mosaicas. “No tomar su santo Nombre en vano”.

Los jurisperitos toman el Nombre en vano muchas más veces que los seglares. Ésa es la violación de uno de los mandamientos básicos; es el pecado contra el Nombre. Si quieren, - profetiza el maestro Chesterton- tomen el Nombre desatinadamente, tómenlo en broma, brutalmente o con enojo, puerilmente, erróneamente: pero no lo tomen en vano. Usen la santidad de la Justicia para un propósito extraño y justifiquen ese uso; usen la santidad para algún propósito dudoso o experimental y juéguese por su éxito; usen la santidad para algún propósito bajo y odioso y sufran las consecuencias. Pero no usen la santidad del Derecho sin propósito alguno; no hablen de Justicia cuando lo mismo podrían hablar de la señora de Juan Pérez; no usen el agravio moral ni los Derechos Fundamentales, el debido proceso, los derechos de petición, de defensa, de libre acceso al órgano jurisdiccional y a la tutela procesal efectiva como relleno de un discurso insulso. Éste es el pecado de frivolidad, y es lo que caracteriza principalmente a un segmento de la clase litigante convencional que se escuda en el permisivismo de la norma procesal equívoca.

Pues bien, como se verá en el expediente resuelto por el Tribunal Constitucional, que es materia del presente comentario,⁸ se ha establecido un precedente, oportuno, en la búsqueda de la mejor administración de justicia. En el expediente citado, se somete a análisis el recurso de agravio constitucional interpuesto por doña F. Vásquez contra la resolución expedida el 14 de noviembre del 2013 por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del Santa, que declaró improcedente la demanda de autos. El caso se remonta al 12

8 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EXP. N° 00987-2014-PAJTC - SANTA- Sentencia expedida el 06 de agosto del 2014 por el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Urviola Hani, Miranda Canales, Blume Fortíni, Ramos Núñez, Sardón de Taboada, Ledesma Narváez y Espínosa-Saldaña Barrera.

de marzo del 2013, cuando la señora F. Vásquez interpuso demanda de amparo contra el Presidente y el Procurador Público del Poder Judicial, los integrantes de la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del Santa, de la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República y de la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República. El discreto placer de la frivolidad, diría G. K. Chesterton. La señora Vásquez demanda la declaración de la nulidad de todo lo actuado en el proceso de tercera preferente de pago correspondiente al Exp. N° 1460-2006, por, supuestamente, haberse vulnerado sus derechos “al debido proceso, de petición, de defensa, de libre acceso al órgano jurisdiccional ya la tutela procesal efectiva”.

Refiere que en el proceso de ejecución de garantías seguido en su contra por el Banco Wiese Sudameris (ahora Scotiabank), hasta la fecha no se le ha notificado la ejecutoria suprema que resolvió su recurso de casación, ni el Decreto N° 40, de fecha 19 de octubre de 2011. Sostiene, igualmente, que la Sala Civil Suprema emplazada ha actuado en forma ilegal porque el proceso de tercera preferente de pago que es civil lo transformó en constitucional y, “cambiando de jurisdicción”, lo remitió a la Sala Constitucional Suprema emplazada; y que los jueces del Cuarto Juzgado Civil de Chimbote y los vocales de la Sala Superior emplazada hubieron tramitado “con fraude” el Exp, N° 1460-2006. Ya lo sentenció el maestro Chesterton. Se explica que el lego en Derecho profiera blasfemias so pretexto de búsqueda de la tutela jurisdiccional, puesto que habla de un modo trivial de cosas que cree que son triviales. Pero el letrado jurisperito no podría justificar su trivialidad respecto de cosas que él cree que son divinas.

El 26 de marzo del 2013, el Tercer Juzgado Civil de Chimbote, con fecha 26 de marzo de 2013, declaró improcedente la demanda de amparo, entre otras consideraciones, en razón a haberse vencido el plazo de prescripción para interponer la demanda, por cuanto la Resolución N° 40 le fue notificada el 26 de octubre de 2011. La Sala revisora confirmó la apelada, por estimar que a la fecha de la interposición de la demanda había transcurrido en exceso el plazo de prescripción.

Para decirlo en términos prosaicos, en el Perú, hay quienes entablan una demanda frívola o interponen un recurso frívolo, a sabiendas que, -conforme a la Justicia y al Derecho,- no tienen la mejor posibilidad de arribar a buen puerto. Algunos lo hacen porque saben que la sola duración del proceso judicial que promueven les proveerá algún dinero o publicidad o gratificación o relaciones sociales, ganar tiempo con alevosía, o alguna otra forma de placer o felicidad. El placer de los momentos de crisis que, en potencia, son trágicos. Chesterton dixit. El Tribunal Constitucional, delicadamente, señala que “...demandas de esta naturaleza mediante las cuales se invoca derechos fundamentales pero sin demostrar en modo alguno de qué modo habría ocurrido la vulneración o qué

contenido específico del mismo fue ilegítimamente intervenido, obstaculizan el normal desenvolvimiento de la justicia constitucional.”⁹ “Esa es, justamente, la violación de uno de los mandamientos: Es el pecado contra el Nombre ...”¹⁰

Para continuar con el escritor inglés, ya Gilbert K. Chesterton lo advirtió a comienzos del s. XX: “ ... Por una de esas extrañas asociaciones que nadie consigue entender nunca, un gran número de personas ha llegado a creer que la frivolidad tiene algo que ver con el placer. Realmente, nadie puede divertirse verdaderamente si no es serio. Hasta aquellos que por lo común consideramos pertenecientes a la clase social que podríamos llamar ubicuos, verdaderamente sienten más placer en los momentos de crisis que en potencia son trágicos.”¹¹

3. PROCEDENCIA DE LA DEMANDA

Es necesario de dilucidar, previamente, que el Tribunal Constitucional sí está facultado para pronunciarse respecto a la declaración de improcedencia liminar de la demanda de amparo cuando no exista margen de duda respecto de su improcedencia.

El Tercer Juzgado Civil de la Corte de El Santa, dejó establecido que había vencido el plazo de prescripción para interponer la demanda de amparo, lo cual supone la aplicación de la causal de improcedencia prevista en el inciso 10) del numeral 5° del Código Procesal Constitucional, Considero también -excediéndose en argumentación- que los hechos y el petitorio impetrados por la demandante no están referidos en forma directa al contenido constitucionalmente protegido de los derechos invocados. Se pretendía replantear una controversia debidamente resuelta por los órganos jurisdiccionales emplazados. Con estos fundamentos, el Juez de Chimbote declaró improcedente la demanda de amparo. A su turno, la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del Santa.

Para abordar el examen de la improcedencia por la causal prevista en el inciso 1) del artículo 5° del Código Procesal Constitucional, se tiene en cuenta que la actora alega vulneraciones que pueden ser interpretadas como conexas con el contenido del derecho al debido proceso ya que afirma que no se ha cumplido con la notificación de resoluciones y que se alteró el trámite procesal de su pretensión ante la Corte Suprema. En efecto, la demandante aduce que hasta la fecha de la interposición de la demanda no se le había notificado la ejecutoria suprema que resolvió su recurso de casación, ni el Decreto N° 40, de 19 de octubre del 2011, de modo tal que el agravio invocado consistiría en una

9 Tribunal Constitucional Exp. N° 00987-2014-PAJTC - SANTA- Sección 4, in fine.

10 Cf. CHESTERTON, Gilbert K. EL HOMBRE FRÍVOLO, en: <http://www.conoce.com/marco>. Php?doc=6253. 2015, mayo 2.

11 CHESTERTON, Gilbert K. EL HOMBRE FRÍVOLO, en: <http://www.cponoce> 2015, mayo 2.

omisión, razón por la cual no habría transcurrido el plazo de prescripción para interponer la demanda.

El Tribunal Constitucional consideró que esta alegación de hechos se encuadra, *prima facie*, dentro del contenido constitucionalmente protegido del derecho debido proceso. Sin embargo, conviene enfatizar que el análisis propuesto respecto de si las cuestionadas resoluciones afectan o no los derechos invocados supone un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia, no obstante tratarse de una demanda frívola; y debe realizarse luego de trabada la litis. Además, como dice el maestro Chesterton, para disfrutar de una invocación al orden constitucional, se requiere estar arraigado a cierto sentido básico del bien de las cosas.

4. UN RECURSO FRÍVOLO DE AGRAVIO CONSTITUCIONAL

Todos conocemos al Abogado verdaderamente frívolo. Chesterton confirma que todos los que lo conocemos sabemos que, -pese a la imagen que se ha construido en el medio social- su característica más saliente es su pesimismo. La idea del hombre a la moda, alegre, atolondrado, intoxicado con deleite pagano, es una ficción debida enteramente a la inventiva de gente puritana que jamás encontró a un hombre así en la vida real.¹² Habiendo llegado el análisis a este estadio cabe cuestionar si en todos los casos en los que la demanda ha sido declarada in límine improcedente y el Tribunal Constitucional entiende que debe emitirse un pronunciamiento sustantivo, corresponde que el Tribunal Constitucional proceda a ordenar que el Juez del Proceso la admita a trámite. La Constitución Política trae respuesta positiva (Inciso 2° del artículo 202 de la Constitución Política).

No obstante, la demanda no se limita a cuestiones de carácter procesal. Tal es el poder de la frivolidad para hacer entristecer a quien esté desatento, ante las cosas que no importan. Tal vez, en la búsqueda de asideros de orden constitucional, sostiene que "... los jueces demandados incurrieron con su resolución de delito de lesa humanidad."

Si no se tratase de elucubraciones referentes a los Derechos Fundamentales, la argumentación de la demanda podría ser considerada una broma, una treta intrascendente, un "Gag, just for laughs". Pero en esta demanda se alude a la supuesta comisión por jueces de diversas jerarquías, de delitos de lesa humanidad. Si bien la demandada se refería, *prima facie*, al debido proceso, como se ha señalado, la teoría del caso de la demandante carece por completo de fundamentación constitucional y fáctica. El gran Chesterton enseñaba que

12 Cfr. CHESTERTON, Gilbert K EL HOMBRE FRÍVOLO, en: <http://www.conoze.com/marco.php?doc=6253> 2015, mayo 2.

aún, para poder disfrutar de la broma más sutil y halada, el hombre debe estar arraigado a cierto sentido básico del bien de las cosas; y el bien de las cosas significa, por supuesto, la seriedad de las cosas. Para disfrutar aunque sea de un pas de quatre en un baile de abono, un hombre debe sentir en ese momento que las estrellas bailan con la misma melodía.¹³ Al parecer, la demanda está desvinculada de cualquier sentido básico del bien.

Ese es el nudo gordiano del análisis del precedente a que se contrae el análisis. ¿Cómo proceder cuando se trata de pretensiones carentes de arraigo ético, huérfanas de fundamento?

¿Cómo salvar la obligación de la efectiva tutela constitucional, sin crear precedentes que avalen la frivolidad?

En un párrafo ataviado de especulaciones muy opinables, Constitucional contiene tres afirmaciones básicas:

“ ... advirtiendo que es una falsedad y un fraude, el Auto N° 38 del 4-12-2009 (ha sido) expedido por los vocales (de la Sala Civil de El Santa) para hacer cobrar a Scotiabank Perú SAA la falsa deuda de los 3 pagarés que no están afirmados por los recurrentes” (Fojas 300 de autos).

“ ... resolviendo una cosa por otra y como litigantes y juez parte contra la agraviada, sin desvirtuar la infracción a mis derechos humanos y sin precisar la ley que les faculte hacer a Scotiabank que cobre deuda falsa” (Fojas 301 de autos); y

“ ... Agravio Moral: Se ha causado una inmensa tortura moral y psicológica que consume la intimidad de la agraviada al producir preocupaciones, pena estrés, depresión, insomnios, melancolía y otros sufrimientos” (Fojas 314 de autos)¹⁴

La impetración y sus fundamentos carecen por completo de fundamentación fáctica y constitucional. Para encontrar alguna explicación a estos planteamientos, hay que releer a Chesterton. Cuando se hace honor a clásico “Orabunt causas mellius”, el jurisconsulto debe sentir que las estrellas bailan de felicidad. En las antiguas religiones, la gente creía en verdad que, cuando se obraba con rectitud, las estrellas bailaban con la melodía de sus templos; y que bailaron como nadie lo ha hecho desde entonces. Pero el placer completo, el placer sin vacilaciones, sin contratiempos, sin *arriere pensée*, sólo lo disfruta el hombre correcto, El vino, (la buena defensa judicial) dicen la Escrituras, alegra el corazón del hombre, pero sólo del jurisperito que tiene corazón. Y también eso que llamamos buen ánimo es posible sólo en las personas animosas.

13 Cf. CHESTERTON, Gilbert K EL HOMBRE FRÍVOLO, en: <http://www.conoze.com/marco.php?doc=6253> 2015, mayo 2.

14 Cfr. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EXP. N° 00987-2014-PAJTC - SANTA

El Tribunal Constitucional lo entendió así y estableció que, en casos como éste, podría emitirse, extraordinariamente, un pronunciamiento sustantivo. Esta posición se sustenta en diferentes principios como los de economía procesal e informalidad y en otros relacionados con la naturaleza y fines de los procesos constitucionales.¹⁵

El Tribunal Constitucional, en lo que concierne al principio de economía procesal, estableció que resulta innecesario obligar a las partes a reiniciar el proceso, no obstante todo el tiempo transcurrido; si de los actuados se evidencia los suficientes elementos de juicio para emitir un pronunciamiento sobre el fondo, pese al rechazo liminar de la demanda. Con un actuar de modo diferente, no sólo se posterga la resolución del conflicto innecesariamente, sino que, a la par, se sobrecarga innecesariamente la labor de las instancias jurisdiccionales competentes.

La rigidez de las formalidades también son consideradas en el precedente bajo análisis. El sólo hecho de servir al proceso o a la ley, en el marco de una demanda frívola - y no porque se justifique en la protección de algún bien constitucionalmente relevante, - devendría en un exceso injustificable de ritualismo procesal incompatible con el "(...) logro de los fines de los procesos constitucionales". Se señala que si, en el caso concreto, existen todos los elementos como para emitir un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia, éste debe ser expedido respetándose el derecho de las partes a ser oídas por un juez o tribunal, de manera que se obvie una inútil declaración de nulidad de todo lo actuado.¹⁶

5. EL PRONUNCIAMIENTO SOBRE EL FONDO

En muy pocos casos, el juzgador aplica alguna de las sanciones que las normas han establecido para dar algún desfogue a los gigantescos embalses de carga judicial que provocan las demandas y recursos frívolos. No es poco decir que es sospechosa de demagógica la derogación de los arts, 398 y 399 del Código Procesal Civil¹⁷, referentes a las sanciones a la litigación frívola. Chesterton

15 En STC Expediente N° 045S7-2004-PA/TC, fundamentos 16 a 19 se encuentra amplio desarrollo de estos principios.

16 Ver el tercer párrafo del artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

17 <http://spijminjus.gob.pe/CLP/contenidos.dll?templates&dn=detault-codcivil.htm&vid=CiclopeCLPdermo>
Artículo 398.- Si el recurso fuese denegado por razones de inadmisibilidad o improcedencia, la Sala que denegó condenará a quien lo interpuso al pago de una multa no menor de tres ni mayor de diez Unidades de Referencia Procesal. Si concedido el recurso la sentencia no fue casada, el recurrente pagará una multa de una Unidad de Referencia Procesal. La referida multa se duplicará si el recurso fue interpuesto contra una resolución que confirmaba la apelada. El pago de la multa será exigido por el Juez de la demanda. (*)

(*) Artículo derogado por la Primera Disposición Derogatoria de la Ley N° 29364, publicada el 28 mayo 2009.

Costas y costos por recurso inadmisibles, improcedentes o infundados»

Artículo 399.- Si el recurso fuese declarado inadmisibles, improcedentes o infundados, quien lo interpuso sufrirá la condena de costas y costos originados en la tramitación del recurso.

Las costas y costos serán fijados y exigidos por el Juez de la demanda. (*)

(*) Artículo derogado por la Primera Disposición Derogatoria de la Ley N° 29364 publicada el 28 mayo 2009.

identificaría al frívolo con ese personaje que el imaginario popular identifica con el placer. La comunidad judicial, alegremente, acoge esa identificación y convierte al frívolo en intachable. El hombre del placer, dice el maestro Chesterton, es una de las fábulas piadosas creadas por las leyendas urbanas. Los juristas puritanos le han dado demasiado crédito al poder que tiene el mundo para satisfacer el alma; al admitir que el frívolo es alegre y atolondrado, han dejado de lado la parte más sólida de su tesis. Lamentablemente, el puritanismo judicial, por lo común, cae en el error de acusar al litigante frívolo de todos los vicios que no le corresponden. Dicen, por ejemplo, que el hombre frívolo es «descuidado». En rigor de verdad, el hombre frívolo es muy cuidadoso. No solamente dedica horas enteras a la tarea de elaborar retruécanos judiciales, sino también otros asuntos igualmente bizantinos y de fingida técnica judicial. El caso de autos es un paradigma de las especulaciones frívolas en cuanto a “agravio moral”, “debido procesó”, “delito de lesa humanidad”, Y, como dice el maestro, respecto a estos asuntos, la frivolidad es mucho más solemne que un Papa o un concilio general. Pero, la verdad es que su actitud es más bien triste que solemne, más bien desesperanzada que severa.

Frente a la demanda y las dos sentencias judiciales materia del presente ensayo, el Tribunal Constitucional trae a colación la línea jurisprudencial asumida por el mismo Tribunal ante supuestos análogos y propone que un pronunciamiento sustantivo no afectará el derecho de defensa de todas las partes emplazadas. En efecto, y en lo que se refiere a los órganos judiciales demandados, conviene recordar que el tribunal Constitucional ha considerado que, ante afectaciones al debido proceso, es posible condicionar la intervención de las partes, no requiriéndose la participación de los órganos judiciales demandados, al tratarse de cuestiones de puro derecho.¹⁸

Desde el primer momento estuvo claro que en el expediente existen suficientes elementos de juicio como para emitir un pronunciamiento de fondo, resultando innecesario condenar a las partes a transitar nuevamente por la vía judicial para llegar a un destino que ahora puede dilucidarse. La frivolidad acarrea la incapacidad de apreciar en su totalidad el peso y el valor de nada. Se cumple, en el caso presente, lo que afirmaba Chesterton: “... En la práctica, no se aprecia ni siquiera el precio ni el valor de las cosas que, por lo común, son tenidas como frívolas ...”¹⁹ Refuerza el halo de nimiedad, en el caso concreto, el hecho que la pretensión incoada se circunscribe a cuestionar determinadas resoluciones judiciales, razón por la cual, para el Tribunal, la falta de participación

18 Cfr. Sentencia recaída en el Expediente N° 05580-2009-PA/TC, fundamento 4

19 Cfr. CHESTERTON, Gilbert K EL HOMBRE FRIVOLLO, en: <http://www.conoze.com/marc.php?doc=6253> 2015, mayo 2

20 Vid. TRIBUNAL CONSTIWCIONAL EXP. N° 00987-2014-PA/TC - SANTA

de los órganos judiciales emplazados en el presente proceso no constituye razón suficiente para declarar la nulidad de todo lo actuado.

El Tribunal Constitucional, con acierto, estableció que la evaluación de lo actuado evidencia que -si bien es cierto que la demanda de amparo de autos no se admitió a trámite- sin embargo:

En atención al principio de economía procesal, que en autos existen suficientes recaudas y elementos de juicio como para emitir un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia.

Por lo que hace al principio de informalidad, que el rechazo liminar de la demanda no ha afectado el derecho de defensa del emplazado Poder Judicial, quien fue debidamente notificado a partir del concesorio del recurso de apelación?

Ahora bien, la actora manifiesta que en el proceso de ejecución de garantías seguido en su contra por el Banco Wiese Sudameris, hasta la fecha no se le ha notificado la ejecutoria suprema que resolvió su recurso de casación, ni el Decreto N° 40, de fecha 19 de octubre de 2011. Agrega, asimismo, que la Sala Civil Suprema emplazada ha actuado en forma ilegal porque el proceso de tercería preferente de pago, que es de naturaleza civil, lo “transformó” en constitucional y, “cambiando de jurisdicción”, lo remitió a la Sala Constitucional Suprema emplazada. Añade, por último, que los jueces del Cuarto Juzgado Civil de Chimbote y los vocales de la Sala Superior emplazada han tramitado con fraude el Expediente N° 1460-2006.

Mediante la demanda de amparo de autos la recurrente persigue que se declare la nulidad de todo lo actuado en este proceso.

La demanda se sustenta en afirmaciones como las que el Tribunal Constitucional, en afán didáctico resalta:

“(…) los jueces del 4° Juzgado Civil de la Corte Superior de Justicia del Santa-Chimbote en posta jurisdiccional indebida e ilegal, en complicidad con los auxiliares judiciales y evidentemente en acuerdo con los vocales supremos y los vocales de la Sala Civil de Chimbote tramitan con fraude el Expediente N° 1460-2006”.

“(…) los magistrados demandados en confabulación han violado el texto expreso y claro del artículo de la Ley N° 27682, la Constitución, las leyes, el debido proceso y en cadena a todos los demás derechos humanos de la recurrente, es claro que los transgresores con esa conducta disfuncional y con fraude y con ensañamiento, crueldad, crimen y delitos de lesa humanidad imprescriptibles han hecho víctima de cruel injusticia a la recurrente que tiene que ser corregida...

“(…) la fraudulenta demanda cambia al número 1460-2006, está expresado y precisado hasta la saciedad l1ue esa demanda está interpuesta, admitida

y Judicial con sus magistrados como juez y parte en su interés litigando en lugar del Banco y rehusándome escuchar, oír y entender el reclamo de la recurrente”. (fojas 97, énfasis agregado).²¹

6. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA

En la demanda se alega que los jueces del Cuarto Juzgado Civil de Chimbote, los jueces de la Sala Superior emplazada y los jueces de las Salas Supremas emplazadas se habrían confabulado para litigar en su contra y tramitar con fraude. Con tan lamentable accionar, dice la adora, se ha vulnerado los derechos de la demandante al debido proceso, de petición, de defensa, de libre acceso al órgano jurisdiccional y a la tutela procesal efectiva. Chesterton comenta que si la religión es el poder que hace allegar la alegría ante las cosas que importan; con el mismo criterio, se puede definir la frivolidad en el área judicial como el poder que produce preocupación, y tristeza ante lo nimio; ante las cosas que no importan.

La frivolidad no tiene nada que ver con la felicidad, repite Chesterton- Actúa en la superficie de las cosas, y la superficie es casi siempre áspera y desigual.

El operador frívolo es aquella persona profesional que es incapaz de apreciar en su totalidad el peso y el valor de nada. En la práctica, no aprecia ni siquiera el peso y el valor de las cosas que, por lo común, son tenidas como frívolas. Tal como sucede de la revisión de los actuados. El Tribunal ha advertido que no obra indicio de medio probatorio alguno que acredite los alegatos de la demanda.

De los actos procesales aportados no se evidencia la confabulación alegada, ni el fraude imputado, y también cabe enfatizar que ninguno de ellos prueba que a la recurrente se le haya imposibilitado o negado el libre acceso al órgano jurisdiccional. Por lo tanto, respecto de este primer extremo, el Tribunal Constitucional estima que no se ha acreditado la violación de los derechos invocados supra.

En otro extremo, la recurrente transcribe la parte considerativa del tantas veces citado Decreto N° 40, lo cual no la inhibe de alegar que el mismo no le ha sido notificada la ejecutoria suprema que resolvió su recurso de casación, ni el Decreto N° 40. El Tribunal no puede sino confirmar que estos actos sí fueron notificados a la demandante. En consecuencia, y respecto de este extremo, el Tribunal declara aquello que siempre fue obvio: que no se encuentra probada la violación alegada.

La demandante alega que se ha producido una flagrante violación del derecho a la jurisdicción y a la competencia predeterminada por la ley; es decir al derecho a no ser sometido a procedimientos distintos de los previstos por ley. Este es el derecho que garantiza que quien juzgue sea un juez u órgano

21 Cfr TRIBUNAL CONSTITUCION AL EXP. N° 00987-2014-PA/TC - SANTA a fojas 97.

con potestad jurisdiccional. Se prescribe así la interdicción de ser enjuiciado por un juez excepcional o por una comisión especial creada ex profesamente para desarrollar funciones jurisdiccionales, o que dicho juzgamiento pueda realizarse por comisión o delegación, o que cualquiera de los poderes públicos pueda avocarse al conocimiento de un asunto que debe ser ventilado ante un órgano jurisdiccional.²²

El Tribunal en su resolución, hace un recuento de lo que cualquier profesional medianamente informado. El inciso 4) del artículo 3Y del Decreto Supremo N° 017-93-JUS, prescribe que la Sala de Derecho Constitucional y Social conoce “De los recursos de casación en materia Derecho Laboral y Agrario cuando la ley expresamente lo señala”. En consonancia con esta disposición, la Resolución Administrativa de Presidencia N° 006-2001-P-CS, de 30 de abril de 2001, dispone en su artículo 1° que la referida Sala es la competente para conocer “de los recursos de nulidad y casaciones agrarias pares e impares.

Precisamente, de la Resolución de 9 de julio de 2010, emitida por la Sala Civil Suprema emplazada, y que corre a fojas 57 de autos, se desprende que la causa le fue remitida a la Sala Constitucional Suprema emplazada porque se solicitó “la tercería preferente de pago ante una posible ejecución de un predio rústico, constituido por la parcela de terreno N° 11283”. Tal es la justificación expresada por la Sala Civil Suprema emplazada para remitir la causa a la Sala Constitucional Suprema emplazada, la cual es conforme con lo dispuesto en el mencionado D. S. 017-93. JUS Y su reglamentación.

Todo el proceso, el tiempo requerido, la carga judicial añadida, los enormes costos y costas con nada pueden ser compensados. No hay algo que pueda atenuar la gravedad de la tramitación de una demanda frívola en la que se hace gala de hechos que no sustentan la pretensión y que, por su falsedad será imposible acreditar. El Tribunal Constitucional tiene que pronunciarse en el sentido que la presente demanda debe ser declarada infundada, Tal como lo hubiera pronunciado cualquier abogado 1.1ue hubiese conocido el caso, años ha, cuando se entabló el amparo. Para mayor contundencia, el Tribunal Constitucional establece esta resolución como precedente vinculante, conforme al artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, tal como se señala en la regla contenida en el fundamento 49 de esta sentencia²³

22 Vid. Sentencia recaída en el Expediente N° 0290-2002-HC/TC.

23 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EXP:W 00987-2014-PA/TC - SANTA

Fundamento 49: El Tribunal Constitucional emitirá sentencia interlocutoria cuando:

- a. Carezca de fundamentación la supuesta vulneración que se invoque;
- b. La cuestión de derecho contenida en el recurso no sea de especial trascendencia constitucional;
- c. La cuestión de Derecho invocada contradiga un precedente vinculante del Tribunal Constitucional;
- d. Se haya decidido de manera desestimatoria en casos sustancialmente iguales. La sentencia se dictará sin más trámite.

7. EL RECURSO DE AGRAVIO CONSTITUCIONAL.

El memorable 9 de diciembre de 2013, la recurrente interpuso el recurso de agravio constitucional solicitando que el Tribunal Constitucional corrija, según afirma, "... el grave error y causales de nulidad del prevaricador, fraudulento, incongruente y nulo auto N° 13 con el cual los eternos prevaricadores y fraudulentos encubiertos por la GCMA y el CNM rechazaron la demanda."²⁴ Chesterton no pretende ser más crítico, ni sarcástico de lo necesario con el Abogado que aconseja al actor de demandas frívolas. Por algo es el maestro del Sarcasmo. Para hacer justicia con él, dice el maestro, debemos admitir que no es el único frívolo; otras clases de hombres comparten con él el reproche. Así, por ejemplo; los hombres de Estado son generalmente frívolos; los pacifistas por supuestos motivos de conciencia son generalmente frívolos. Los filósofos y los poetas son, a menudo, frívolos; los políticos son siempre frívolos. Pues si la frivolidad es esa carencia de habilidad para comprender la plenitud y el valor de las cosas, debe tener muchas formas además de esa que consiste en la mera veleidad y la búsqueda del placer, invocando el augusto nombre de la Justicia o el del debido proceso. ¿Se puede calificar como "irreverencia" tales improperios? Muchísima gente tiene como idea fija que la irreverencia, por ejemplo, consiste en hacer publicar denuestos o hacer bromas "gags" a lo "Just for laughs". Pero es muy posible ser irreverente con una argumentación carente de decoro y con el alma impoluta del más mínimo asomo de humor. Encuéntrese la definición espléndida e inmortal de la verdadera irreverencia en aquel mandamiento mal entendido y desatendido del prolegómenos de este ensayo. El mandamiento que declara que el Señor no considerará libre de culpa a quien toma su Nombre en vano. ¿O tomar el nombre de la Justicia y del Derecho? Se supone, vagamente, que esto tiene algo que ver con las bufonadas legalistas, la jocosidad bizarra y los juegos bizantinos de argumentos. Decir algo con un toque de sátira o de crítica individual no es decirlo en vano. Decir algo fantástico como si fuera algún fragmento de las Escrituras o de la constitución del País de las Hadas no es decirlo en vano.

Pero argumentar algo, en una demanda o en un recurso, con gravedad pomposa y sin sentido; decir algo de modo que sea al mismo tiempo vago y fanático; decir algo de manera que sea confuso al mismo tiempo que literal; decir algo de manera que finalmente el juez más decoroso no sabrá por qué diablos fue dicho o por qué él lo ha escuchado; esto es, en el verdadero sentido serio de aquellas antiguas palabras mosaicas, tomarlo en vano²⁵

24 TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EXP.N°00987-2014-PA/TC - SANTA

25 Cfr CHESTERTON, Gilbert Keith (29 May 1874-14 June 1936) HOMBRE FRÍVOLO, en <http://www.conoze.com/marco.php?doc=6253>

Pero, una vez iniciado el proceso judicial, el Juez está obligado a pronunciarse. En el presente litigio constitucional, como ya se ha señalado, el artículo 18 del Código Procesal Constitucional ha delineado la procedencia del Recurso de Agravio Constitucional, estableciendo que tal recurso debe ser interpuesto contra la resolución de segundo grado que declare infundada o improcedente la demanda y presentado en el plazo de diez días contados desde día siguiente de notificada la resolución.

Aunque una lectura positivista y descontextualizada de dicha disposición podría conducir a creer que bastaría para que se conceda el recurso con la desestimación de la demanda por las instancias de mérito y el cumplimiento del plazo para la interposición del recurso, el Tribunal Constitucional ya ha señalado, que, “a partir de la jurisprudencia y los dispositivos del Código Procesal Constitucional mencionados, e inferirse que el contenido constitucionalmente protegido de los derechos es requisito de procedencia de la demanda, pero también del recurso de agravio constitucional”²⁶. En tal resolución, se dejó sentado que:

“Aparte de los requisitos formales para su interposición, se requerirá que el recurso de agravio constitucional planteado esté directamente relacionado con el ámbito constitucionalmente protegido de un derecho fundamental; que no sea manifiestamente infundado; y que no esté inmerso en una causal de negativa de tutela claramente establecida por el TC” (Fundamento Jurídico 31).

La frivolidad sigue abriéndose paso, ufanamente, pese a la claridad del precedente y su obligatoriedad general. Es incontenible la recurrencia de casos como el presente en el que se interpone, a destiempo, un Recurso de Agravio Constitucional que es, por añadidura, manifiestamente infundado, que se limita a invocar formalmente derechos reconocidos por la Constitución, pero con una completa carencia de fundamento legal, jurídico (y humorístico)”

8. COLOFÓN

El Tribunal Constitucional no concedió el placer de la victoria a una demanda frívola; placer que sólo corresponde a una argumentación seria. Obviamente, no querría que se tome en vano el nombre de la Justicia y sostiene que “resulta claro que la tutela jurisdiccional que no es efectiva no es tutela” y por lo tanto debe concentrar sus recursos en la atención de reales y serios recursos de agravio constitucional que requieren tutela urgente. Para ello prorrueve la aplicación del precedente y su Reglamento Normativo, vigente a la fecha, que se orientan

26 Ver la STC 02877-2005-HC/TC (Fundamento jurídico 27).

en el mismo sentido; por lo que no deberían prosperar recursos que contengan pretensiones manifiestamente improcedentes o que resulten irrelevantes. Como decía el maestro, la idea popular que se tiene del frívolo = confundida con el perfil del hombre moderno, alegre, atolondrado, intoxicado de deleite pagano, -- es sólo una leyenda urbana. El Tribunal Constitucional aborda este problema en el artículo 11 de su Reglamento:

“Una de las Salas se encargara de calificar la procedencia de las causas que lleguen al Tribunal. La Sala determinará si, tras la presentación de los recursos de agravio constitucional, se debe ingresar a resolver sobre el fondo. Para realizar tal análisis, aparte de los criterios establecidos en el artículo 18 del Código Procesal Constitucional, la Sala declarará su improcedencia, a través de un Auto, en los siguientes supuestos:

Si el recurso no se refiere a la protección del contenido esencial del ámbito constitucionalmente protegido de un derecho fundamental;

Si el objeto del recurso, o de la demanda, es manifiestamente infundado, por ser fútil o inconsistente; o,

Si ya se ha decidido de manera desestimatoria en casos sustancialmente idénticos, pudiendo acumularse”²⁷

Más trascendente aún es la decisión del Tribunal Constitucional de emitir sentencia interlocutoria sin más trámite cuando:

Carezca de fundamentación la supuesta vulneración que se invoque:

La cuestión de derecho contenida en el recurso no sea de especial trascendencia constitucional;

La cuestión de Derecho invocada contradiga un precedente vinculante del Tribunal

Constitucional;

Se haya decidido de manera desestimatoria en casos sustancialmente iguales.

El Tribunal Constitucional afirma que la sentencia se dictará sin más trámite cuando: Existe una cuestión de especial trascendencia constitucional, cuando la resolución resulta indispensable para solucionar un conflicto de relevancia o cuando se presente la urgencia de una revisión sobre el contenido de un derecho fundamental. De este modo, afirma, el Tribunal Constitucional, a la luz de su jurisprudencia, cumplirá adecuada y oportunamente con su obligación de garantizar la supremacía de la Constitución y el efectivo respeto de los derechos

27 Vid. En <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/04119-2005-AA.html>

fundamentales. Así, con el maestro G. K. Chesterton, volvemos a la conclusión última que señala que la verdadera seriedad es mal recibida lo mismo entre los religiosos que entre los no religiosos, lo ITIISITIO en el mundo carnal que en el espiritual. La frivolidad no tiene nada que ver con la felicidad, ni con el placer, ni con la búsqueda de la Justicia.

9. BIBLIOGRAFÍA

1. TARINGA. Demandas judiciales frívolas: Consulta 29 de abril de 2015. <http://www.taringa.net/posts/humor/12964130/Demandas-judiciales-frivolas.html>
2. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2014) Expediente N° 00987-2014-PAJTC - SANTA. Sentencia: 06 de agosto de 2014. Consulta: 25 de abril de 2015. <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/00987-2014-AA.pdf>
3. CHESTERTON, Gilbert Keith (2015). Hombre frívolo <http://www.conoze.com/ijmarco.php?doc=6253>.
4. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2004) Expediente N° 04587-2004-PA/TC - LIMA. Sentencia: 29 de noviembre de 2005. Consulta: 27 de abril de 2015. <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/04587-2004-AA.html>
5. SISTEMA PERUANO DE INFORMACIÓN JURÍDICA
Código Civil peruano: 25 de abril de 2015. <http://spij.minjus.gob.pe/CLP/contenidos.d1?f=templates&fn=default-codcivil.htm&vid=Ciclope:CLPdemo>
6. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2009) Expediente N° 05580-2009-PA/TC-LIMA. Sentencia: 09 de marzo de 2010. Consulta 27 de abril de 2015. <http://spij.minjus.gob.pe/jurisprudencia/2010/05580-2009-AA.html>
7. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2002) Expediente N° 0290-2002-HC/TC- LIMA. Sentencia: 06 de enero de 2003. <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00290-2002-HC.html>
8. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2005) Expediente N° 04119-2005-AA-LIMA. Sentencia: 29 de agosto de 2005. <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/04119-2005-AA.html>

ACCIÓN INDEMNIZATORIA DERIVADA DE LA OMISION DE RECONOCIMIENTO DEL HIJO EXTRAMATRIMONIAL

*Dra. María Isabel Sokolich Alva **

RESUMEN

El daño moral es entendido en doctrina como la lesión a cualquier sentimiento de la víctima considerado socialmente legítimo. La omisión del reconocimiento de la paternidad o maternidad de un hijo extramatrimonial conlleva daño moral, toda vez que afecta directamente el pleno goce y ejercicio de diversos derechos fundamentales como la identidad, dignidad y proyecto de vida que dada su magnitud merecen ser resarcidos.

PALABRAS CLAVE:

Filiación. Identidad. Dignidad de la persona humana. Proyecto de Vida. Daño moral. Indemnización

ABSTRACT

Moral damage is understood in doctrine as the injury to any feeling of the victim considered socially legitimate. The omission of the recognition of the paternity or maternity of an extramarital child carries moral damage, since it directly affects the full enjoyment and exercise of diverse fundamental rights as the identity, dignity and project of life that given their magnitude deserve to be compensated.

* Doctora en Derecho por la Universidad San Martín de Porres. Magíster en Derecho Civil con mención en Derecho de Familia por la Universidad Femenina del Sagrado Corazón. Fiscal Adjunto Supremo de la Fiscalía Suprema Civil. Docente de la Maestría de Derecho Civil con mención en Derecho de Familia de la Universidad Femenina del Sagrado Corazón –UNIFE–, así como de la Maestría de Derecho de Persona, Matrimonio y Familia de la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo. Docente de la Academia de la Magistratura en la especialidad de Derecho de Familia. Autora del libro “Violencia Familiar” y de diversos artículos jurídicos de la especialidad. Expositora en diversos eventos académicos relacionados con el Derecho de Familia.

I. FILIACIÓN. FILIACIÓN EXTRAMATRIMONIAL:

El lazo de parentesco más importante es el derivado de la “filiación” pues vincula a padres con hijos generando deberes y derechos recíprocos.

La filiación es identificada de diversas formas; así se señala que es “(...) el vínculo biológico que liga a padres con hijos”; “(...) el vínculo entre padres e hijos derivado de la relación de parentesco consanguíneo en línea recta de primer grado; “(...) en términos genéricos, la relación de una persona con todos sus antepasados y en sentido estricto, la relación que vincula a los padres con los hijos”; “(...) es el vínculo natural entre procreantes y procreados; en sentido estricto expresa la descendencia en línea recta y en sentido estricto es la relación inmediata del padre o la madre con el hijo”.

El Código Civil Peruano de 1984, inspirado en la Constitución de 1979¹, consagra, el principio de “igualdad de las categorías de la filiación”, según el cual “todos los hijos tienen igualdad de derechos frente a sus padres”, desterrando el tratamiento discriminatorio que regulaba el Código Civil de 1936 que clasificaba a los hijos en legítimos e ilegítimos (que a su vez se consideraban como naturales y no naturales), originando con ello un tratamiento diferenciado respecto del nombre, alimentos, derechos sucesorios, entre otros.

Respecto de la proscripción de la mención de la naturaleza de la filiación que consagra el artículo 6.º de la Constitución Política del Perú², por Ley N.º 29032, de junio de 2007, se estableció que en caso que el reconocimiento voluntario o judicial de paternidad o maternidad se haya concretado con posterioridad a la fecha de inscripción, el registrador o funcionario del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (Reniec) o de las Oficinas Registrales autorizadas, de oficio y en un plazo no mayor de tres días útiles de realizada la anotación de la declaración de paternidad o maternidad, debe asentar una nueva partida o acta de nacimiento, en la cual solo debe consignarse como dato, la referencia a la partida o acta expedida inicialmente o, en su caso, el Código Único de Identificación otorgado al momento de la inscripción.

La finalidad de la norma es proteger la intimidad de las personas reconocidas con posterioridad al acto de inscripción, motivo por el cual una vez asentada la nueva partida o acta de nacimiento, debe expedirse, bajo responsabilidad del

1 Precepto plasmado por el artículo 6.º de la Constitución Política del Estado de 1993.

2 Artículo 6.- La política nacional de población tiene como objetivo difundir y promover la paternidad y maternidad responsables. Reconoce el derecho de las familias y de las personas a decidir. En tal sentido, el Estado asegura los programas de educación y la información adecuados y el acceso a los medios, que no afecten la vida o la salud. Es deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos. Los hijos tienen el deber de respetar y asistir a sus padres.

Todos los hijos tienen iguales derechos y deberes. Está prohibida toda mención sobre el estado civil de los padres y sobre la naturaleza de la filiación en los registros civiles y en cualquier otro documento de identidad.

registrador o funcionario encargado del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil o de las Oficinas Registrales, copia certificada de la nueva partida o acta de nacimiento, salvo que por mandato judicial se disponga lo contrario.

Es importante acotar que en la actualidad se consideran como categorías de la filiación las siguientes: por naturaleza (matrimonial y extramatrimonial), por adopción y por voluntad procreacional (derivada de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida)

En relación a la filiación extramatrimonial, el Código Civil prescribe que los únicos medios de probarla son: el reconocimiento y la sentencia declaratoria de la paternidad o la maternidad; el primero, sujeto a la voluntad del presunto padre o madre, y, el segundo, consecuencia de la valoración positiva del caudal probatorio aportado al proceso de declaración judicial de paternidad extramatrimonial.

La realización del derecho de todo niño³ a gozar de una filiación, y, por tanto de una identidad, ha merecido de parte del legislador nacional como respuesta a las altas cifras de omisión voluntaria de reconocimiento de paternidad acciones concretas.

Entre ellas tenemos que se adicionó a las consabidas formas de reconocimiento de paternidad extramatrimonial que regula el artículo 390.º del Código Civil⁴, la prevista por el último párrafo del artículo 171º del Código de los Niños y Adolescentes, según la cual si en el acto de la audiencia el emplazado reconoce su paternidad, el Juez debe dejar constancia de dicha manifestación y ordenar la inscripción del reconocimiento en la partida de reconocimiento.

Otro esfuerzo es la vigencia en el país desde el año 2005 de la Ley N.º 28457⁵, modificada por las leyes N.º 29821 y 30628, ésta última de reciente data, cuya finalidad es posibilitar una vía procedimental sumamente expeditiva para la determinación, voluntaria o mediante prueba de ADN, del vínculo biológico y por tanto filiatorio entre el padre y el hijo, y, a partir de ello, garantizarle al niño la plena satisfacción de sus necesidades, entre ellas, los alimentos.

II. EL DERECHO A LA IDENTIDAD:

En relación al derecho a la identidad, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha resaltado⁶ que “(...) *la Convención sobre los Derechos del Niño*,

3 Entiéndase también incluidos la niña y el adolescente.

4 Formas de reconocimiento

Artículo 390.- El reconocimiento se hace constar en el registro de nacimientos, en escritura pública o en testamento.

5 Ley que regula el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial.

6 Fundamento jurídico 1123.º de la sentencia recaída en el Caso Fornerón e Hija Vs. Argentina de fecha 27 de Abril de 2012.

en su artículo 8.1, señala que “los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas”. El Tribunal ha reconocido el derecho a la identidad, que puede ser conceptualizado, en general, como el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y, en tal sentido, comprende varios otros derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso. La identidad personal está íntimamente ligada a la persona en su individualidad específica y vida privada, sustentadas ambas en una experiencia histórica y biológica, así como en la forma en que se relaciona dicho individuo con los demás, a través del desarrollo de vínculos en el plano familiar y social. Es por ello que la identidad, si bien no es un derecho exclusivo de los niños y niñas, entraña una importancia especial durante la niñez”.

Conforme a lo reseñado, la “identidad” que ostentamos nos individualiza y distingue de los demás en razón de aquellas características genotípicas y fenotípicas⁷, que sumadas a nuestras cualidades, principios, virtudes, hábitos, entre otros, nos identifica como seres únicos e irrepetibles.

La determinación de la identidad de una persona favorece su reconocimiento jurídico y social dentro de una sociedad como sujeto de derechos. Sobre el tema, el máximo intérprete de la Constitución⁸ precisa lo siguiente:

- >>> 21. Este Tribunal considera que entre los atributos esenciales de la persona, ocupa un lugar primordial el derecho a la identidad consagrado en el inciso 1) del artículo 2º de la Carta Magna, entendido como el derecho que tiene todo individuo a ser reconocido estrictamente por lo que es y por el modo cómo es. Vale decir, el derecho a ser individualizado conforme a determinados rasgos distintivos, esencialmente de carácter objetivo (nombres, seudónimos, registros, herencia genética, características corporales, etc.) y aquellos otros que se derivan del propio desarrollo y comportamiento personal, más bien de carácter subjetivo (ideología, identidad cultural, valores, reputación, etc.).
22. La identidad desde la perspectiva descrita no ofrece, pues, como a menudo se piensa, una percepción unidimensional sustentada en los elementos estrictamente objetivos o formales que permiten individualizar a la persona. Se encuentra, además, involucrada con una multiplicidad de supuestos, que pueden responder a elementos de carácter netamente subjetivos, en muchos casos, tanto o más

7 Genotipo es toda información genética que se encuentra en el ADN. Fenotipo es el conjunto de características observables.

8 EXP. N.º 2273-2005-PHC/TC LIMA.

relevantes que los primeros. Incluso algunos de los referentes ordinariamente objetivos no sólo pueden ser vistos simultáneamente, desde una perspectiva subjetiva, sino que eventualmente pueden ceder paso a estos últimos o simplemente transformarse como producto de determinadas variaciones en el significado de los conceptos

23. Queda claro que cuando una persona invoca su identidad, en principio lo hace para que se la distinga frente a otras. Aun cuando a menudo tal distinción pueda percibirse con suma facilidad a partir de datos tan elementales como el nombre o las características físicas (por citar dos ejemplos), existen determinados supuestos en que tal distinción ha de requerir de referentes mucho más complejos, como puede ser el caso de las costumbres, o las creencias (por citar otros dos casos). El entendimiento de tal derecho, por consiguiente, no puede concebirse de una forma inmediateista, sino necesariamente de manera integral, tanto más cuando de por medio se encuentran planteadas discusiones de fondo en torno a la manera de identificar del modo más adecuado a determinadas personas.⁹

Es relevante destacar, además, que el derecho fundamental a la identidad está vinculado con el principio, a la vez derecho, a la dignidad de la persona humana¹⁰, de allí la obligación del Estado de doblegar esfuerzos para garantizarlo y protegerlo.

9 Fundamentos jurídicos 21.^º y 22.^º de la sentencia recaída en el EXP. N.º 2273-2005-PHC/TC. LIMA.

10 El Tribunal Constitucional Peruano por el fundamento jurídico 4.^º de la sentencia recaída en el EXP. N.º 02101-2011-PA/TC PUNO, respecto del derecho fundamental a la dignidad señala lo siguiente:

"[...] la dignidad de la persona humana constituye un valor y un principio constitucional portador de valores constitucionales que prohíbe, consiguientemente, que aquélla sea un mero objeto del poder del Estado o se le dé un tratamiento instrumental. Pero la dignidad también es un dínamo de los derechos fundamentales; por ello es parámetro fundamental de la actividad del Estado y de la sociedad, así como la fuente de los derechos fundamentales. De esta forma la dignidad se proyecta no sólo defensiva o negativamente ante las autoridades y los particulares, sino también como un principio de actuaciones positivas para el libre desarrollo de la persona y de sus derechos" (STC 10087-2005-PA, fundamento 5).

"[...] la realización de la dignidad humana constituye una obligación jurídica, que no se satisface en la mera técnica de positivización o declaración por el Derecho, sino que los poderes públicos y los particulares deben garantizar el goce de garantías y niveles adecuados de protección a su ejercicio; y es que, la protección de la dignidad es solo posible a través de una definición correcta del contenido de la garantía.

Sólo así, la dignidad humana es vinculante, en tanto concepto normativo que compone el ámbito del Estado social y democrático del Derecho, aunque no comparte la naturaleza claramente determinada de otros conceptos jurídicos –v.gr. propiedad, libertad contractual, etc.– ello no puede llevarnos a colocarla, únicamente, en el plano pre-jurídico o de constructo filosófico. Pues, en la dignidad humana y desde ella, es posible establecerse un correlato entre el "deber ser" y el "ser", garantizando la plena realización de cada ser humano. Este reconocimiento del valor normativo de la dignidad humana, atraviesa por establecer, [...], que en la fundamentación misma de los derechos fundamentales que potencia y orienta los desarrollos dogmáticos y jurisprudenciales, se encuentra la afirmación de la multifuncionalidad que les es inherente, atendiendo a la diversidad de objetivos que pueden perseguir estos derechos en un sistema axiológico pluralista.

Este despliegue en múltiples direcciones inherente a los derechos fundamentales, [...], también se encuentra presente en la dignidad humana, que es comprensiva enunciativamente de la autonomía, libertad e igualdad humana, siendo que todas ellas en sí mismas son necesidades humanas que emergen de la experiencia concreta de la vida práctica [...]" (STC 02273-2005-HC, fundamentos 8 y 9).

En ese sentido, el artículo 6.º del Código de los Niños y Adolescentes prevé que el niño tiene derecho a la identidad, lo que incluye el derecho a tener un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y llevar sus apellidos. El Estado tiene el deber de preservar la inscripción e identidad de los niños, sancionando a los responsables de su alteración, sustitución o privación de conformidad con el Código Penal.

El derecho a la identidad se encuentra reconocido en forma directa o indirecta en diversos instrumentos internacionales de derechos humanos como: la Declaración Universal Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención Americana de Derechos Humanos¹¹, siendo obligación del Estado Peruano proteger, permitir y realizar dicho derecho.

Una manifestación del deber de realizar en la práctica el derecho fundamental a la “identidad”, más aún si este es reclamado por un niño, lo encontramos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, cuando al resolver el EXP. N.º 00550-2008-PA/TC, ponderó el derecho fundamental de un adolescente a la identidad sobre la garantía de la inmutabilidad de la cosa juzgada, en merito de los siguientes argumentos:

- 1) *Toda sentencia firme que pone fin al proceso seguido entre los mismos sujetos procesales con pronunciamiento sobre los mismos hechos tiene la calidad de cosa juzgada; empero, el fallo dictado en el proceso sobre filiación*

11 - Declaración Universal de Derechos Humanos:

Artículo 15.º:

(1) Toda persona tiene derecho a una nacionalidad.

(2) A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiar de nacionalidad.

- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:

Artículo 24 1. Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado. 2. Todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre. 3. Todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad.

Convención sobre los Derechos del Niño:

Artículo 7

1. El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos.

2. Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida.

Artículo 8

1. Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.

2. Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.

Convención Americana sobre los Derechos Humanos:

Artículo 20. Derecho a la Nacionalidad

1. Toda persona tiene derecho a una nacionalidad.

2. Toda persona tiene derecho a la nacionalidad del Estado en cuyo territorio nació si no tiene derecho a otra.

3. A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiarla.

extramatrimonial incoado por doña Regina Pilco Ayala con el objeto de que don René Quenta Calderón reconociera como hijo al adolescente Héctor José Pilco, si bien finaliza el conflicto de intereses de los progenitores, no resuelve el problema del adolescente que por su condición de persona humana constituye el fin supremo de la sociedad y del Estado y goza de una especial protección conforme lo disponen la Constitución y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, teniendo, por tanto, derecho a su identidad.

- 2) En el caso concreto, si bien es innegable que en el proceso sobre filiación extramatrimonial (Exp. N.º 150-95) y en el proceso de filiación judicial de paternidad extramatrimonial (Exp. N.º 2005-1416), entablados por doña Regina Pilco Ayala, concurren todos los elementos que configuran la triple identidad a que se refiere el artículo 452.º del Código Procesal Civil, lo cierto es que al existir nuevas formas de acreditar la pretensión como la prueba de ADN que no existía cuando se archivó el primer proceso, es atendible priorizar el derecho a la identidad y el interés superior del niño frente a la inmutabilidad que le asiste a la cosa juzgada.
- 3) Debe ponderarse que de un lado se tiene el derecho del adolescente que pretende conocer a su progenitor y llevar su apellido, y, de otro el derecho del padre a que se respete la inalterabilidad y definitividad que le asiste al fallo expedido en un proceso anterior.
- 4) Si bien la cosa juzgada es importante, esta institución no puede superponerse al derecho a la identidad reclamado por el adolescente, más aún la especial protección que regula el artículo 4.º de la Norma Fundamental, que impone al Estado el deber de adoptar las medidas correspondientes para garantizar el bienestar físico, psíquico, moral, intelectual, espiritual y social de la persona, siendo inevitable la incidencia sobre el proyecto de vida, cuando no se descarta o establece a cabalidad el vínculo parental entre una persona y su presunto progenitor.

III. EL DERECHO AL PROYECTO DE VIDA:

La Corte Interamericana de Derechos Humanos desarrolló por primera vez la esencia del derecho al proyecto de vida al resolver el caso Loayza Tamayo vs. Perú¹².

Así, se enfatizó que “(...) este concepto ha sido materia de análisis por parte de la doctrina y la jurisprudencia recientes. Se trata de una noción distinta del “daño emergente” y el “lucro cesante”. Ciertamente no corresponde a la

12 Caso Loayza Tamayo Vs. Perú. Sentencia de Fondo de fecha 17 de septiembre de 1997 y sentencia de Reparaciones y Costas de fecha 27 de noviembre de 1998.

afectación patrimonial derivada inmediata y directamente de los hechos, como sucede en el “daño emergente”. Por lo que hace al “lucro cesante”, corresponde señalar que mientras éste se refiere en forma exclusiva a la pérdida de ingresos económicos futuros, que es posible cuantificar a partir de ciertos indicadores mensurables y objetivos, el denominado “proyecto de vida” atiende a la realización integral de la persona afectada, considerando su vocación, aptitudes, circunstancias, potencialidades y aspiraciones, que le permiten fijarse razonablemente determinadas expectativas y acceder a ellas. El “proyecto de vida” se asocia al concepto de realización personal, que a su vez se sustenta en las opciones que el sujeto puede tener para conducir su vida y alcanzar el destino que se propone. En rigor, las opciones son la expresión y garantía de la libertad. Difícilmente se podría decir que una persona es verdaderamente libre si carece de opciones para encaminar su existencia y llevarla a su natural culminación. Esas opciones poseen, en sí mismas, un alto valor existencial. Por lo tanto, su cancelación o menoscabo implican la reducción objetiva de la libertad y la pérdida de un valor que no puede ser ajeno a la observación de esta Corte. En el caso que se examina, no se trata de un resultado seguro, que haya de presentarse necesariamente, sino de una situación probable --no meramente posible-- dentro del natural y previsible desenvolvimiento del sujeto, que resulta interrumpido y contrariado por hechos violatorios de sus derechos humanos. Esos hechos cambian drásticamente el curso de la vida, imponen circunstancias nuevas y adversas y modifican los planes y proyectos que una persona formula a la luz de las condiciones ordinarias en que se desenvuelve su existencia y de sus propias aptitudes para llevarlos a cabo con probabilidades de éxito. En tal virtud, es razonable afirmar que los hechos violatorios de derechos impiden u obstruyen seriamente la obtención del resultado previsto y esperado, y por ende alteran en forma sustancial el desarrollo del individuo. En otros términos, el “daño al proyecto de vida”, entendido como una expectativa razonable y accesible en el caso concreto, implica la pérdida o el grave menoscabo de oportunidades de desarrollo personal, en forma irreparable o muy difícilmente reparable. Así, la existencia de una persona se ve alterada por factores ajenos a ella, que le son impuestos en forma injusta y arbitraria, con violación de las normas vigentes y de la confianza que pudo depositar en órganos del poder público obligados a protegerla y a brindarle seguridad para el ejercicio de sus derechos y la satisfacción de sus legítimos intereses. Por todo ello, es perfectamente admisible la pretensión de que se repare, en la medida posible y con los medios adecuados para ello, la pérdida de opciones por parte de la víctima, causada por el hecho ilícito. De esta manera la reparación se acerca más aún a la situación deseable, que satisface las exigencias de la justicia: plena atención a los perjuicios causados ilícitamente, o bien, puesto en otros términos, se aproxima al ideal de la restitutio in integrum. En el caso de la

víctima, es evidente que los hechos violatorios en su contra impidieron la realización de sus expectativas de desarrollo personal y profesional, factibles en condiciones normales, y causaron daños irreparables a su vida, obligándola a interrumpir sus estudios y trasladarse al extranjero, lejos del medio en el que se había desenvuelto, en condiciones de soledad, penuria económica y severo quebranto físico y psicológico. Obviamente, este conjunto de circunstancias, directamente atribuibles a los hechos violatorios que ha examinado esta Corte, han alterado en forma grave y probablemente irreparable la vida de la señora Loayza Tamayo, e impedido que ésta alcance las metas de carácter personal, familiar y profesional que razonablemente pudo fijarse”¹³.

Acorde a lo señalado por la Corte Interamericana, el proyecto de vida de una persona está directamente vinculado con su realización personal y por tanto con su desarrollo integral, cumplimiento de objetivos, planes, deseos, expectativas, etc.

En el caso de los niños, dicho proyecto de vida debe concretarse desde la perspectiva de su “desarrollo holístico” conforme así lo precisa el Comité de los Derechos del Niño por la Observación General N.º 14¹⁴.

El ilustre jurista Carlos Fernández Sesarego considera que “(...) el proyecto de vida puede frustrarse o sufrir menoscabos, tropiezos o retardos, ya sea por causas imputables al mundo interior o psicosomático de la persona o por aquellas provenientes del mundo exterior, es decir, de los “otros” y de las cosas. Puede ser que la frustración o menoscabo del proyecto de vida provenga de la propia envoltura psicosomática, del soma o cuerpo o del psiquismo. Puede suceder también que la frustración o menoscabo del proyecto de vida tenga su origen en los demás seres humanos, con los cuales se coexiste, o de las cosas del mundo”¹⁵.

IV. DAÑO MORAL. RESARCIMIENTO POR OMISIÓN DEL RECONOCIMIENTO DE PATERNIDAD Y MATERNIDAD EXTRAMATRIMONIAL:

Daño moral es la lesión a cualquier sentimiento de la víctima considerado socialmente legítimo¹⁶. Felipe Osterling Parodi,¹⁷ expresa que cuando una persona sufre un daño en su patrimonio o en un bien extrapatrimonial el responsable del perjuicio asume el deber de resarcirlo.

La responsabilidad civil requiere de “un hecho causante y un daño causado por ese hecho; es decir, que el hecho sea la causa y el daño su consecuencia, por lo

13 Fundamentos jurídicos 147.º - 151.º de la sentencia de Reparaciones y Costas de fecha 27 de noviembre de 1998.

14 El Comité espera que los Estados interpreten el término “desarrollo” como “concepto holístico que abarca el desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social del niño” (Observación general N.º 5, párr. 12).

15 El daño al “proyecto de vida” en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

16 TABOADA CORDOVA, Lizardo. *Elementos de la responsabilidad civil*. Editora Jurídica Grijley EIRL. Lima. 2003.

17 OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. *Tratado de las Obligaciones*, Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Cuarta Parte Tomo X. Lima. 2003.

que entre hecho y daño debe de haber una relación de causalidad, pero esa relación debe ser inmediata y directa, esto es que el daño sea una consecuencia necesaria del hecho causante”¹⁸.

El Código Civil Peruano regula el daño moral derivado de la responsabilidad civil extracontractual en los siguientes artículos:

>>> Artículo 1984.º:

El daño moral es indemnizado considerando su magnitud y el menoscabo producido a la víctima o a su familia.

>>> Artículo 1985.º

La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido. El monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño.

En dicho contexto, corresponde preguntarnos si *¿la omisión del reconocimiento de paternidad o maternidad extramatrimonial constituye un daño susceptible de ser indemnizado?*

La respuesta a dicha interrogante la encontramos, a nuestro criterio, desde el análisis de los cuatro presupuestos de la responsabilidad civil:

a) ANTIJURICIDAD O ILICITUD:

Se entiende como el acto o la omisión de una norma prevista por el ordenamiento jurídico. En materia de filiación y determinación de la identidad de un niño resultan aplicables las normas que a continuación se precisan, las que son omitidas por quien no reconoce voluntariamente su paternidad o maternidad:

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ:

>>> Artículo 2.- *Toda persona tiene derecho:*

1. *A la vida, a su **identidad**, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece.*

>>>Artículo 6.- *La política nacional de población tiene como objetivo difundir y promover la paternidad y maternidad responsables. Reconoce el derecho de las familias y de las personas a decidir. En tal sentido, el Estado asegura los programas de educación y la información adecuados y el acceso a los medios, que no afecten la vida o la salud.*

18 Op. Cit.

Es deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos. Los hijos tienen el deber de respetar y asistir a sus padres.

Todos los hijos tienen iguales derechos y deberes. Está prohibida toda mención sobre el estado civil de los padres y sobre la naturaleza de la filiación en los registros civiles y en cualquier otro documento de identidad.

- CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES:

>>>Artículo 6.- A la identidad.-

El niño y el adolescente tienen derecho a la identidad, lo que incluye el derecho a tener un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y llevar sus apellidos. Tienen también derecho al desarrollo integral de su personalidad.

Es obligación del Estado preservar la inscripción e identidad de los niños y adolescentes, sancionando a los responsables de su alteración, sustitución o privación ilegal, de conformidad con el Código Penal.

En caso de que se produjera dicha alteración, sustitución o privación, el Estado restablecerá la verdadera identidad mediante los mecanismos más idóneos.

Cuando un niño o adolescente se encuentren involucrados como víctimas, autores, partícipes o testigos de una infracción, falta o delito, no se publicará su identidad ni su imagen a través de los medios de comunicación.

>>>Artículo 7.º:

Los niños son inscritos en el Registro del Estado Civil correspondiente **por su padre, madre o el responsable de su cuidado, inmediatamente después de su nacimiento.** De no hacerlo en el plazo de treinta días, se procederá conforme con lo prescrito en el Título VI de la Ley Orgánica del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil.

En el certificado de nacimiento vivo constará la identificación dactilar de la madre y la identificación pelmatoscópica del recién nacido, además de los datos que corresponde a la naturaleza del documento.

La dependencia a cargo del registro extenderá, bajo responsabilidad y en forma gratuita, la primera constancia de nacimiento dentro de un plazo que no excederá las veinticuatro horas desde el momento de su inscripción.

>>> Artículo 171.- Actuación

Iniciada la audiencia se pueden promover tachas, excepciones o defensas previas que serán absueltas por el demandante.

Seguidamente, se actuarán los medios probatorios. No se admitirá reconvencción.

Concluida su actuación, si el Juez encuentra infundadas las excepciones o defensas previas, declarará saneado el proceso y seguidamente invocará a las partes a resolver la situación del niño o adolescente conciliatoriamente.

Si hay conciliación y ésta no lesiona los intereses del niño o del adolescente, se dejará constancia en acta. Ésta tendrá el mismo efecto de sentencia.

Si durante la audiencia única el demandado aceptara la paternidad, el Juez tendrá por reconocido al hijo. A este efecto enviará a la Municipalidad que corresponda, copia certificada de la pieza judicial respectiva, ordenando la inscripción del reconocimiento en la partida correspondiente, sin perjuicio de la continuación del proceso.

Si el demandado no concurre a la audiencia única, a pesar de haber sido emplazado válidamente, el Juez debe sentenciar en el mismo acto atendiendo a la prueba actuada.”

CÓDIGO CIVIL:

>>>Artículo 387.º:

El reconocimiento y la sentencia declaratoria de la paternidad o la maternidad son los únicos medios de prueba de la filiación extramatrimonial.

>>> Artículo 388.º:

El hijo extramatrimonial puede ser reconocido por el padre y la madre conjuntamente o por uno solo de ellos.

>>>Artículo 390.º:

El reconocimiento se hace constar en el registro de nacimientos, en escritura pública o en testamento.

>>>Artículo 391.º:

El reconocimiento en el registro puede hacerse en el momento de inscribir el nacimiento o en declaración posterior mediante acta firmada por quien lo practica y autorizada por el funcionario correspondiente.

Dicho reconocimiento o sentencia declaratoria de la paternidad o maternidad obliga a asentar una nueva partida o acta de nacimiento, de conformidad con el procedimiento de expedición de esta.

Como es de advertir, el ordenamiento jurídico nacional ratifica el deber de todo padre y madre de reconocer en forma responsable y voluntaria su paternidad o maternidad, lo cual resultaría, incluso innecesario, pues al ser resultado de la procreación, debiera merecer una actuación espontáneo, más aún el vínculo genético existente con el hijo.

b) IMPUTABILIDAD:

La atribución de responsabilidad se sustenta en la culpa del agente; no

existe responsabilidad sin culpa. En consecuencia, aquel que a sabiendas que es padre o madre de un niño e intencionalmente omite reconocerlo con arreglo a las formalidades exigidas por ley, incurre en responsabilidad civil sujeta a resarcimiento.

c) DAÑO:

La daño es el factor determinante de la responsabilidad; sin daño no existe razón para el resarcimiento.

El notable jurista Felipe Osterling Parodi¹⁹ al absolver la pregunta *¿Cuándo se puede solicitar la indemnización por daño moral?* sostiene lo siguiente:

“(...) Para que se pueda resarcir el daño moral se deben cumplir ciertos requisitos. Al tratarse, como ya se ha mencionado, de un daño no patrimonial, no se puede saber a ciencia cierta quiénes son aquellos que han padecido dicho agravio, debido a la naturaleza extra patrimonial del mismo que dificulta su probanza. Resulta entonces necesario establecer quiénes podrían ser titulares del derecho de exigir la reparación monetaria. Así, se debe presentar una relación de causalidad entre el daño y el acto ilícito. Quien vaya a efectuar la reparación deberá hacerlo por los efectos de sus actos y por nada más. No se puede hacer responsable a una persona por daños que no deriven de sus acciones. En segundo lugar, el daño debe ser cierto. Esto no quiere decir que el daño tenga que probarse; basta simplemente que la víctima acredite la acción antijurídica y la titularidad del accionante. Además, el daño debe ser personal al accionante, es decir, solo quien lo sufre puede reclamarlo; debido a que el daño moral es de carácter personalísimo, nadie puede alegar un sufrimiento que no ha padecido. La reparación no tiene por objeto restablecer un valor económico menoscabado, sino ofrecer una satisfacción a quien ha sufrido de manera íntima. Finalmente, se necesita que quien lo invoque pueda ser considerado como un “damnificado” en sentido jurídico. De esto se desprende que se debe establecer quiénes resultan titulares de la acción de indemnización, puesto que de ser todos aquellos los que sufren el agravio, la multiplicidad de damnificados (familiares, pareja, amigos, etc.) perjudicaría devastadoramente al responsable, desvirtuando el sentido de justicia destinado a la indemnización. Respecto a esto último, ello representa un peligro para el responsable, ya que la relación de personas que se puedan ver afectadas moralmente por un hecho puede resultar inmensa, perjudicando económicamente de manera exagerada a quien deba efectuar la reparación”.

19 Op. Cit.

Para determinar el daño en casos como el planteado, debemos tener en cuenta que el no reconocimiento de paternidad o maternidad de un niño vulnera directamente los derechos de este último al goce de una filiación y como consecuencia de ello, al disfrute y pleno ejercicio de una identidad y proyecto de vida futuro.

Efectivamente, el niño sufre directamente las consecuencias del rechazo paterno o materno, pues se trunca su derecho a desarrollarse en forma integral, en el marco de su reconocimiento como persona humana y sujeto de derechos. Su identidad, tanto estática como dinámica y su dignidad se ve conculcada justamente por aquel (padre o madre) que en mayor grado tiene el deber de protegerlo, atenderlo y amarlo, exponiéndose su proyecto de vida a una frustración que muy difícilmente puede ser superada.

d) RELACIÓN DE CAUSALIDAD:

En términos generales, la responsabilidad civil extracontractual deriva de la relación de causalidad entre el daño y el acto ilícito; ello exige una relación directa entre la acción u omisión y la afectación generada. El daño, como se reitera en doctrina, debe ser consecuencia necesaria del hecho causante.

En ese sentido, debemos insistir en que tanto el padre como la madre de un niño deben en forma responsable reconocer voluntariamente su paternidad o maternidad y ejercer satisfactoriamente la responsabilidad parental derivada de la filiación extramatrimonial así establecida. No hacerlo implica una omisión y afectación grave a los derechos e intereses del hijo que merece ser resarcida.

Al respecto, es importante resaltar que en la jurisprudencia comparada se han amparado pretensiones resarcitorias por hechos como los analizados, lo que debiera ser emulado por la justicia nacional²⁰.

V. CONCLUSIÓN:

La omisión del reconocimiento de paternidad o maternidad del hijo extramatrimonial irroga un irreversible daño moral al hijo que debe ser resarcido. El atentado a derechos fundamentales como la identidad, dignidad humana y proyecto de vida de una persona, más aún si es un niño, no pueden pasar

²⁰ Argentina:

- CAUSA Nº 49.237 - "R., M. DEL C. C/ E., I. S/ Reclamación De Filiación Extramatrimonial" - Cámara De Apelaciones En Lo Civil Y Comercial De Azul (Buenos Aires) - Sala II - 04/05/2006.
- Partes: B. L. A. c/ B. R. A. s/ daño moral. Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil Sala/Juzgado: D. Fecha: 17-oct-2016

desapercibidos y menos ser atendidos por la justicia nacional. El interés superior del niño que recoge el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes, cuyo sustento es la Convención sobre los Derechos del Niño, exige una actuación diligente y oportuna de parte del Estado, no solo desde la perspectiva de las acciones a adoptar para garantizar que más niños cuenten con una filiación y por ende con una identidad, sino también desde el resarcimiento por el daño causado en atención a su real magnitud. El Estado no puede asumir una actitud pasiva frente a la alta cifra de paternidad irresponsable, pues en juego se encuentra el futuro de la infancia del país.

INSTITUCIÓN FAMILIAR. LA FILIACIÓN DESDE UNA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL

Benjamín Aguilar Llanos

La familia reconocida por todos como célula básica de toda sociedad, lugar donde el ser humano inicia su proceso de socialización, y en donde la persona será acompañada en toda su fase evolutiva, y por ende merecedora de la sociedad de la que forma parte, de que ésta genere las condiciones favorables para que pueda cumplir con sus objetivos, principalmente el de transmisión de la vida, educación de los hijos, y cultivo de los valores de respeto, consideración, estima, solidaridad, tolerancia; ahora bien, la familia en cuanto a su origen, no tiene como única fuente el matrimonio, en tanto que existen otras formas familiares, como el concubinato o uniones de hecho a la par de las llamadas familias monoparentales, ensambladas, entre otras.

La Constitución peruana, establece la obligación del Estado y sociedad de proteger a la familia, y es aquí donde, surge la primera interrogante, respecto del grupo familiar, al que se está refiriendo la Constitución, en atención a estas nuevas formas de familia, que se van generando por los cambios que se dan dentro de la sociedad en donde se desenvuelve la familia.

El Tribunal Constitucional, órgano máximo y fiel intérprete de la Constitución, a través de sus resoluciones, va sentando precedente, respecto del cómo entender la obligación del Estado en la protección de la familia, a qué grupo familiar hay que atender, y dando respuesta a esas interrogantes, este tribunal, señala que la protección no sólo debe circunscribirse a las familias matrimoniales, sino a todas aquellas formas familiares, en donde se dan los elementos sustantivos como la comunidad de vida, intereses comunes entre sus miembros y en buena medida el parentesco que los une. El Tribunal Constitucional, igualmente a través de sus resoluciones, ha resaltado la importancia y trascendencia de la filiación, como un derecho humano de la persona de conocer quiénes son sus ancestros, esto es, llegar a establecer una relación paterno filial, o materno filial.

El artículo pretende abarcar estos temas y en particular una institución que tiene una conexión muy estrecha con el origen de la familia, esto es, la filiación que

da lugar al parentesco, que mayoritariamente se encuentra entre los integrantes de un núcleo familiar. El lector sacará sus propias conclusiones respecto de la familia, el deber del Estado de protegerla, que no hay un único tipo de familia y la necesidad de consignar la filiación en la Constitución como un derecho humano, fundamental de la persona, derecho independiente y autónomo del derecho a la identidad.

INTRODUCCIÓN.-

En el ámbito del Derecho de Familia, uno de los temas que más se discute es el concepto de la institución familiar, y ello debido precisamente a que ningún instrumento nacional o internacional, nos proporciona un concepto único de familia, más aún ni siquiera nos ofrecen una definición de familia, y así por ejemplo podemos ver como a nivel de nuestro país, la Constitución Peruana, en su artículo 4, impone al Estado y Sociedad, el deber de proteger a la familia, pero no nos dice qué es la familia, o cuál es el grupo familiar, o grupos familiares a los que se debe proteger, por otro lado, el código civil, el código de los niños y adolescentes, tampoco definen a la familia, y ello igualmente ocurre con los tratados internacionales que aluden a la institución familiar, así tenemos que La Convención Interamericana de Derechos Humanos, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, entre otros, tampoco nos dan un concepto de familia, es por ello que adquiere importancia el Tribunal Constitucional Peruano, órgano supremo de interpretación de la Constitución, cuando al abordar temas familiares, van señalando un derrotero para entender qué es una familia, si es que existe un único grupo a quien se puede llamar familia, o es que existen grupos de familia.

La familia al ser una entidad que se desenvuelve dentro de una sociedad, va recibiendo las influencias que se dan dentro de este entorno social, el mismo que no es estático, sino mas bien dinámico, cambiante, y por ello, el fenómeno familia, también viene a ser una entidad que en el transcurso del tiempo y con los cambios que se dan en la sociedad, resulta ser dinámica, cambiante, siendo así, no podemos atrevernos a dar un concepto unívoco de familia. Sin embargo encontramos elementos consustanciales que nos acercan al fenómeno familiar, como es la convivencia permanente entre los integrantes de esta comunidad de personas, y los intereses comunes que en ella se dan; a esta comunidad de vida el código civil la denomina cohabitación, que no es otra que vivir bajo un mismo techo y compartir intereses comunes, sumado a ello podemos adicionar otro elemento que generalmente se encuentra en los grupos familiares, esto es el parentesco, es decir, la relación familiar que existe entre dos o más personas. Parentesco que es tomado en cuenta para el derecho a fin de tratar las relaciones familiares, tal como lo hace nuestro código civil.

FAMILIA, IGLESIA Y SOCIEDAD.-

En un pueblo como el peruano, con una gran mayoría que profesa la fe católica, no debe pasar por alto, el concepto que maneja nuestra Iglesia Católica sobre los temas familiares, razón por la cual brevemente analizaremos dos documentos referidos exclusivamente a temas de familia. Veamos.

En 1981, el Papa Juan Pablo II a través de la Exhortación Apostólica Familiaris Consortio se dirige al Episcopado, al Clero y a los fieles de toda la Iglesia sobre la misión de la Familia Cristiana en el mundo actual, y en este valioso e ilustrativo documento, nos da una pauta para entender lo que es la familia desde el punto de vista cristiano, y así nos dice que la familia fundada y vivificada por el amor es una comunidad de personas, del hombre y de la mujer esposos, de los padres y de los hijos, de los parientes y le señala cuatro cometidos generales: formación de una comunidad de personas; servicio a la vida; participación en el desarrollo de la sociedad y participación en la vida y misión de la Iglesia. Queda claro para la doctrina católica, que la fundación de la familia es el matrimonio entre un hombre y una mujer y que según el designio de Dios, el matrimonio es el fundamento de la comunidad más amplia de la familia, ya que la institución misma del matrimonio y amor conyugal están ordenados a la procreación y educación de la prole (fines del matrimonio) en la que encuentran su coronación.

Familiaris Consortio, pese a que se da en el año de 1981, describe los factores negativos que encuentra la familia para poder cumplir su cometido, y que en el siglo XXI, esos mismos factores siguen presentes como obstáculos a superar para cumplir la misión de la familia, factores como una equivocada concepción teórica y práctica de la independencia de los cónyuges entre sí, las graves ambigüedades acerca de la relación de autoridad entre padres e hijos, el número cada vez más de divorcios, la plaga del aborto, el recurso cada vez más frecuente de la esterilización, la dificultad (sobre todo por la presencia negativa de los mensajes de los medios de comunicación social) en la transmisión de los valores, todo ello ha llevado a plantearse el tema de la crisis de la familia, desconociendo que muchas veces esta llamada crisis, es generada por factores externos a ella.

En 1983, la Santa Sede presenta la Carta de los Derechos de la familia, a todas las personas, instituciones y autoridades interesadas en la misión de la familia en el mundo contemporáneo, en particular a los gobiernos del mundo, dándoles un derrotero a seguir al legislar sobre la institución familiar. Importante la Carta, pues no se limita a consignar derechos en el ámbito exclusivamente religioso, sino que abarca derechos civiles sobre la familia, como la igualdad del hombre y la mujer, la igualdad de los hijos, el derecho a fundar una familia, la obligación de la sociedad, de crear las condiciones adecuadas para que las personas puedan crear familia. En la Carta se señala que la familia, es una sociedad natural y que existe antes que el Estado o cualquier otra comunidad y posee unos derechos

propios que son inalienables; es una comunidad de amor y de solidaridad insustituible para la enseñanza y transmisión de los valores culturales, éticos, sociales, espirituales y religiosos. Obsérvese como esta Carta de los Derechos de la Familia, consigna derechos recogidos por nuestra Constitución de 1979 y luego la de 1993, tales como la igualdad de la mujer y hombre ante la ley, que ha tenido una repercusión inmensa en las relaciones familiares reguladas por el código, dejándose de lado la potestad marital que gobernaban todas estas relaciones familiares en los códigos civiles de 1852, y 1936, así mismo la igualdad de los hijos, conquista justa recogida por nuestras constituciones, como una suerte de evitar desigualdades odiosas y discriminaciones entre los hijos nacidos de un matrimonio, respecto de aquellos habidos de relaciones extramatrimoniales.

FAMILIA A LA LUZ DE LAS ÚLTIMAS CONSTITUCIONES, LA DE 1933, 1979 Y 1993.-

La Constitución de 1933, sólo dedicó dos artículos, para, en forma indirecta referirse a la familia, así tenemos el artículo 51 refería que “ el matrimonio, la familia y la maternidad están bajo la protección de la ley”; como es de verse no hubo mención alguna, a que esta protección de la familia debía recaer en el Estado, y por cierto, no hubo definición del término familia; el artículo 52 señalaba que era deber del Estado la defensa de la salud, física, mental y moral de la infancia.

La Constitución de 1979, fue la que más atención le puso a la familia, e incluso en el preámbulo se señala que la familia es célula básica de la sociedad y raíz de su grandeza, así como ámbito natural de la educación y la cultura. Esta Constitución le dedicó todo un capítulo a la familia; dentro de los aportes importantes que han trascendido, reconoció el deber del Estado y la Sociedad de proteger a la familia, así mismo declara la igualdad de los hijos, no interesando si provienen de familias matrimoniales o no, también reconoce la igualdad de la mujer y el hombre ante la ley, y la unión de hecho como fuente generadora de familia, concediéndoles en lo que se refiere al aspecto económico, trato equiparable a la sociedad de gananciales que nace con el matrimonio entre otros, sin embargo como ya lo hemos dejado establecido no define qué es familia sino que se circunscribe a establecer la obligación de la sociedad y Estado de proteger a la familia, y a continuación señala igualmente la protección del matrimonio.

La Constitución de 1993, ya no le dedica un título a la familia, sino más bien, la recoge dentro de los derechos sociales y económicos, resaltando el deber del Estado de protegerla y promover el matrimonio, reiterando la igualdad de los hijos e igualdad ante la ley del hombre y la mujer, así como el reconocimiento de la unión de hecho como fuente de familia, pero sólo para equipararla económicamente a la sociedad de gananciales que nace con el matrimonio.

Observamos cómo ha ido evolucionando el tratamiento legal de la familia, sin embargo notamos que aún faltan reconocer derechos afines a la familia,

como es el caso del derecho a fundar una familia, qué curiosamente no lo trae nuestra Constitución, pero si es reconocido por los tratados internacionales y como ya lo hemos mencionado también por Familiaris Consortio, o el derecho a una filiación, que se infiere, o deduce de la interpretación que se da al derecho a la identidad, en la medida que toda persona tiene el derecho de conocer quiénes son sus ancestros, sin embargo es necesario que la filiación sea regulado como un derecho autónomo, independiente, y derecho fundamental de la persona humana, o la incorporación al texto constitucional del principio del interés superior del niño y adolescente, y la extensión de los derechos no sólo en el plano económico, sino también en lo personal, de las familias no matrimoniales, entre otros.

PROTECCIÓN DE LA FAMILIA POR PARTE DEL ESTADO Y LA SOCIEDAD.-

Pese a que desde 1919 con la Constitución de Weimar se reconoce el deber del Estado de proteger a sus familias, y con ello, trazó un derrotero a seguir por las demás constituciones del mundo, recién en Perú, son las constituciones de 1979 y la de 1993, que imponen al Estado y Sociedad la protección de la familia, sin embargo habría que preguntarse si esta obligación está siendo cumplida, y en todo caso, cómo se traduce esta protección; sobre el particular, resaltamos dos documentos legales que giran en torno a este tema, uno es el Acuerdo Nacional que data del año 2002, estableciendo políticas de Estado, que rebasan a los gobiernos, y dentro de éstas, encontramos la Décima Sexta Política de Estado, en donde se señala el objetivo de esta política, que es la de Fortalecer la familia, promover el matrimonio, erradicar las diversas formas de violencia familiar, y el otro documento importante es el Plan Nacional de Apoyo a la familia del 2005. Ambos instrumentos delimitan las actividades, estrategias y metas para lograr el llamado fortalecimiento de la familia; ahora bien, pasados varios años desde la aparición de estos instrumentos legales, diremos que si bien es cierto hay voluntad en tratar los temas de familia, también lo es que no se han generado las condiciones para poder implementar de una manera eficiente los programas favor de la familia, y esto lo comprobamos con un solo ejemplo, como es la tarea de erradicar la violencia familiar, que como es de conocimiento público, en el presente, no ha disminuido sino todo lo contrario ha aumentado, e incluso se han generado nuevas formas cada vez más mortales como el feminicidio. Queda tareas urgentes por verificar, y que no sólo debe quedar como responsabilidad de los gobiernos, sino de toda la sociedad entera.

EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL COMO ENTIDAD SUPREMA DE LA INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN.-

Se ha señalado que no hay un concepto único de familia, más aún no hay una definición de familia, entonces cabe plantearse el tema, referido a la obligación

del Estado y Sociedad de proteger a la familia, pero a qué grupo familiar es el que debe protegerse, a aquel que nace del matrimonio, obviamente que sí, pero no es el único, porque sabido es que la familia en el Perú, no tiene como única fuente el matrimonio, en tanto que hay familias generadas en la unión de hecho, llamado concubinato, y a estas familias, también se les debe proteger, pero no sólo a ellos, el tiempo y los factores que han aparecido en nuestra sociedad, nos traen nuevas formas de familia, como las monoparentales, o las llamadas familias ensambladas. En tanto que la Constitución no menciona un único grupo a quien considerar familia, es el Tribunal Constitucional, como órgano supremo para interpretar la Constitución, el que nos está marcando el camino para saber a qué grupos familiares son los que se debe dirigir la protección del Estado, y es así que a través de sus resoluciones va sentando las bases para conocer cuándo estamos ante una familia, como tal. No debería llamarnos la atención de que un Tribunal de la más alta importancia como es el Tribunal Constitucional, toque temas de familia, sin embargo antes no lo había hecho, y ahora se ocupa de esta comunidad de personas, y creo que ello se da, debido a la importancia negada hasta ahora, de la institución familiar, y así lo reconocen los textos constitucionales, cuando en sus preámbulos, consideran a la familia, como “célula básica de la sociedad y raíz de su grandeza, así como ámbito natural de la educación y la cultura” (Constitución de 1979), o “... protegen a la familia y el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad” (artículo 4 de la Constitución de 1993). Además en el presente, la sociedad peruana atraviesa una serie crisis de ausencia de valores que propicia que la violencia se haya institucionalizado en nuestra sociedad, entonces se hace necesario rescatar estos valores, de los que nos habla Familiaris Consortio y la Carta de los Derechos de la Familia, y precisamente en ese orden de ideas es que, desde nuestro punto de vista, debe inspirarse el Tribunal Constitucional para que a través de sus resoluciones comiencen a plantearse temas de familia desde una perspectiva social.

CLASES DE FAMILIA, O NUEVOS GRUPOS FAMILIARES CONSIDERADOS COMO TALES POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.-

Se encuentra superada la idea de que la familia tiene como única fuente el matrimonio, claro está que es lo deseado, pero la realidad nos dice que existen otras fuentes generadoras de familia, y en esa medida, y pese a que los instrumentos legales nacionales, tales como la Constitución, la Política Nacional de Población, opten por la familia matrimonial, al punto tal que la misma Constitución refiere luego de señalar el deber del Estado de proteger a la familia, el deber de promocionar el matrimonio, en una suerte de enlazar familia con matrimonio, o la política nacional de población, en donde claramente señalan esta opción y protección de la familia matrimonial; ahora bien, constatando la

realidad es que el Tribunal Constitucional se ocupa de otros grupos familiares, sin descuidar a las familias matrimoniales.

Familias ensambladas, reconstruidas, recompuestas o, de segundas nupcias o familiastras.-

Se dice de las familias, en donde la pareja, uno de ellos o ambos llevan hijos a esta nueva relación, y luego nacen hijos de la pareja, y ello se da por divorcio, nulidad de matrimonio, viudez, o rompimiento de la vida en común de una unión de hecho. El Tribunal amplía la protección constitucional de la familia, ante posibles daños y amenazas provenientes no sólo del Estado sino también de la comunidad y de los particulares. Así lo recoge la sentencia recaída en el expediente **09332-2006 PA/TC**, al pronunciarse sobre los derechos y deberes entre un cónyuge o conviviente y los hijos del otro, y que el hijastro forma parte de esta nueva estructura familiar y considera arbitrario y contrario a la Constitución realizar cualquier diferencia entre hijastros e hijos del cónyuge o conviviente, por lo tanto no es posible diferenciar entre los hijos y los hijos afines de la familia ensamblada, pues ello constituiría una violación al derecho de igualdad de los hijos, reconocidos por nuestra Constitución Peruana.

Sin perjuicio de lo señalado, el Tribunal Constitucional en esta resolución, reconoce distintas formas de familia, y así nos los hace conocer al señalar lo siguiente “ Desde una perspectiva constitucional, debe indicarse que la familia al ser un instituto natural, se encuentra inevitablemente a merced de los nuevos contextos sociales. Así cambios sociales y jurídicos, tales como la inclusión social y laboral de la mujer, la regulación del divorcio y su alto grado de incidencia, las grandes migraciones hacia las ciudades entre otros aspectos, han significado un cambio en la estructura de la familia tradicional nuclear, conformada alrededor de la figura del pater familia. Consecuencia de ello es que se han **GENERADO FAMILIAS CON ESTRUCTURAS DISTINTAS A LA TRADICIONAL, COMO SON LAS SURGIDAS DE LAS UNIONES DE HECHO, LAS MONOPARENTALES O LAS QUE EN DOCTRINA SE HAN DENOMINADO FAMILIAS RECONSTITUIDAS**”.

Familias monoparentales.-

Habiendo tratado el tema de las familias reconstituidas, y en el siguiente acápite se trata a la familia concubinaria, queda por definir a las familias monoparentales, las mismas que sólo tienen un “ jefe de familia” sea el padre, o mayoritariamente la madre, que está al frente del hogar con hijos, que dependen de ella, y ello ha ocurrido, por viudez, por separación legal o divorcio, o simplemente por el hecho del abandono, y en consecuencia asumen los roles de padre y madre. Estas familias, son las que deberían ser privilegiadas en la atención del Estado, en la medida en que se encuentran

en desventaja con respecto a las familias, en donde están presentes el padre y la madre; ahora bien, con pesar debemos decir que cada vez más constatamos que en nuestra sociedad, van creciendo el número de estas familias monoparentales, y que demandan una atención urgente, no sólo en el plano económico, sino también en la prevención vía la educación, para que este fenómeno vaya disminuyendo y ojalá logremos su desaparición, y así estaremos actuando en consonancia con lo que es el objetivo del acuerdo nacional, de fortalecer a la familia. Como referencia adicional a estas familias monoparentales, existe proyecto de reforma constitucional, en donde, en el tema de familia, se alude expresamente a este tipo de familias, y se sugiere un tratamiento especial por parte del Estado.

El concubinato o uniones de hecho como fuente generadora de derechos y deberes familiares.-

La unión de hecho entre un hombre y una mujer, que viven juntos compartiendo techo, mesa y lecho, incluso con hijos comunes, no es nuevo en nuestra sociedad, sin embargo si lo es, su tratamiento legal, en tanto que recién con la constitución de 1979, se incorpora el concubinato como una forma de familia, sin embargo la citada constitución y luego la vigente de 1993, la regulan sólo para proteger los intereses económicos de los concubinos y especialmente de la concubina, a través de lo que se ha dado en denominar la equiparación de la sociedad de bienes que nace en el concubinato con la sociedad de gananciales que nace con el matrimonio; ahora bien los derechos en el ámbito personal y también en algunos derechos económicos que se dan en una relación matrimonial, no le alcanzan a los concubinos pese al reconocimiento general de que la familia también tiene como fuente las uniones de hechos estables, públicas y comparten mesa techo y lecho, como ejemplo, diremos que un cierto sector de la doctrina nacional desconoce la existencia en las uniones de hecho de los deberes de cohabitación, fidelidad, asistencia, y en el orden económico, el patrimonio familiar, los alimentos entre los cónyuges, y en cuanto al derecho de herencia una reciente ley (30007) acaba de reconocer el derecho de sucesión entre los concubinos.

El Tribunal constitucional, a través de varias resoluciones, no sólo reconoce al concubinato como fuente de familia, sino que basado en la protección que el Estado debe a las familias en general, le está reconociendo al concubinato algunos efectos, tales como la pensión de viudez a favor de la concubina que ha perdido a su compañero. En efecto la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente **09708-2006 PA/TC** reconoce a la concubina “viuda” el derecho a percibir una pensión de viudez conforme al decreto ley 20530, señalando que la pareja vivió como cónyuges, asumiendo finalidades, obligaciones y deberes semejantes al matrimonio, y por otro lado, el concubino en vida, era la persona que tenía a su cargo el

mantenimiento del hogar, además de considerar que las pensiones tienen la calidad de bienes que integran la sociedad de gananciales porque sirven para el sustento de la familia. En el mismo sentido, la resolución del Tribunal Constitucional recaída en el expediente **06572-2006-PA/TC**, otorga pensión de viudez conforme al Decreto Ley 19990, a la conviviente supérstite, pese a que el referido decreto ley en su artículo 53 no aluda a los concubinos sino sólo a los cónyuges. Esta resolución termina siendo la más trascendente, en tanto que para su desarrollo, se esgrimieron argumentos referidos a la familia de hecho. En efecto, en sus consideraciones el Tribunal expresa que fue el constitucionalismo del siglo XX el que por primera vez, otorgó a la familia un lugar en las normas fundamentales de los Estados con la Constitución de Weimar de 1919, en donde se reconoció expresamente el rol protector del Estado para con la familia. En nuestra región los constituyentes se han referido a la familia como “núcleo fundamental de la sociedad” “elemento natural y fundamento de la sociedad” “asociación natural de la sociedad y como el espacio fundamental para el desarrollo integral de las personas”. En Perú, ya lo hemos mencionado también se reconoce la trascendencia e importancia de la familia, así mismo reiteramos que el texto constitucional no define el concepto de familia, y por lo tanto debemos inferir que la Constitución no pretendió reconocer un modelo específico de familia y en consecuencia sin importar el tipo de familia se hace merecedora de protección por parte del Estado.

La unión de hecho, unión *more uxorio*, como ya lo hemos mencionado existen en el Perú, desde siempre, y en consecuencia no podemos negar que es fuente de familia y en esa medida debe recibir la atención del Estado, y por ende la protección.

Al tratar el tema concubinario, no podemos soslayar que el derecho de fundar una familia ha sido reconocido por Tratados Internacionales tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 16 inciso 3) la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 17) ambos ratificados por el Perú y forman parte de nuestro derecho interno; ahora bien, si como reiteradamente lo hemos mencionado, la Constitución señala el deber de proteger a la familia, pero no circunscribe este deber a favor de las familias matrimoniales, entonces tenemos que concluir que el concubinato que es una forma de fundar familia, también debe recibir la protección del Estado, y así lo estamos comprobando con estas resoluciones del Tribunal Constitucional.

A propósito de las uniones de hecho, el 17 de abril del 2013 se publica en el diario oficial el Peruano, la ley 30007, que reconoce el derecho a suceder entre los integrantes de una unión de hecho, sin embargo se exige para la procedencia al derecho a heredarse entre los concubinos, que esta unión

de hecho tiene que estar registrada, registro al que se llega por decisión voluntaria de los concubinos, o si fuera el caso, la declaración judicial del reconocimiento del concubinato.

LA FILIACIÓN COMO ELEMENTO IMPORTANTE A CONSIDERAR DENTRO DE LOS TEMAS DE FAMILIA.-

Como lo hemos señalado, al aproximarnos al concepto de familia, entre otros elementos, se hace referencia al parentesco (relación familiar que se da entre dos o más personas unidas por vínculo de sangre o de la ley), en línea recta, esto es ascendientes y descendientes, y en línea colateral, a las personas que descienden de un mismo tronco; ahora bien en los dos casos, se tocan temas de filiación, entendida ésta, como la descendencia de un sujeto, entonces resulta necesario saber qué entiende la legislación nacional por filiación.

El término filiación alude a los hijos, y la ley establece la situación legal de los hijos respecto de sus progenitores, y los trata a través de lo que se conoce como la sociedad paterno filial matrimonial y la sociedad paterno filial extra matrimonial. En cuanto a la primera, sigue nuestro sistema positivo con la tradición romanista de las presunciones legales, como la presunción *pater is quem nuptiae demonstrant*, que significa padre es quien las nupcias demuestran, y en lo que atañe a la segunda, no hay presunciones en razón precisamente que el hijo fue concebido y nació fuera de un matrimonio, entonces se establecerá la relación paterno o materno filial, a través del reconocimiento, como acto voluntario de una persona de asumir la calidad de padre o madre respecto de otro, o la declaración judicial de paternidad, cuando no ha habido reconocimiento, y es el órgano judicial quien a través de una sentencia, establece esta relación.

En ambos casos, la filiación termina generando familia, al establecer la relación entre padres e hijos, no interesando si provienen de un matrimonio o no, sin embargo cabe preguntarnos, si en ambos casos hay familia, y si a ello le sumamos el derecho constitucional de que todos los hijos son iguales, porqué el código civil, sigue regulando por separado las filiaciones; sobre el particular una tentativa respuesta, estaría en el hecho de que dentro del Derecho de Familia, existen una serie de instituciones que se regulan basándose en la posición fáctica que ocupan los hijos respecto de sus padres, y así por ejemplo, si se trata del ejercicio de patria potestad, en el caso de los matrimoniales, en donde se supone la cohabitación entre ellos, los dos padres en igualdad de condiciones la ejercen, pero si se trata de hijos extramatrimoniales, existen criterios para fijar el ejercicio, así el reconocimiento que hayan podido efectuar el padre o la madre, la edad, y el sexo del hijo. También se observa diferente trato con respecto al ejercicio de la tutela legal, pues si se trata de hijos que provienen de padres matrimoniales, ejercerán la tutela, los abuelos, a quienes no se les pide ratificación judicial para el ejercicio del cargo, como si acontece cuando

los hijos provienen de una relación extramatrimonial; también encontramos diferencias, cuando se da el caso de la autorización del matrimonio de un menor de edad, que si lo es respecto de un matrimonio, requiere la autorización de los dos padres, pero si no ha habido matrimonio, entonces bastará la autorización del padre o madre que lo ha reconocido. Como es de observar, es necesario esta clasificación de sociedad paterno y materno matrimonial o extramatrimonial, no para negar derechos, más si para el ejercicio de los derechos que nacen de otras instituciones familiares, como las que hemos analizado.

LA FILIACIÓN COMO DERECHO A LA IDENTIDAD.-

La filiación no ha sido recogida por nuestros constituyentes como un derecho fundamental de la persona y que goce de autonomía y protección del Estado, sino que más bien, se reconoce que la filiación está formando parte del derecho a la identidad, como lo está entre otros, el nombre, la nacionalidad. Sin embargo urge reconocer la filiación como un derecho autónomo para mayor garantía de la protección que el Estado le deba, y garantizar el pleno ejercicio del derecho, sobre cualquier otro que pretenda desconocerlo, recortarlo o restringirlo.

Sobre la filiación y su ubicación dentro del derecho de identidad, el tribunal constitucional lo ha reconocido como tal en la resolución **02432-2005-PHC-TC**- al señalar que “ el derecho a la identidad comprende nombre, conocer a sus padres y llevar sus apellidos, el relativo a tener una nacionalidad y la obligación de que el Estado reconozca su personalidad jurídica”, y luego se ve reflejado en otros textos legales como el Código de los Niños y Adolescentes en su artículo 6.

El derecho a la identidad deriva de la dignidad del ser humano y así podemos referirnos a la identidad personal, como el derecho de la persona al reconocimiento de parte de los demás de lo que ella es y representa, incluye identidad biológica y de los signos distintivos del sujeto como el de su propia personalidad o manera de ser. A decir de la resolución del Tribunal Constitucional **2273-2005-PHC-TC** el derecho a la identidad es el derecho que tiene todo individuo a ser reconocido estrictamente como es y por el modo como es; ahora bien, frente al derecho a la identidad surge en los demás la obligación de no negarla, desnaturalizarla o desvirtuarla; pero para llegar a individualizar a una persona como tal, ésta debe estar identificada y eso se logra con el nombre, que es un elemento individualizador de la persona, sin embargo ello no es suficiente, pues esa persona para que pueda reclamar sus derechos fundamentales en el ámbito familiar, debe haber asumido su posición de hijo respecto de sus padres, y esto se llama filiación, en tanto que aquel que no ha logrado establecer su relación paterno y materno filial, será un individuo pero sin derechos familiares para sí, y por lo tanto estaríamos ante un derecho a la identidad disminuido, recortado en cuanto a los derechos que ella encierra. Por ello se hace necesario que la persona haya tomado su posición legal de hijo respecto de sus padres, y así la filiación,

es fuente generadora de derechos y también de deberes, y va diseñando el contexto familiar en el cual se desenvuelve.

La importancia del derecho de filiación como derecho autónomo, ya lo han reconocido otras constituciones, como la venezolana, e incluso en un proyecto de reforma de la constitución peruana, se está sugiriendo que el derecho de filiación vaya como un derecho independiente al derecho de identidad, por su importancia y trascendencia.

NORMAS LEGALES SOBRE FILIACIÓN INTERPRETADAS A LA LUZ DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.-

Equiparación de derechos entre los hijos afines e hijos biológicos en el contexto de una familia ensamblada.-

La sentencia del tribunal constitucional referida al expediente **09332-2006-PA/TC**, analiza con minuciosidad una nueva forma de familia a la que denomina familia ensamblada y que también puede llamarse recompuesta, o reconstituida, en donde uno de los padres tiene un hijo de un anterior compromiso, y luego le sobreviene otro hijo con la nueva pareja que ha formado, en esa circunstancia y estando ante una nueva estructura familiar con todas las características de la familia, convivencia, intereses comunes, ayuda mutua y demás, refiere que no se puede hacer distinciones entre el hijo afín y el hijo biológico de la pareja, pues se estaría violentando la identidad de este nuevo núcleo familiar y limitando los derechos del hijo afín dentro de esa familia, lo cual obviamente termina violentando la igualdad de los hijos.

Importante la sentencia, porque aborda el tema de los hijos afines y como es conocido, éstos no tienen mayor amparo en el sistema legal positivo, el mismo que lo recoge, sólo para considerarlo como impedimento de orden matrimonial. La sentencia defiende el nuevo núcleo familiar y sus integrantes, en tanto que el hijastro forma parte de esa nueva estructura familiar.

Creemos que es un inicio para que nuestro sistema legal positivo trate sobre los derechos de los parientes afines, y como no, también sus deberes.

Cosa juzgada no puede superponerse al derecho a la identidad y por ende negar filiación.-

La resolución recaída en el expediente **00550-2008-PA-TC**, tiene en cuenta la garantía que produce la institución de la Cosa Juzgada, y en el caso, materia de comentario, resulta particularmente interesante, en tanto que el actor había logrado en tres instancias vencer en un proceso judicial de declaración de paternidad en el que se le imputaba la paternidad de un menor, y en esa medida ante un nuevo proceso de investigación judicial de paternidad, deduce la excepción de la cosa juzgada con el objeto de que la

causa no vuelva a ser revisada, en tanto que ya había pronunciamiento judicial firme sobre el mismo. Ante esa circunstancia el Tribunal Constitucional, tuvo que analizar dos derechos fundamentales como son la cosa juzgada por un lado, y el derecho a la identidad de un menor, y hacer un deslinde sin desconocer ambos derechos y lo hace en función de analizar igualmente que está de por medio el principio del interés superior del niño y adolescente, y por ello resuelve declarar infundada la demanda de amparo, en vista de que la cosa juzgada no puede considerarse absoluta y sobre todo no puede superponerse al derecho a la identidad que implica derecho a exigir conocer a sus progenitores, llevar sus apellidos y gozar de los derechos de un hijo respecto de su padre.

Debe tenerse en cuenta que para esta resolución, se tomó en consideración que los procesos de filiación en el que el actor resultó exitoso y por lo tanto no se le emplazó en la calidad de padre, fueron llevados a cabo, cuando no existía la ley 27048, que posibilita la prueba del ADN, y más bien, cuando se le demanda nuevamente por filiación, se fundamenta la acción, ahora sí en la ley 27048, y se solicita la actuación de la prueba de ADN.

El ADN y el derecho a la filiación.-

En un proceso de investigación judicial de paternidad en el que no se invocó la causal sexta del artículo 402, referido a la actuación de la prueba de ADN para probar filiación, y pese a ello, el juzgado de oficio ordena la actuación de dicha prueba, ante tal circunstancia se recurre al Tribunal Constitucional alegando violación al debido proceso y la impertinencia de la prueba; sobre el particular el Tribunal Constitucional en el expediente **00227-2011-PA/TC**, declara infundado el amparo, por cuanto considera que la prueba de ADN, es la adecuada para dilucidar asuntos de filiación, siendo facultad del juez, ordenarla de oficio, si es que no ha sido invocada, y todo ello dentro del marco del derecho a la identidad del menor. El tribunal vuelve a definir qué se entiende por identidad, señalando que el ejercicio del derecho fundamental a la identidad, comprende el derecho al nombre, conocer a sus padres y conservar sus apellidos.

La ley 27048, adicionó al artículo 402 del Código Civil, un sexto inciso para posibilitar la investigación de la paternidad, el cual está referido a la actuación de la prueba de ADN para probar filiación; ahora bien, esta prueba no puede circunscribirse a la competencia de los jueces de paz letrado, que son los que conocen estos emplazamientos cuando se alega el ADN, como medio para probar filiación; es una prueba que puede ser ofrecida y actuada en todo proceso, en donde se discuta temas de filiación, y en cuanto a la competencia del juez para ordenarla de oficio, queda claro que está facultado por ley para ordenarla.

Sentencia de exclusión de nombre y negación de partida extramatrimonial no impide declaración de filiación.-

En una reiterada posición en defensa del derecho a la identidad, y en particular a la filiación, una vez más el Tribunal Constitucional, pese a la existencia de un proceso anterior, que declaró fundada una demanda de exclusión de nombre y negación de partida de nacimiento extramatrimonial, se pronuncia, por dejar válidamente establecida otra sentencia de filiación entre las mismas partes, esto es presunto padre y presunta hija.

En efecto, en el expediente **01179-2011.PA/TC**, el Tribunal Constitucional interpretando correctamente desde el punto de vista procesal, llegó a la conclusión, que pese a la existencia de una sentencia que pasó con autoridad de cosa juzgada, y que ordenó la exclusión de nombre de la menor en su partida de nacimiento y declaró nula esa partida, pese a todo ello, resuelve por mantener la validez de la sentencia de filiación que la menor, a través de su representante legal inició con posterioridad al juicio que declaró la exclusión del nombre, y las razones fueron que en el citado juicio de exclusión de nombre no se ventiló asuntos de filiación, ni se actuó prueba de ADN, como si sucedió en el siguiente juicio, en donde científicamente se demostró que el demandado era el padre de la menor, y por lo tanto había que defender el derecho a la identidad ya ganada por esa menor; no actuar así, hubiera sido ir contra un derecho fundamental de la menor y desconocer que existen normas protectoras y principios que orientan una legislación a favor de los menores, como el interés superior del niño y adolescente.

CONSIDERACIONES FINALES.-

- 1.- *Una tentativa aproximación a la institución familiar, podría ser la comunidad de personas que conviven y comparten intereses comunes.*
- 2.- *Que no hay un concepto unívoco de familia, sino que coexisten grupos familiares.*
- 3.- *El reconocimiento de la existencia de clases de familia, y que todas ellas merecen la protección del Estado y Sociedad.*
- 4.- *La Constitución peruana reconoce el valor del matrimonio y la promueve, sin embargo no se puede inferir que la protección a las familias se circunscriba a las familias matrimoniales.*
- 5.- *Los documentos eclesiales sobre la familia, deben inspirar a los gobiernos, cuando se ocupan del tema familiar, para una regulación que apunte a rescatar los valores y principios humanos y los potencie.*
- 6.- *El tribunal Constitucional hace bien al ocuparse de los temas de familia, reconociendo su importancia y trascendencia dentro de nuestra sociedad. Así mismo en reconocer a los diversos tipos de familia, precisando que todas ellas*

merecen la protección del Estado.

- 7- Las políticas de estado sobre familia, deben tener en consideración, que la institución familiar es la base la sociedad, y que una familia unida y estable, nos llevará a una sociedad solidaria.*
- 8.- Un elemento común que caracteriza a las familias está dada por los lazos de parentesco que existen entre ellos.*
- 9.- El parentesco tiene como fuente la filiación. La filiación alude al Hijo, y se establece la relación con la madre y el padre, a través del matrimonio, o del reconocimiento o declaración judicial.*
- 10.- La identidad, es un derecho que viene de la dignidad del ser humano, de ser uno mismo, y que los demás reconozcan ello. Dentro de la identidad, se encuentran otros derechos importantes como el nombre, la filiación, y la nacionalidad entre otros.*
- 11.- La filiación debería ser reconocido constitucionalmente como un derecho autónomo.*
- 12.- Las resoluciones del Tribunal Constitucional, vienen contribuyendo a lograr el reconocimiento de la identidad de la persona y por ende la filiación, incluso imponiéndose sobre normas legales que se oponen a ello.*
- 13- El tribunal Constitucional sugiere el tratamiento legal de los parientes afines, que viven con una familia ensamblada, y los incorpora a esa estructura familiar, en cuanto al trato legal igualitario que debe darse con respecto a los hijos habidos de esa familia.*

ACTOS INSCRIBIBLES DE LA JUNTA DE PROPIETARIOS Y LA JURISPRUDENCIA APLICABLE DEL TRIBUNAL REGISTRAL

Hugo Luis Sedano Núñez¹

Abstract / Resumen

El autor señala que el denominado boom inmobiliario o auge de la construcción que aún se vive en nuestro país, ha producido el crecimiento no solo horizontal sino vertical de las ciudades, mediante la construcción de edificios y otros, los cuales se rigen por normas especiales y donde sus propietarios tienen que organizarse en juntas de propietarios, a efectos de regular su convivencia, su relación con las áreas y bienes comunes que comparten e incluso respecto a la elección de sus representantes como un presidente o directiva, para su representación no solo al interno de la organización, sino también para su representación al externo frente a los terceros no integrantes de la junta, como bancos, instituciones públicas o privadas, Poder Judicial, etc.

En el presente artículo el autor aborda los criterios de calificación tanto a nivel de los registradores públicos, y principalmente los precedentes de observancia obligatoria y acuerdos del Tribunal Registral aplicables en la calificación de los actos inscribibles de la junta de propietarios.

Palabras claves: Junta de Propietarios, régimen de propiedad exclusiva y común, reglamento interno, convocatoria, quórum, precedente de observancia obligatoria, acuerdo plenario, Registrador Público, Tribunal Registral.

El boom inmobiliario que aún se vive en nuestro país, donde el crecimiento urbano en nuestras ciudades no solo se produce de manera horizontal sino también vertical, como los edificios por departamentos, donde los propietarios tienen que organizarse en juntas de propietarios, y regular una serie de aspectos que tienen que ver con el uso de sus propiedades de carácter exclusivo y común señalados en el reglamento interno que los rige, y debidamente representados

¹ Registrador Público del Registro de Predios de la Zona Registral N° IX - Sede Lima. Maestro en Derecho Civil y Comercial y Doctor en Derecho por la Universidad Inca Garcilaso de la Vega. Docente de la Escuela de Pos grado de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega. Email: ugosedano@hotmail.com

por una directiva o presidente, actos inscribibles regulados en la normativa aplicable, y que en sede registral, se ha establecido criterios de calificación señalados en los precedentes de observancia obligatoria² y acuerdos plenarios³ del Tribunal Registral que pasamos a señalar.

ASPECTOS GENERALES

La Junta de Propietarios en la Legislación Peruana, no constituye una persona jurídica, es por ello que se constituye plenamente al otorgamiento del Reglamento Interno, el cual contendrá obligatoriamente la nominación del Presidente si existiera pluralidad de propietarios al momento de registrar el Reglamento, y su inscripción se efectúa en el Registro de Propiedad Inmueble, en la partida registral del predio matriz o en la que corresponde a los bienes comunes, de conformidad con lo establecido por el segundo párrafo del artículo 145⁴ del Decreto Supremo N° 035-2006-VIVIENDA (Reglamento de la Ley 27157).

La Ley N° 27157⁵ regula el régimen de propiedad exclusiva y propiedad común, el cual se encuentra definido en el artículo 129 del T.U.O. del Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 035-2006-VIVIENDA⁶, y supone la existencia de una edificación o conjunto de edificaciones integrada por secciones inmobiliarias de dominio exclusivo, pertenecientes a distintos propietarios, con bienes y servicios de dominio común. Añade este artículo que cuentan con un reglamento interno y una junta de propietarios.

La citada ley conjuntamente con su reglamento manifiesta que las edificaciones erigidas bajo el régimen de propiedad exclusiva y propiedad común deben regirse bajo un reglamento interno, el cual contendrá las disposiciones

-
- 2 Según el arto 158 del TUO del Reglamento General de los Registros Públicos, constituyen precedentes de observancia obligatoria los acuerdos adoptados por el Tribunal Registral en los Plenos Registrales, que establecen criterios de interpretación de las normas que regulan los actos y derechos inscribibles, a ser seguidos de manera obligatoria por las instancias registrales, en el ámbito nacional, mientras no sean expresamente modificados o dejados sin efecto mediante otro acuerdo de Pleno Registral, por mandato judicial firme o norma modificatoria posterior.
 - 3 En el IV Pleno del Tribunal Registral realizado en sesión ordinaria realizada los días 6 y 7 de junio de 2003, se aprobó el siguiente acuerdo: ACUERDO DE SALA PLENA.- "Los acuerdos de Sala Plena del Tribunal Registral obligan a sus miembros como pacto vinculante.
 - 4 "Artículo 145°.- Constitución de la Junta de Propietarios.- La Junta de Propietarios está constituida por todos los propietarios de las secciones de Propiedad Exclusiva de la edificación y tiene la representación conjunta de estos. La Junta de Propietarios, se constituye plenamente al otorgamiento del Reglamento Interno, el cual contendrá obligatoriamente la nominación del Presidente si existiera pluralidad de propietarios al momento de registrar el Reglamento. Su inscripción se efectúa en el Registro de Propiedad Inmueble, en la partida registral del predio matriz o en la que corresponde a los bienes comunes (...)"
 - 5 Ley de Regularización de Edificaciones, del Procedimiento para la Declaratoria de Fábrica del Régimen de Unidades Inmobiliarias de Propiedad Exclusiva y de Propiedad Común, publicado en el diario oficial El Peruano el 20 de julio de 1999.
 - 6 Texto Único Ordenado del Reglamento de la Ley N° 27157, Ley de Regularización de Edificaciones, del Procedimiento para la Declaratoria de Fábrica y del Régimen de Unidades Inmobiliarias de Propiedad Exclusiva y de Propiedad Común, publicado en el diario oficial El Peruano el 8 de noviembre de 2006.

relacionadas a los porcentajes de participación, usos, reglas de convivencia, y otros usos análogos.

A efectos de expresar la voluntad de los propietarios de la edificación, éstos se reúnen en la denominada junta de propietarios.

Conforme al artículo 47⁷ de la Ley W 27157, la junta de propietarios está constituida por todos los propietarios de las secciones y tendrá la representación conjunta de éstos.

Y de acuerdo a la Directiva W009-2008-SUNARP/SN⁸, aprobada por Resolución de Superintendencia Nacional de los Registros Públicos N° 340-2008-SUNARP-SN del 23/12/2008, “la junta de propietarios es el ente no personificado que agrupa a los titulares de secciones de dominio exclusivo correspondientes a un edificio o conjunto de edificios, según su reglamento interno; y cuyo objeto es conservar y mantener los elementos o bienes comunes que les permita un adecuado disfrute de cada una de sus secciones privativas.”

LEGITIMADOS PARA CONVOCAR A SESIÓN DE JUNTA

La regla general es que la Junta de Propietarios deberá ser convocada a sesión por el Presidente, siempre que -no exista disposición distinta en el reglamento interno, según el artículo 146⁹ del Reglamento de la Ley 27157.

El segundo párrafo del artículo 87¹⁰ del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios, regula la convocatoria para la designación del primer presidente, señalando que ésta será efectuada: por el propietario constructor o

7 Artículo 47°.- De la Constitución.-

47.1. La Junta de Propietarios está constituida por todos los propietarios de las secciones y tendrá la representación conjunta de estos.

47.2. La renuncia de uno o más propietarios no impedirá la constitución de la Junta, pero la admisión a su seno siempre estará expedita.

8 Directiva sobre el régimen de propiedad exclusiva y común, publicada en el diario oficial El Peruano el 26 de diciembre de 2008.

9 Artículo 146°.- Convocatoria.- Salvo disposición distinta del Reglamento Interno, la Junta de Propietarios deberá ser convocada a sesión por el Presidente, con una anticipación no menor de cinco (5) días naturales, mediante aviso contenido en carta, esquila, facsímil, correo electrónico o cualquier otro medio que permita dejar constancia de su entrega o recepción, y carteles publicados en las vitrinas o pizarras que al efecto debe mantener la administración en uno o varios sitios visible de la edificación. Los avisos y carteles contendrán la indicación del día, hora y lugar de la reunión y las materias a tratarse.

Si la sesión debidamente convocada no se celebrara en la fecha prevista, la Junta deberá ser nuevamente convocada en la misma forma dentro de los tres (tres) días naturales desde la fecha de la sesión no celebrada. Las sesiones de la Junta de Propietarios, se celebrarán necesariamente en el predio.

10 Segundo párrafo del Artículo 87° del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios.- Inscripción de junta de propietarios.- (...)

Cuando el Reglamento Interno no haya previsto la convocatoria para la designación del primer Presidente, ésta será efectuada por el propietario constructor o por los propietarios que representen cuando menos el 25% de las participaciones en las áreas y bienes comunes. (oo.)” Reglamento aprobado por Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos N° 097-2013-SUNARP/SN, publicado en el diario oficial El Peruano el 4 de mayo de 2013.

por los propietarios que representen cuando menos el 25% de las participaciones en las áreas comunes y bienes comunes.

Asimismo, el artículo 5.2¹¹ de la Directiva sobre el régimen de propiedad exclusiva y común (Directiva aprobada por Resolución N° 340-2008-SUNARP-SN) dispone:

- El reglamento interno se aprueba por el promotor o constructor de la edificación quien debe ser el propietario de la misma.
- También se aprueba conforme al artículo 39 de la Ley 27157, por acuerdo de más del 50% de los propietarios que conforman la edificación.
- En este último caso, la convocatoria se realiza por el propietario constructor o por los propietarios que reúnan por lo menos el 25% de participaciones en la edificación.

Sin embargo, la legislación vigente no ha señalado a quién corresponde efectuar dicha convocatoria cuando el mandato del presidente ha vencido.

Por lo que ante el vacío normativo existente con relación a la convocatoria a junta de propietarios en los casos de acefalía o imposibilidad de convocatoria por el presidente o persona legitimada conforme al reglamento interno, se aprobó el siguiente acuerdo plenario:

ACUERDO DEL TRIBUNAL REGISTRAL SOBRE CONVOCATORIA A SESIÓN DE JUNTA DE PROPIETARIOS

Mediante Pleno 80° del Tribunal Registral de fecha 15 y 16 de diciembre de 2011, se aprobó el siguiente acuerdo plenario:

“La convocatoria a sesión de junta de propietarios solamente puede ser efectuada por el Presidente o por el designado por el Reglamento Interno. Excepcionalmente pueden convocar los propietarios que representen al menos 25% de participaciones cuando se acredite ante el Registro la acefalía o ausencia definitiva del designado para ello.”

El citado acuerdo reitera que corresponde al presidente de la junta de propietarios o al designado en el reglamento interno efectuar la convocatoria; asimismo, establece un supuesto excepcional en los casos de acefalía,

11 Art. 5.2. Aprobación del reglamento interno

El reglamento interno se aprueba por el promotor o constructor de la edificación quien debe ser el propietario de la misma.

También se aprueba conforme al artículo 39° de la Ley N° 27157, por acuerdo de más del 50% de los propietarios que conforman la edificación para lo cual el voto se computa por cada sección de propiedad exclusiva, mientras no se encuentre definido el porcentaje de participación en las zonas comunes.

En este último caso, la convocatoria se realiza por el propietario-constructor o por los propietarios que reúnan por lo menos el 25° de participación en la edificación, debiéndose notificar a los otros propietarios mediante esquelas con cargo de recepción y con una anticipación no menor de cinco días naturales.

permitiendo que quienes efectúen la convocatoria sean los propietarios que representen el 25% de participaciones.

Sin embargo, dicho acuerdo generó distintas interpretaciones contradictorias, tanto por parte de los registradores como parte del propio Tribunal Registral.

Algunas resoluciones del Tribunal¹², se sustentaban en el citado acuerdo para concluir que el presidente con periodo de funciones vencido no está legitimado para convocar, requiriéndose la intervención de los propietarios que representen el 25% de participación en los bienes comunes.

En otros casos¹³, sustentándose en dicho acuerdo, se ha señalado que el 25% de propietarios puede convocar únicamente para elegir nuevo presidente o directiva, pero no para adecuar o modificar el reglamento interno.

También existen otras resoluciones¹⁴ del Tribunal en las que se ha señalado que los propietarios que representen el 25% de participaciones en los bienes comunes se encuentran facultados para convocar a elección de presidente como para modificar el reglamento interno.

Y finalmente, existen pronunciamientos¹⁵ en los que se admite que los propietarios que representen el 25% de participaciones en los bienes comunes puedan convocar para tratar cualquier tema de agenda.

PRECISIÓN DEL ACUERDO APROBADO EN EL PLENO 80°

Mediante Pleno 139° del Tribunal Registral del 28 de diciembre de 2015, se precisó el Pleno 80°, de la siguiente manera:

“Precisar el acuerdo del Pleno LXXX, en el sentido que se refiere al supuesto en el que existe presidente inscrito con periodo de funciones vigente. En tal caso, propietarios que representan el 25% de participaciones sobre los bienes comunes podrán convocar si se acredita la muerte, renuncia o incapacidad del presidente. El objeto de la sesión podrá ser la elección del nuevo presidente o directiva y/o la adecuación o modificación del reglamento interno.”

CONVOCATORIA POR EL 25%

Mediante Pleno 139° del Tribunal Registral del 28 de diciembre de 2015, se aprobó el siguiente acuerdo:

“Cuando no existe Presidente de la Junta de Propietarios inscrito o ha vencido el mandato del Presidente inscrito, la convocatoria a Junta de Propietarios podrá

12 Como por ejemplo la Resolución N°536-2013-SUNARP-TR-L del 27/3/2015.

13 Como por ejemplo la Resolución N° 2485-2014-SUNARP-TR-L del 31/11/2014.

14 Como por ejemplo la Resolución N° 005-2015-SUNARP-TR-L del 6/1/2015.

15 Como por ejemplo la Resolución N° 388-2015-SUNARP-TR-L del 24/12/2015.

ser efectuada por propietarios que representen el 25% de participaciones sobre los bienes comunes, para acordar la elección del nuevo presidente o directiva, y/o la adecuación o modificación del Reglamento Interno.”

Conforme a este acuerdo, los propietarios que representen el 25% de participación en los bienes comunes pueden convocar para acordar la elección del nuevo presidente o directiva, y/o la adecuación o modificación del Reglamento Interno. En consecuencia, en dicha sesión no podrán adoptar otro tipo de acuerdos.

PRESIDENTE CON PERIODO DE FUNCIONES VENCIDO

Por Pleno 1390 del Tribunal Registral de fecha 28 de diciembre de 2015, publicado en el diario oficial “El Peruano” el 17 de febrero de 2016, se aprobó el siguiente precedente de observancia obligatoria:

“El último presidente inscrito de la Junta de Propietarios con período de funciones vencido también está legitimado para convocar a Junta de Propietarios con la finalidad de elegir al nuevo presidente o directiva.”

La aprobación de este precedente de observancia obligatoria, uniformiza la calificación de los Registradores, respecto a la convocatoria a sesión de junta de propietarios cuando en la partida matriz del predio donde se encuentra inscrita la junta de propietarios, el mandato del último presidente o directiva inscrita se encuentran con mandato vencido, siendo dicho presidente el legitimado para convocar válidamente a sesión que tenga como único tema de agenda la elección del nuevo presidente o directiva.

CONVOCATORIA A JUNTA DE PROPIETARIOS POR EL 25% DE PARTICIPACIONES

Cuando en el Pleno 1390 señalado anteriormente se distinguió entre materias que se pueden tratar cuando convoca el presidente vencido (solo elecciones) y materias que se pueden tratar cuando convocan propietarios que representan el 25% sobre los bienes comunes (elecciones y modificación o adecuación del reglamento interno), ello tuvo por objeto limitar las materias que se pueden tratar cuando convoca el presidente con mandato vencido: no limitar las materias que se pueden tratar cuando convoca el 25% de propietarios.

Es por ello, que mediante el Pleno 1500 del Tribunal Registral de fecha 26 de agosto de 2016, publicado en el diario oficial “El Peruano” el 7 de octubre de 2016, se aprobó el siguiente precedente de observancia obligatoria:

“Cuando no existe Presidente de la Junta de Propietarios inscrito o ha vencido el mandato del Presidente inscrito, la convocatoria a Junta de Propietarios podrá ser efectuada por propietarios que representen el 25% de participaciones sobre los bienes comunes, para tratar cualquier materia que se señale en la convocatoria.

Ello es también aplicable cuando existe presidente inscrito con periodo de funciones vigente, y el 25% de propietarios convoca acreditándose la muerte, renuncia o incapacidad del presidente”.

Este último precedente de observancia obligatoria del Tribunal Registral, zanja la problemática respecto a los alcances de la convocatoria realizada por el 25% de propietarios, los cuales podrán convocar para tratar cualquier tema de agenda, y no exclusivamente el de elección del nuevo presidente o directiva y/o modificación o adecuación del reglamento interno, con lo cual se amplía el espectro para que los usuarios puedan solicitar los actos inscribibles de la junta de propietarios.

EL QUORUM EN LAS JUNTAS DE PROPIETARIOS

El Tribunal Registral estableció como precedente de observancia obligatoria aprobada en el X Pleno, llevado a cabo los días 8 y 9 de abril de 2005 y publicado en el diario oficial “El Peruano” el 9/6/2005, lo siguiente:

“Para la determinación del quorum de sesión de junta de propietarios, deberá considerarse únicamente a los propietarios con dominio inscrito.”

Este criterio encontró sustento en que el primer párrafo del artículo 145 del Reglamento de la Ley N° 27157, prescribe que la Junta de Propietarios está constituida por todos los propietarios de las secciones de propiedad exclusiva de la edificación. Esta norma si bien no exige que los propietarios cuenten con derecho inscrito como presupuesto para conformar la Junta de Propietarios, no es menos cierto que tratándose de un título que pretende su acceso al Registro, la condición de propietario debe ser calificada sobre la base de la información contenida en los asientos de inscripción, a los cuales debe adecuarse.

En este sentido, el artículo 2013 del Código Civil que consagra el Principio de Legitimación señala que “El contenido del asiento registral se presume cierto y produce todos sus efectos, mientras no se rectifique por las instancias registrales o se declare su invalidez por el órgano judicial o arbitral mediante resolución o laudo firme (...)”.

Así, tenemos que si bien el artículo 949 del Código Civil señala que la sola obligación de enajenar un inmueble determinado hace al acreedor propietaria de él; aplicando el principio de legitimación, tratándose de la inscripción de un acuerdo adoptado por los propietarios reunidos en Junta, resulta relevante la calificación de la condición de propietarios de los asistentes a ella. En este sentido, solo puede presumirse cierta la condición de propietario si ésta consta inscrita en el Registro. En ese sentido se pronuncia reiterada jurisprudencia del Tribunal Registral como la Resolución del Tribunal Registral W 1761-2016-SUNARP- TR-L de fecha 2/9/2016.

MAYORÍA CALIFICADA PARA MODIFICAR LOS PORCENTAJES DE PARTICIPACIÓN SOBRE LOS BIENES COMUNES

La Directiva N° 009-2008-SUNARP/SN, “Directiva sobre el Régimen de Propiedad Exclusiva y Propiedad Común” precisó en el numeral 5.3 las mayorías necesarias para modificar tanto el reglamento interno como los porcentajes de participación sobre los bienes comunes bajo el siguiente tenor:

“5.3. Modificación de reglamento interno

El reglamento interno se modifica por acuerdo de la junta que cuente con más del 50% de la participación de los propietarios. De conformidad con el artículo 135 del Decreto Supremo W 035-2006- VIVIENDA, para los casos de modificación del porcentaje de participación, desafectación de los bienes comunes, venta, gravamen, cesión en uso o afectación permanente de zonas comunes, se requiere un acuerdo por mayoría calificada de 2/3 de las participaciones. En estos casos, la comunicación notarial a los propietarios que no asistieron a la Junta así como el transcurso del plazo de veinte días útiles contados a partir de dicha notificación, a que se refiere el artículo 43 de la Ley 27157, podrá ser acreditado mediante declaración jurada otorgada por el presidente de la Junta.”

Es decir, por regla general, para modificar el reglamento interno se requiere de mayoría absoluta: más del 50% de las participaciones y para modificar los porcentajes de participación se requiere de mayoría calificada: 2/3 de porcentajes de participación. El citado artículo no precisa cuál es la mayoría necesaria para la modificación de porcentajes de participación derivadas de la adecuación del reglamento interno.

ADECUACIÓN DEL REGLAMENTO INTERNO A LA LEY 27157

Según Emilio PÉREZ PÉREZ¹⁶, citado en los Antecedentes y Consideraciones de la Directiva W 009-2008-SUNARP/SN (Directiva sobre el Régimen de Propiedad Exclusiva y Común), el reglamento interno viene a ser un negocio jurídico en el cual la declaración de voluntad está dirigida a producir una mixtura de efectos jurídicos obligaciones y reales. Así pues, la eficacia real se aprecia claramente del hecho que el acto constitutivo afecta el dominio de los propietarios, transformando una situación dominical normalmente independiente, en otra compartida en cuanto al objeto mismo de la propiedad, pues vincula indivisiblemente las partes privativas o exclusivas con las partes comunes. Y la segunda característica fundamental del reglamento interno es que da origen a un régimen especial de propiedad (propiedad exclusiva y propiedad común), en

16 PÉREZ PÉREZ, Emilio, Propiedad, comunidad y finca registral, CRPME, Madrid, 1996, p. 285.

el cual se establece un sistema complejo de facultades, limitaciones, cargas y obligaciones, que viene a constituir una “lex rei” que vincula a los otorgantes del acto y a los sucesivos adquirentes.

Con relación a la adecuación del reglamento interno, el Tribunal Registral aprobó el 10° Pleno Registral realizado mediante sesión ordinaria los días 8 y 9 de abril de 2005, el siguiente precedente de observancia obligatoria, publicado en el diario oficial “El Peruano” el 9/7/2005:

“La adecuación de los reglamentos internos vigentes a la fecha de publicación de la Ley N° 27157 constituye un acto obligatorio, siendo exigible en la oportunidad que se presente al registro la solicitud de inscripción de algún acto que modifique el reglamento interno primigenio.”

Mediante Pleno 119° del Tribunal Registral de fecha 26 de mayo de 2014, se aprobó el siguiente acuerdo:

“La adecuación del Reglamento Interno a la Ley 27157 implica su modificación y la de los porcentajes de participación de las secciones de propiedad exclusiva sobre los bienes y gastos comunes, si estos no son compatibles con dicha Ley o adolecieran de las exigencias señaladas por ésta, los mismos que pueden ser modificados por acuerdo de la Junta de Propietarios con el quórum y mayorías señaladas por la Tercera Disposición Final de la ley acotada.”

Del citado acuerdo plenario, se puede establecer que para la modificación de los porcentajes de participación derivada de la adecuación de reglamento interno a la Ley 27157, se requiere el quorum y mayorías establecidas en la Tercera Disposición Final de la Ley 27157, esto es, “la concurrencia de la mayoría de propietarios en primera convocatoria y de los que asistan, en segunda convocatoria. Los acuerdos se adoptarán por la mayoría de los concurrentes a la Junta de Propietarios”. Resultando coherente sostener que dicha autorización contenga implícita la autorización -excepcional-, para modificar el reglamento interno con el mismo quorum y mayoría, mas no así con el quorum calificado para la modificación del reglamento interno, conforme lo establece reiterada jurisprudencia del Tribunal Registral como la Resolución N° 2010-2015-SUNARP-TR-L de fecha 6/10/2015.

CONCLUSIONES:

- 1.- La Junta de Propietarios en el Sistema Jurídico Peruano, no constituye una persona jurídica, por lo cual su constitución y la elección del presidente o directiva, se inscriben en la partida matriz del inmueble o predio.
- 2.- El precedente de observancia obligatoria del Tribunal Registral W 150 de fecha 26 de agosto de 2016, publicado en el diario oficial “El Peruano” el 7 de octubre de 2016, zanja la problemática respecto a los alcances de la convocatoria realizada por el 25% de propietarios, los cuales podrán

convocar para tratar cualquier tema de agenda, y no exclusivamente el de elección del nuevo presidente o directiva y/o modificación o adecuación del reglamento interno, con lo cual se amplía el espectro para que los usuarios puedan solicitar los actos inscribibles de la junta de propietarios.

- 3.- Conforme a la Tercera Disposición Final de la Ley 27157, Los reglamentos internos que se encuentren vigentes a la fecha de publicación de la indicada ley se adecuan a lo que ella establece, para lo cual la Junta de Propietarios requiere la concurrencia de la mayoría de los propietarios en primera convocatoria y de los que asistan, en segunda convocatoria. Los acuerdos se adoptarán por la mayoría de los concurrentes a la Junta de Propietarios; resultando coherente sostener que dicha autorización contenga implícita la autorización - excepcional-, para modificar el reglamento interno con el mismo quorum y mayoría, más no así con el quorum calificado para la modificación del reglamento interno.
- 4.- Es fundamental conocer, a través de diferentes formas de difusión de la institución registral (eventos de capacitación, página web de SUNARP, etc.) cuáles son los criterios de calificación de los actos inscribibles de la Junta de Propietarios, tanto de los Registradores Públicos, como del Tribunal Registral, específicamente de los precedentes de observancia obligatoria y acuerdos plenarios de dicho órgano colegiado, a efectos de conseguir la necesariapredictibilidad en la calificación registral, evitando observaciones y tachas sustantivas infundadas.

BIBLIOGRAFÍA:

- COMPENDIO DE REGLAMENTOS Y DIRECTIVAS DE CARÁCTER REGISTRAL 2001- 2016. Dirección Técnica Registral de la SUNARP. 1 ed., Mayo 2016. Gráfica Publi- Industria E.I.R.L.
- LEGISLACIÓN REGISTRAL PERUANA. Compendio de Normas para uso registral, notarial y general. Sindicato de Trabajadores de la Zona Registral W IX Sede Lima. Setiembre 2013. Editorial Nomos & Thesis.
- PÉREZ PÉREZ, Emilio (1996) Propiedad, comunidad y finca registral. Madrid, CRPME.
- TRIBUNAL REGISTRAL. Fuente: Página web de la SUNARP. (Tomado el 7 de noviembre de 2016) www.sunarp.gob.pe/

PROCESO DE SEPARACIÓN CONVENCIONAL Y ULTERIOR DIVORCIO EN SEDE NOTARIAL Y CONVIVENCIA

Mag. Oscar Escate Cabrel

En el presente artículo abordo en lo referente al tratamiento y ejecución del procedimiento no contencioso, concretamente el aplicable para solicitudes de separación convencional; que ha venido teniendo una permanente recurrencia en el ámbito notarial peruano por las facilidades y ventajas procedimentales notariales que brinda la Ley N° 29227 del 16 de mayo de 2008, en poder ejecutarse el proceso de separación convencional en el corto plazo posible y con la mayor eficacia administrativa-jurídica requerida, con duración de entre cinco a quince días para que se ejecute la Audiencia Única en Sede Notarial, y asimismo de facilitarse el reconocimiento del ulterior divorcio con la disolución definitiva del vínculo o unión matrimonial, al término de dos meses de haberse dictaminado y emitido el acta notarial de separación correspondiente; siendo plazos muy cortos y oportunos para procederse con la aceleración de los procesos de divorcio exigidos por acuerdo de las partes separadas; a comparación de los demorables litigios procesales i- judiciales dilatados que anteriormente se tenían que afrontar acorde con los requisitos procesales y del proceso judicial sumarísimo que se debían realizar acorde con lo normado en el Código Civil de 1984 y en el Código Procesal Civil de 1993 respectivamente.

Como objetivos de desarrollo del presente artículo, se tienen los siguientes:

1. Explicar la forma en que la separación convencional y el divorcio ulterior se tramitan ante las Municipalidades y Notarías.
2. Señalar las implicancias de la jurisdicción voluntaria en nuestro sistema jurídico, a partir de los procesos no contenciosos en estos casos.
3. Proponer las reformas o modificaciones legales necesarias a la Ley N° 29227 del 2008, a efectos de que se pueda hacer más facilitable y competente la eficacia jurídica de ejecución de las actas notariales que se emitan sobre declaración de separación convencional y divorcio ulterior, y de extenderse el proceso de separación convencional por vía notarial para las uniones de hecho o relaciones de convivencia propiamente.

1. FINALIDAD DE PROPUESTA DEL ARTÍCULO

En el desarrollo del contenido de este artículo, sostengo acerca del Mejoramiento y Extensión del Procedimiento No Contencioso de Separación Convencional, en base a un conjunto de propuestas jurídicas en que se basará el mejoramiento requerido del Proceso Competencial de los notarios para el trámite de procesos de separación convencional y divorcio ulterior, en la vía de proceso no contencioso, teniéndose en cuenta que la Separación Convencional “es el acuerdo definitivo entre cónyuges que negocian y consensúan una propuesta de convenio que regulará el régimen de la patria potestad, la tenencia, régimen de visitas y los alimentos de sus hijos, así como el destino final de los bienes que adquirieron, evitando además ventilar las causas de su conflicto ante los estrados judiciales” (Rentería, 2012)¹.

De esta manera, propongo una debida optimización aplicativa de lo dispuesto en torno a la Ley N° 29227 que regula el Procedimiento no contencioso de la Separación Convencional y Divorcio Ulterior; a efectos de poderse eliminar el plazo de dos meses de entre emitida el acta notarial de separación convencional y el posterior reconocimiento de la disolución definitiva del vínculo matrimonial; a efectos de cumplirse con la exigencia del principio de eficacia jurídica del acta notarial para facilitar la acreditación y ejecución inmediata y automática del divorcio ulterior; como a la vez también para poderse extender la aplicabilidad del referido proceso no contencioso para la propuesta de separación convencional de uniones de hecho, y asegurarse la debida distribución de bienes patrimoniales de relaciones concubinarias que desean poner fin a su vínculo concubinario.

Asimismo he podido desarrollar el artículo jurídico, habiendo recopilado información jurídica actualizada y muy aportativa sobre el tema planteado; confirmando así lo sostenido por los autores colombianos Cuartas y otros (2007), de que “en el ámbito de los estudios e investigaciones jurídicas de análisis académico y práctico sobre los procesos civiles, si bien se ha tenido una cierta consideración importante por el carácter innovativo que viene representando los procesos no contenciosos, pero ello no concuerda propiamente con la cantidad de estudios que se hayan efectuado acerca de los procesos alternativos, y de aquellos facultativamente tratados por la vía notarial, y en torno a los cuestionamientos que se vienen dando a la mal llamada jurisdicción voluntaria; a pesar de que en diversas legislaciones jurídicas del Derecho Civil y Notarial de los Países Latinoamericanos, como en el caso Colombiano, ya se ha venido transfiriendo la competencia procesal de los divorcios a ser ejecutada

1 Rentería, M. (2012). La Conciliación en Familia. Lima: Publicaciones de Revista Jurídica de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

por las Notarías” (p. 13)², teniéndose así estudios muy limitados al respecto sobre los procesos no contenciosos, y específicamente sobre la Separación Convencional, y asimismo tampoco se han establecido propuestas jurídicas para el mejoramiento de lo regulado en la correspondiente Ley N° 29227.

Si bien los aportes del proceso no contencioso de separación convencional y de ulterior divorcio basado en la Ley N° 29227 del 16 de mayo de 2008, tiene aspectos aportativos de facilitar la máxima eficacia tanto jurídica como administrativa en cuanto que de manera inmediata y de rapidez oportuna se pueda emitir en el corto plazo posible, de entre 15 días a menos de un mes, las actas notariales que declaren la separación convencional de las partes conyugales por acuerdo mutuo, y con ello facilitarse en el transcurso de dos meses la acreditación final de la disolución del vínculo matrimonial; pero muy a pesar de ello, también se tiene que la falta de conocimiento exacto de una de las partes conyugales sobre los requisitos de solicitud de separación convencional a presentarse ante Notario, sobretudo en cuanto que deban presentar ambas partes escrituras públicas y actas de inscripción registral de bienes de sociedad de gananciales que hayan constituido durante la vida matrimonial, resultando que al desconocerse por cualquiera de las partes de tal requisito fundamental, se encuentra expuesta riesgosamente a que una de las partes proceda indebidamente en tratar de posesionarse por medio fraudulento o ilícito de la totalidad de los bienes gananciales, llegando así hasta inclusive en presentar documentos de escritura pública o acta de inscripción registral en que supuestamente se haya contado a la vez con el reconocimiento de la otra parte, el cónyuge accionante se haga pasar como propietario original de todos los bienes de matrimonio, cuando en sí la otra parte que va resultar afectada, no ha tenido conocimiento alguno del mal proceder de su cónyuge separado, y de la administración futura que tendrán sus bienes gananciales; y que por ende posteriormente de resolverse el caso por vía notarial, declarándose la separación convencional por emisión de acta notarial respectiva, y transcurriéndose dos meses de haberse expedido la acta, y se llegue a acreditar finalmente la disolución final de la unión matrimonial; puede resultar en que la parte conyugal en situación vulnerable, por desconocer el manejo de sus bienes, y del accionar indebido que haya realizado el otro cónyuge separado, que habiendo acreditado documento de escritura pública formal sobre el dominio absoluto de todos los bienes gananciales que se hayan adquirido durante la convivencia matrimonial; finalmente la parte afectada llegaría a perder la totalidad de sus bienes que debería corresponderle.

En base a lo señalado anteriormente, el desarrollo de esta exponencia, comprende principalmente en poderse plantear determinadamente la modificación

2 Cuartas, Alberto y otros (2007). *Polémica Procesal: Justicias alternativas y procesos no jurisdiccionales*. Antioquia: Publicaciones Jurídicas del Instituto Colombiano de Derecho procesal.

del artículo 7 de la Ley N° 29227 del 2008, en cuanto de formularse la eliminación del plazo de dos meses que se da entre una vez concluida la audiencia única en vía notarial con emisión del acta notarial correspondiente, hasta confirmarse finalmente la disolución definitiva del vínculo matrimonial; a efectos de que por principio de eficacia jurídica se haga efectiva la ejecución automática del acta notarial que se haya emitido declarando la separación convencional, y por ende de manera sumaria se acredite inmediatamente el ulterior divorcio sin tenerse que esperar más de dos meses en sí, evitándose de esa forma que una de las partes conyugales en separación, pretenda realizar en esos dos meses, una apropiación indebida o fraudulenta de la totalidad o de gran parte de los bienes gananciales, a costa y con desconocimiento total de la otra parte conyugal, y hasta sin tenerse su pleno consentimiento.

Por otra parte, también formulo como propuesta adicional, en cuanto de que se pueda adicionar al marco normativo de la Ley N° 29227 del 2008, de poder agregarse un procedimiento específico para la atención y declaración de separación convencional por acuerdo mutuo que se pueda dar entre relaciones o parejas de convivencia (Uniones de Hecho), a efectos de que se establezcan las condiciones y mecanismos más competentes y viables para que las parejas de convivencia puedan formalizar su situación desde que inician su relación de concubinato o haya transcurrido dentro de dos años la convivencia, para poderse inscribir preventiva y formalmente la unión de hecho que corresponda, como así también de que puedan inscribir anticipada y constantemente los bienes gananciales que vayan adquiriendo, además de facilitárseles en elegir el régimen patrimonial de administración de sus bienes; lo que conlleve finalmente a hacerse más facilitable y competente cuando se decida por los propios concubinos en separarse definitivamente, y para ello puedan recurrir ante la sede notarial que corresponda, donde se expida el acta notarial correspondiente que declare la terminación o disolución de la unión de hecho, y se pueda resolver de manera decisiva con especificación de los acuerdos que se deban asumir al respecto en cuanto a que deban cumplirse entre las partes, las obligaciones derivables de los efectos personales y patrimoniales ocasionados por la ruptura de la unión convivencial, y asimismo para una garantizable distribución de los bienes de gananciales que se hayan adquirido y conformado en torno a la sociedad de gananciales producto del tiempo en que se haya dado la vida concubinaria.

1. FUNDAMENTOS DOCTRINARIOS Y JURÍDICOS IMPORTANTES ACERCA DEL PROCESO DE SEPARACIÓN CONVENCIONAL Y ULTERIOR DIVORCIO EN SEDE NOTARIAL Y CONVIVENCIA

Con respecto al Proceso No Contencioso, viene a ser el conjunto de aquellos procesos a los que se puede recurrir indistintamente ante el Notario u otra Entidad no Judicial, para tramitarse según corresponda los siguientes asuntos jurídicos:

1. Rectificación de partidas;
2. Adopción de personas capaces;
3. Patrimonio familiar;
4. Inventarios;
5. Comprobación de Testamentos;
6. Sucesión intestada.
7. Separación Convencional y Divorcio Ulterior
8. Prescripción adquisitiva de dominio.
9. Formación de títulos supletorios.
10. Rectificación de áreas, linderos y medidas perimétricas.
11. Reconocimiento de Uniones de Hecho.
12. Convocatoria a junta obligatoria anual y a junta general.
13. Nombramiento de curador.

Uno de los procesos no contenciosos más importantes que se vienen ejecutando a nivel de sede notarial es con respecto al tratamiento y resolución de los casos de Separación Convencional y Divorcio ulterior; tal como sostiene la autora Mejía (2016), de que “por efecto de eficacia jurídica - administrativa se delegó a los Notarios, la Competencia Procesal no Contenciosa de asumir el tratamiento, ejecución de procedimiento de trámite notarial, procesamiento y resolución de casos de separación convencional y ulterior divorcio, al no tenerse contrariedades o complejidades par que puedan tratar casos de separación matrimonial con acuerdo mutuo de los cónyuges; lo que se puede abordar y resolver rápidamente en el corto plazo posible, y teniéndose muy en cuenta de que el notario está facultado competentemente para efectuar el trámite respectivo dentro de un proceso no contencioso y reconocer con efectos vinculantes situaciones jurídicamente relevantes a través de un acta o una escritura pública que corresponda” (p. 3)³.

Asimismo se tiene una asunción doctrinaria de que el proceso no contencioso es un tipo procesal considerado dentro de la categoría de juicios voluntarios, y que tal como sostiene Arias (1957) citado por el Jurista Uruguayo Soba (2015), de que “es un proceso no judicializado que persigue, mediante la forma no contenciosa, la tutela de un interés o grupo de intereses que no están en conflicto con otro u otros intereses”⁴

3 Mejía, Rosalía (2016). Declaración Notarial de Paternidad a través de proceso no contencioso de competencia notarial, Lima: Publicaciones de Revista Notaría Mejía. Fuente consultada: <http://notariarosaliamejia.com/pdf/5.pdf>

4 Arias, José A. (1957). El Proceso Voluntario, Revista La Justicia Uruguaya, Tomo 35, sección doctrina, Montevideo. Citado por Soba, Ignacio (2012). Procesos voluntarios: cuestiones teóricas y actualidad del debate. Montevideo. Fuente Consultada: <https://luy.linkedin.com/in/dr-ignacio-m-soba-bracesco-4ba85a35>

En el ámbito de los asuntos no contenciosos, siempre que ello sea así por esencia, no está en juego la jurisdicción por cuanto no existe contienda o controversia de intereses. Por eso, hace mucho tiempo la doctrina habla de “jurisdicción voluntaria”, como sostiene el jurista nacional Gonzales (2012), “para englobar determinados procedimientos en los que se busca legalizar o legitimar una situación jurídica (poner fin a una incertidumbre jurídica), sin que exista Litis”⁵. Normalmente se habla de “asunto no contencioso” como sinónimo de “jurisdicción voluntaria”.

Se tiene así que una de las formas de jurisdicción voluntaria es el proceso no contencioso tratado y ejecutado bajo instancia de las Notarías o por vía notarial, y que tal como sostiene la autora ecuatoriana Sanmartín (2017), “los procesos de divorcio mediante juicios voluntarios se ejercen acorde a lo propuesto en la vigente Ley Notarial Ecuatoriana, en que el notario tiene competencia exclusiva sobre asuntos específicos de la jurisdicción voluntaria, por lo que la forma de ejercerla no es la misma como la puede equiparar a la de los jueces, para quienes por cierto la ley ha establecido discrimen respecto de los actos de jurisdicción voluntaria con lo que se refiere al tiempo de disolver esta figura jurídica” (p. 46)⁶.

Aunque con respecto a la aplicabilidad del proceso no contencioso en sede notarial para la resolución de los casos de separación convencional y ulterior divorcio, precisamente no se llega a configurar absolutamente el modelo de jurisdicción voluntaria, ya que como sostienen los autores Becerra, Rodríguez y Schiaffino (2012), de que: “No es jurisdicción como tal porque no hay Juez que resuelva un litigio inexistente, en donde no hay contradicción y no hay partes en conflicto, y asimismo no es voluntaria porque la intervención que deba tener al respecto el Juez es de carácter obligatorio conforme a ley; debiéndose considerar a la vez que la jurisdicción voluntaria perteneció originalmente en ejercicio de las funciones competentes a los Notarios y con el transcurso del tiempo fue pasando a los órganos de Poder Judicial, pero desde inicios del presente siglo nuevamente se ha venido readaptando la aplicabilidad de la jurisdicción voluntaria en la competencia de los Notarios para abordar y ejecutar procesos no contenciosos” (p. 1)⁷; siendo que más aún para el caso de separación convencional, los funcionarios de Notaría tienen la finalidad de

5 Gonzales Barrón, Gunther (2012). “Derecho Registral y Notarial” - Tomo 11: Derecho Notarial. Editores Jurista. Lima - Perú. Pág. 238

6 Sanmartín, Nelly (2017). En su Proyecto de investigación titulado: “Reforma al Artículo 18, numeral 22 de la Ley Notarial a fin de que se cambie el plazo no menor a 60 días para la audiencia; por el tiempo que señala el arto 335 del COGEP respecto a los divorcios en juicios voluntarios”. Para la obtención del Título de Abogada de los Tribunales de la República, en la Universidad Regional Autónoma De Los Andes - Uniandes; Santo Domingo - Ecuador.

7 Becerra Palomino, Carlos Enrique; Rodríguez Domínguez, Elvito; y Schiaffino De Villanueva, Liova (2012). Competencia Notarial en Asuntos No Contenciosos - Anteproyecto de Ley presentado al Congreso de la República, Lima: Publicaciones del Colegio de Notarios de Lima.

acreditar y constatar previamente que las partes conyugales estén con pleno acuerdo mutuo para separarse y así procederse rápidamente en efectuarse el procesamiento respectivo y el correspondiente trámite administrativo - notarial; y por ende de hasta poder llegar a emitirse

con suma eficacia en el corto plazo posible, el acta notarial que corresponda, a efectos de darse la notificación pertinente de sentencia declarativa de separación convencional, y con ello así, se pueda facilitar a posteriori el reconocimiento definitivo de la disolución del vínculo matrimonial en el término de dos meses, después de haberse emitido el acta correspondiente, en base a la audiencia única realizada en vía notarial como regula la Ley N° 29227 del 16/05/2008.

La jurisdicción voluntaria tiene un origen fundamentalmente histórico, pues en cierto momento de desarrollo del Estado de Derecho, se necesitaba de un órgano estatal que legalizase o comprobase las situaciones de hecho, razón por la que se encomendó al Poder Judicial, dentro de la doctrina de la separación de poderes, que resuelva estas solicitudes.

La jurisdicción voluntaria es competencia de un juez, pero, cuando conoce de los asuntos no contenciosos. El término “voluntario” proviene de la circunstancia que la potestad jurisdiccional, propiamente dicha, opera en el ámbito conflictivo, por lo que fuera de ello, se trata de una competencia voluntaria, facultativa, casi de un añadido sobre abundante que otorga la ley.

2. ANÁLISIS DE LA LEY DE PROCEDIMIENTO NO CONTENCIOSO (LEY N° 26662) Y CONCORDANCIA CON LA LEY DE NOTARIADO - DECRETO LEGISLATIVO N° 1049 DEL 25/06/2008

El objetivo de la Ley de Procedimiento No Contencioso (Ley N° 26662 del 20/09/1996) en relación con el del Decreto Legislativo N° 1049 (de competencia notarial en asuntos no contenciosos, promulgado el 25 de Junio del 2008); es la de devolver los asuntos no contenciosos a órganos especializados en derecho privado y con potestad de certificación o comprobación distintos del Poder Judicial, con el fin de facilitar la vida al ciudadano y, de paso, descongestionar los Tribunales con asuntos que para ellos resultan superfluos.

Con la Ley N° 26662, como sostiene Becerra (2000), “establece que los asuntos no contenciosos de competencia notarial son: la rectificación de partidas, la adopción de personas capaces, el patrimonio familiar, los inventarios, la comprobación de testamentos cerrados, separación convencional y la sucesión intestada” (p. 59)⁸. Ello se ha venido contemplando en torno a la ampliación de

8 Becerra Palomino, Carlos Enrique (2000). “la competencia notarial en asuntos no contenciosos. Análisis críticos de la legislación peruana”. En *Notarius*. Revista del Colegio de Notarios de Lima, N° 10 Lima, pp. 59 ss.

temas o materias de naturaleza no contenciosa. Los asuntos notariales pueden ser, también, de competencia del juez de paz letrado, a elección del usuario.

En resumen, la intervención notarial en los asuntos no contenciosos se justifica por las siguientes razones:

- Existe ausencia de litis, es decir, se trata simplemente de esclarecer una incertidumbre jurídica o declarar un derecho no controvertido.
- Existe consentimiento o asentimiento de los interesados, o por lo menos ausencia de oposición, siempre que no existan afectados concretos o determinados.
- No tiene carácter de cosa juzgada.
- Permite que los jueces se dediquen a resolver temas en los que si existe conflicto de intereses.

La experiencia práctica de la ley ha demostrado que esta cumple su finalidad, pues un alto porcentaje de los asuntos no contenciosos se tramita ante notario, y no ante el juez de paz letrado, a pesar de la competencia alternativa que ambos comparten.

3. EL PRINCIPIO DE EFICACIA JURÍDICA EN TORNO A LA EJECUCIÓN DE LOS PROCESOS NO CONTENCIOSOS EN SEDE NOTARIAL

Se tiene que en base a lo normado entre la Ley N° 26662 de 1996 y el Decreto Legislativo N° 1049 del 2008, al contemplar en sí, la regulación procedimental y de trámite de competencia notarial que se sigue para determinados asuntos de procedimiento no contencioso, siendo uno de estos casos el de Separación Convencional y de Ulterior Divorcio que debiendo ejecutarse acorde al principio de eficacia jurídica - notarial contemplado entre los artículos 125 y 130 inciso d) del Decreto Legislativo referido; llega a implicar en sí el mismo procedimiento tramitador analizado anteriormente para aquellos casos de solicitud de separación convencional deban efectuarse en el plazo de tiempo más inmediato posible, donde solamente se procede a cumplir directamente, sin complejidades o contradicciones, con el trámite y la constatación de consentimiento mutuo correspondiente en torno a las partes conyugales que requieran el divorcio por mutuo disenso y cumpliendo los requisitos formales establecidos al respecto en el decreto legislativo referido y en la respectiva Ley N° 29227 del 2008, que no demanda seguir el procedimiento ante los órganos jurisdiccionales ya que su grado de tratamiento está garantizado con la plena voluntad y consentimiento de las partes para concretar la separación convencional, sin oposiciones o contradicciones al respecto, y así darse ejecución acreditable posteriormente del divorcio ulterior.

Cabe sostener que el Notario llega a ejecutar una función pública para robustecer con una presunción de verdad, la misma que le es otorgada por el

Estado; los actos en los que interviene, colaborando en la formación correcta de los actos o negocios jurídicos privados dándoles solemnidad, forma y efecto legal a los mismos; permitiendo la realización normal del derecho. El notario ejerce su función de manera exclusiva y autónoma. Los instrumentos públicos que emite en el ejercicio de sus funciones constituyen prueba privilegiada ante cualquier órgano jurisdiccional, además desempeña sus funciones dentro del ámbito privado, esto es; no depende del Estado. De esta forma se llega a comprobar la labor efectiva que realizan los notarios al respecto, para auxiliar y optimizar la actividad procesal judicial, llegando a tratar y ejecutar el trámite de los casos que pueden ser directamente tratados reduciendo así la carga procesal de los órganos competentes del Poder Judicial en el tratamiento de los asuntos no contenciosos, como el de los referidos a la adopción de personas capaces o mayores de edad.

La Ley N° 26662 refiere en sus primeros artículos, en establecer la competencia alternativa de los notarios en los asuntos no contenciosos de rectificación de partidas, adopción de personas capaces, patrimonio familiar, inventarias, comprobación de testamentos cerrados, separación convencional y sucesión intestada. De los siete casos contemplados en la versión primigenia de la Ley, cuatro de ellos concluyen en el otorgamiento de una escritura pública (separación convencional, rectificación de partidas, adopción de personas capaces, patrimonio familiar), y tres requieren la extensión de un acta (inventarios, comprobación de testamentos cerrados, patrimonio familiar). En la escritura pública se produce una declaración de voluntad, pues se trata del instrumento típico que documenta el otorgamiento de actos o negocios jurídicos. Esta declaración de voluntad, en nuestro ordenamiento, generalmente viene precedida de una minuta autorizada por abogado. Si bien no hay duda de que el patrimonio familiar y la adopción (de personas capaces) son negocios jurídicos que se sustentan fundamentalmente en la declaración de voluntad del otorgante, sin embargo, es dudoso que ocurra lo propio en la rectificación de partida, ya que la corrección solicitada por el interesado se sustenta, no en una declaración, sino en instrumentos públicos complementarios que hacen evidente el error material. Por tal razón, la rectificación de partida debió culminar con un acta, en la que el notario legitime u homologue una determinada situación jurídica.

En el caso de los asuntos no contenciosos que culminan en un acta, es obvio que en ellos el procedimiento no se sustenta en la declaración de voluntad, sino en la actuación notarial basada en un sumario esclarecimiento de los hechos que termina declarando un derecho.

El art. 3 se refiere a las normas que deben aplicarse en la tramitación de los asuntos no contenciosos, señalándose, en primer lugar, a la propia ley especial (N° 26662), luego, a la ley del notariado (Decreto Legislativo N° 1049 del 2008), y, finalmente, con carácter analógico, el Código Procesal Civil. Como sostienen los

autores Amoros, Castro, Heredia, Marín, Muñoz, Silva y Vera (2015) sostienen que: “La actuación del notario en los asuntos no contenciosos se rige primariamente por el complejo normativo propio del Derecho notarial, pues este es el que regula propiamente su función” (p. 8)⁹. En consecuencia, el llamado del Código Procesal Civil solamente debe entenderse aplicable en forma de analogía, para las situaciones en las que claramente la legislación notarial contenga una laguna respecto del procedimiento y que deba salvarse de alguna manera. La razón de ello se encuentra en que el Código Procesal regula la función del juez, especialmente desde la perspectiva contenciosa, que es distinta a la actuación del notario, que se realiza sin contención y dentro del ámbito de normalidad del derecho. Aquí un ejemplo que aclara el panorama: existen tres asuntos no contenciosos que concluyen con una escritura pública; de acuerdo con la legislación notarial, la escritura pública requiere de minuta, que luego conforma un tomo aparte llamado “minutario”, por tanto el notario deberá llevar un minutario de asuntos no contenciosos que contengan las minutas de rectificación de partidas, adopción de personas capaces y patrimonio familiar. Por el contrario, existen otros tres asuntos no contenciosos que concluyen en acta, y que no se inician con minuta, razón por la cual los expedientes de sucesión intestada, inventarios y comprobación de testamento cerrado, no forman minutario, sino que se protocolizan al final del registro de asuntos no contenciosos. En ambas situaciones se ha aplicado exclusivamente la legislación notarial, sin que hubiese necesidad de acudir a la fuente analógica.

El art. 5 de la Ley señala que todo trámite se inicia mediante petición escrita de los interesados y sus representantes, esto es, apoderados voluntarios o apoderados legales, si se trata de menores o incapaces. La petición consta en solicitud o minuta, conforme ya lo hemos visto, lo que depende si el trámite culmina en acta o escritura pública, respectivamente. Sobre el particular, es bueno indicar que en el caso de la escritura pública, las solicitantes necesariamente deberán ser identificados en el momento de otorgarse el instrumento notarial; en cambio, en el acta, no es necesaria la identificación de los peticionantes, puesto que la solicitud al igual que una demanda en vía judicial no es objeto de fe de identificación. Téngase en cuenta que el acta se funda, no en la identificación de los peticionantes, sino en la declaración del notario que homologa un derecho no controvertido, y para lo cual se sustenta en los instrumentos públicos que le sirven de base para la sumaria aplicación de los hechos, y la consiguiente fijación del derecho en la situación jurídica dada.

La solicitud debe indicar el pretendido derecho subjetivo que la asiste a los peticionantes, así como el fundamento legal. Sobre el particular, se discute

9 Amoros, Fiorella; Castro, Jazmín; Heredia, Gaby; Marín, Miriam; Muñoz, Juan; Silva, Ytalo y Vera, Fiorella (2015). *Procesos No Contenciosos*. Lima: Publicaciones de Trabajos de Investigación de la Universidad Señor de Sipán.

si el notario puede modificar el sustento jurídico planteado en la solicitud. En nuestra opinión, la respuesta debe ser necesariamente afirmativa, pues en el ámbito de los asuntos no contenciosos, el notario decide la incertidumbre jurídica aplicando el derecho al caso concreto, por lo que su apreciación jurídica no puede quedar mediatizada por el error o equívoco jurídico en el que hubiesen incurrido las partes. Este tema es de especial aplicación en el ámbito de las sucesiones intestadas.

El art. 6 de la ley exige consentimiento unánime de los interesados, no solo en el momento inicial, sino, durante el procedimiento, pues si en algún momento surge oposición, entonces el notario deberá suspender su actuación y remitir lo actuado al juez correspondiente. Esta norma, con infeliz redacción, trata de señalar que el notario actúa su ministerio en el ámbito de intervolentes, es decir, cuando exista consentimiento a favor, o por lo menos cuando haya asentimiento presunto por falta de oposición. Así, por ejemplo, en la sucesión intestada, el peticionante puede ser una sola persona, la que a su vez solicita que se notifique a otros sujetos que cuentan con vocación hereditaria. En este caso, “no hay consentimiento de todos los interesados”, pero aun así el procedimiento puede iniciarse, y si es que no se produjese ninguna oposición entonces éste se culminará con una declaración del notario. Por otro lado, en un buen número de asuntos no contenciosos, se exige la publicidad mediante edictos, por lo cual es posible que un interesado tome conocimiento del procedimiento por esa vía, y se oponga. Por tal razón, es bastante claro que la ley no puede referirse al “consentimiento de todos los interesados” para iniciar los procedimientos, ni para culminarlos, como dice incorrectamente la ley, pues basta la falta de oposición, siempre que no se afecte a personas concretas o determinadas.

El art. 7 prevé el caso de que el notario pueda requerir, de oficio, la colaboración de las autoridades para obtener datos e informes que les sean indispensables para la tramitación de los procedimientos no contenciosos, para lo cual la norma impone un deber de colaboración en el funcionario requerido. Si bien se ha criticado esta norma señalando que desvirtúa la función notarial, pues, el notario podría sustituirse en el interés de la parte quien debe ser la que aporta los medios probatorios, sin embargo, y a pesar de esta crítica, nosotros consideramos que la norma se justifica ampliamente, no para requerir las pruebas que haya omitido el peticionantes, sino, más bien, para corroborar la autenticidad de los documentos que se le hubiese presentado (por ejemplo: partidas de nacimiento) o para completar una prueba que ya se exhibió (por ejemplo: requerir a un funcionario que informe si determinada certificación mantiene su vigencia, o si tiene nuevos datos al respecto). Demás está decir que el uso de esta potestad es excepcional, y solamente puede ejercitarse cuando se justifique debidamente, según las circunstancias del caso.

El art. 12 de la ley indica que el documento notarial (rectius. Instrumento) se presume auténtico y produce todos sus efectos, mientras no se rectifique o se declare judicialmente su invalidez. Sobre esto, debe indicarse que si bien en principio los instrumentos notariales gozan de una doble presunción de autenticidad y legalidad, esta conclusión debe matizarse a efectos de evitar errores. Así, pues, la autenticidad juega exclusivamente en el ámbito de los hechos (los cuales pueden calificarse de ciertos o falsos), en donde juega la fe pública; mientras que la legalidad se aplica en el derecho. Por tanto, así debe entenderse e interpretarse esta norma, pues en algunos casos (ejemplo: la sucesión intestada), lo único que se encuentra es la aplicación del derecho y, por tanto, la declaración notarial se presume fundamentalmente ser ajustada a la legalidad; pues, aquí los hechos se reputan probados con las partidas de nacimiento, matrimonio o defunción, por virtud de la exigencia de instrumentos públicos con privilegiado valor probatorio. Por tanto, hay que tener mucho cuidado con el arto 12 ya que la presunción de autenticidad se circunscribe a los hechos, y existen algunos procedimientos no contenciosos en los que prácticamente no hay constatación de hechos.

El art. 14 exige que las minutas y solicitudes estén autorizadas por abogado, lo que se justifica por su naturaleza, en los que se requiere del mayor celo y seriedad profesional. En la práctica, los abogados resultan también beneficiados con la competencia notarial de asuntos no contenciosos, pues si los procedimientos se realizan con mayor rapidez, entonces el abogado invierte menor tiempo para patrocinar debidamente a su cliente.

4. ACERCA DEL PROCESO NO CONTENCIOSO PARA CASOS DE SEPARACIÓN CONVENCIONAL Y DIVORCIO ULTERIOR

Cabe sostener previamente como antecedente fundamental, sobre la aplicabilidad del proceso no contencioso para casos de separación convencional; en cuanto a lo presentado en el año 2006 acerca del proyecto de ley sobre el divorcio por mutuo acuerdo en Municipalidades y Notarías, elaborado por la congresista Cecilia Chacón, y que de manera factible y exitosa se consolidó en la promulgación de la Ley N° 29227 del 2008; en función justificatoria del hecho de que los procesos judiciales sobre divorcio por mutuo acuerdo demoraban en sí, alrededor de un año y más hasta llegar a la sentencia; a pesar de tenerse en cuenta que en estos procesos no había conflicto o controversia, pero que al tornarse dilatados estos hechos en sí, llegaban a recargar las labores judiciales, y que entre los años 2005 al 2007, se tenía una alta sobrecongestión procesal en los tribunales judiciales - civiles, en que se tenía que el 70% de los casos procesados por divorcio eran por causal de mutuo acuerdo; y que debían resolverse en tiempos más acelerados y con alta eficacia procesal-judicial; por lo que en base a ello se sustentan los beneficios principales de la Ley N° 29227, en cuanto que se podría reducir la carga procesal del Poder Judicial.

Algunos especialistas rechazaron la propuesta, considerando que el Proyecto favorecería el denominado “divorcio al paso”, y que más aún supuestamente que los municipios y notarías no contarían con personal especializado y el principal argumento sería que el Estado debería fortalecer la Familia como institución y no destruirla.

Para quienes están en la situación de separación, dicho proyecto era satisfactorio, porque con ello podrían lograr el divorcio ansiado en menos tiempo. Otros sostenían que los acuerdos en los municipios y notarías deberían ser verificados por el Juez Especializado de Familia.

5. LEY N° 29227. SOBRE TRÁMITE NO CONTENCIOSO PARA CASOS DE SEPARACIÓN CONVENCIONAL Y DIVORCIO ULTERIOR

Como sostiene Hernández (2012): “Esta norma incorpora la competencia de los notarios y de las municipalidades para el trámite de procesos de separación convencional y divorcio ulterior, en la vía de proceso no contencioso, modificando para este efecto el Código Civil, Código Procesal Civil y la Ley N° 26662, Ley de Competencia Notarial en Asuntos no Contenciosos”¹⁰

Es indiscutible que un proceso de divorcio es de trascendental importancia, pues está en juego la modificación del estado de familia de los que dejarán de ser cónyuges y de sus hijos, quienes a partir de la disolución del vínculo matrimonial ejercerán de modo distinto sus derechos subjetivos familiares. Por ello se ha asignado, hasta antes de la ley bajo comentario, al órgano jurisdiccional especializado la función de concederlo.

Así, nuestro sistema normativo ha regulado el proceso divorcio como respuesta legal a la crisis matrimonial desde dos perspectivas: una sancionadora, donde el divorcio se otorga previa acreditación judicial en un proceso de conocimiento de situaciones fácticas que implican la culpabilidad de alguno de los cónyuges, con los consecuentes efectos desfavorables en su contra y de otro lado desde una perspectiva de remedio, donde éste se produce por la constatación judicial en un proceso sumarísimo del quiebre de la convivencia conyugal, sin tomarse en cuenta la culpabilidad o responsabilidad de los cónyuges. A esta última perspectiva pertenece la Separación Convencional.

La Separación Convencional ha significado, en nuestra legislación el último acto de decencia y madurez que dos personas que han dejado de amarse pueden hacer. Pues estando ya de acuerdo de su desacuerdo definitivo, negocian y consensúan una propuesta de convenio que regulará el régimen de la patria

10 Hernández Alarcón, Christian (2012). Comentarios a la Ley N° 29227 que regula Procedimiento no contencioso de la Separación Convencional y Divorcio Ulterior en las Municipalidades y las Notarías. Lima, Fuente <https://les.scribd.com/documentU229053675/Comentarios-a-Ley-29227>

potestad, la tenencia, régimen de visitas y los alimentos de sus hijos, así como el destino final de los bienes que adquirieron, evitando además ventilar las causas de su conflicto ante los estrados judiciales.

Como se puede constatar, el sistema de divorcio en el Perú ha caminado en los últimos tiempos hacia la simplificación a nivel sustantivo con la inclusión de las causales de separación de hecho y de imposibilidad de hacer vida en común y a nivel procesal con la exclusión en los Procesos de Separación Convencional del Ministerio Público como parte cuando no hay hijos sujetos a la patria potestad, la eliminación de la consulta a la Sala Superior luego de la sentencia y mediante el acortamiento de los plazos para la emisión de la sentencia de disolución del vínculo de 6 a 2 meses. En este contexto la norma bajo comentario ha tenido la intención de consolidar uno de los máximos aportes de los procesos no contenciosos, en cuanto de que se requiera la plena desjudicialización de los trámites referentes a casos que puedan resolverse de manera rápida y eficazmente oportuna.

En la actualidad un Proceso Judicial de Separación Convencional, sustanciado como sumarísimo conforme a las reglas establecidas en los artículos 573 a 580 del Código Procesal Civil, ha significado por sí mismo un trámite muy corto, pues implica únicamente la calificación judicial de los requisitos de la demanda (básicamente la propuesta de convenio), el traslado al Ministerio Público en los casos en los que hay hijos menores de edad y la realización de una audiencia en la que incluso se subsanan algunos defectos, luego de la cual si es que los cónyuges no revocan su decisión dentro de los treinta días naturales posteriores a su realización, se encuentran expeditos los autos para la emisión de la sentencia de separación convencional a partir de cuya notificación, cualquiera de los cónyuges luego de transcurridos dos meses puede solicitar la disolución del vínculo matrimonial. Un proceso con estas características dura en promedio 5 meses.

Cabe preguntarse si con el denominado “Divorcio Rápido”, la situación de los procesos de separación convencional van a ser más simplificados o si por el contrario; la desjudicialización sólo implicará la administrativización del procedimiento en sede Municipal o Notarial; por lo que es esencial analizar el contenido normativo de la Ley N° 29227 del 2008.

Competencia no contenciosa de las Notarías:

La norma bajo comentario además de permitir la Separación Convencional ante la Municipalidad o Notaría del último domicilio conyugal, replicando la competencia territorial a nivel judicial establecida en el inciso 2 del artículo 24 del Código Procesal Civil, incluye como aporte esencial la competencia de las notarías de los lugares donde se hayan celebrado los matrimonios. No obstante no permite, el inicio del trámite ante el Municipio del lugar del domicilio actual de las personas que lo solicitan, como sí lo permiten todos

los demás procesos no contenciosos, tal como lo señala el artículo 23 del Código Procesal Civil.

En este sentido, si bien se puede tramitar una separación convencional en forma alternativa ante el Juez de Familia, Notario o Municipio, este abanico de posibilidades se encuentra mermado por las serias divergencias existentes en la regulación de su competencia territorial, lo que representará un serio obstáculo para el acceso al procedimiento regulado en esta ley. Nosotros consideramos, que en el caso de la competencia notarial, esta dificultad puede ser resuelta mediante la inclusión de las notarías del domicilio actual de los solicitantes como competentes para el trámite de separación convencional, por aplicación supletoria de la competencia territorial regulada en la norma glosada del Código Procesal Civil, en virtud del artículo 3 de la Ley N° 26662, Ley de Competencia Notarial en asuntos no contenciosos.

La función notarial es en sí una actividad profesional - jurídica de carácter privado, pero con efectos jurídicos públicos en base a la emisión y reconocimiento de los instrumentos que autentiquen y legalicen actos y contratos derivados de la voluntad formal de las partes; y en cuanto también a lo que refiere sobre la comprobación de hechos y tramitación de asuntos no contenciosos conforme a las leyes; destacándose la función en forma personal que ejerce el notario 'de constatar directamente y dar fe de la voluntad de las partes o de las decisiones unilaterales que se toman para su legalización; así como de la función imparcial en que solamente debe centrarse el notario en dar autenticidad, como testigo, del acto jurídico respectivo que llegue a presenciar, sin intermediar o tender a favorecer a una de las partes intervinientes.

El Notario básicamente es un profesional de actividad jurídica autónoma e independiente que ejerce una función pública para dar fe, constatar, legalizar y autorizar el otorgamiento de documentos o instrumentos con carácter jurídico - legal en que se formalice la suscripción y acordamiento de actos jurídicos; para garantizarse la posterior ejecución de los mismos. Este concepto va acorde con lo señalado en el Artículo 2 de la Ley del Notariado (Decreto Legislativo N° 1049 - 25/06/2008), en que se regula que el Notario es el profesional del derecho que está autorizado para dar fe de los actos y contratos que ante él se celebran; siendo que para ello formaliza la voluntad de los otorgantes, redactando los instrumentos a los que confiere autenticidad, además de conservar los originales y expedir los traslados correspondientes. Otro concepto que refuerza las definiciones aportadas sobre Notario, es el fundamento dado en torno a la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC N° 004-1997-AIITC) en que dándose especial relevancia al rol del notario en la sociedad, teniéndose en cuenta que en el Perú rige el sistema de organización notarial de tipo latino, definiéndose así que el notario es un profesional del derecho que, en forma imparcial e

independiente, ejerce una función pública consistente en autenticar, redactar, conservar y reproducir los documentos, así como asesorar de manera imparcial a quienes soliciten su intervención, incluyéndose la certificación de hechos. A dicha concepción habría que agregarle de que el funcionario notarial también se encarga de la tramitación de asuntos no contenciosos previstos en las leyes de la materia, esto como se determina por el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1049, a fin así de tenerse una definición jurídica - legal más completa sobre el Notario. En la doctrina comparada de España, el Notario es un Ministro de Fe que garantiza la legalidad de los documentos que interviene, y cuyos actos se hallan investidos de la presunción de verdad, estando habilitado por las leyes y reglamentos para conferir fe pública de los contratos y actos extrajudiciales, originados en el marco del derecho privado, de naturaleza civil y mercantil, así como para informar y asesorar a los ciudadanos en materia de actas públicas sobre hechos, y especialmente de cuestiones testamentarias y de derecho hereditario.

El Notariado se constituye así en el paso natural por el que transitan todos los actos de inversión, ya que como refiere Ávila (2007): “el notario es el profesional privado a quien se le delega dar fe de la actividad contractual privada, por lo que su intervención constituye un importante eslabón dentro de la cadena del desarrollo económico, pues ante él se condensa un gran número de actos y contratos de tráfico patrimonial, por lo que la modernización de la actuación notarial resulta fundamental a efectos de proteger las inversiones, tutelar los derechos y la propiedad, fomentar la actividad crediticia, facilitar los negocios, propender a la creación de empresas y simplificar las transacciones”¹¹.

Trámite Notarial

El trámite notarial conforme a la Ley N° 29227 que regula el Procedimiento no contencioso de la Separación Convencional y Divorcio Ulterior en las Notarías, es un proceso de separación convencional tramitado a nivel judicial, conforme lo dispone el artículo 5790 del Código Procesal Civil, el juez tiene la posibilidad de aprobar o desaprobar el convenio propuesto, cuando no se asegure adecuadamente la obligación alimentaria y los deberes inherentes a la patria potestad y derechos de los menores o incapaces y es donde el Ministerio Público tiene una actuación determinante al ser el defensor de los intereses de la sociedad en ésta caso de la familia y de los hijos menores. En cambio, en el procedimiento no contencioso de la Separación Convencional y Divorcio Ulterior en las Municipalidades y las Notarías, esta posibilidad de

11 Ávila Álvarez, Pedro (2007): “Estudios de Derecho Notarial”, Ediciones Grijley, Lima - Perú, Pág. 21.

no acoger el convenio no existe, en primer lugar porque ya no hay convenio, pues ya está resuelto. El Régimen Patrimonial no debe ser liquidado ni debe regularse el régimen de la patria potestad pues su contenido concreto: tenencia, régimen de visitas y alimentos debe encontrarse previamente regulado sea mediante sentencia firme o acta de conciliación extrajudicial.

Al haberse expedido la Ley N° 29227 que regula el Procedimiento no contencioso de la Separación Convencional y Divorcio Ulterior en las Municipalidades y las Notarías, dada la trascendencia de los derechos de los hijos matrimoniales tienen para la sociedad y familia y que son resueltos en éstas sedes; el legislador debe de proponer adicionalmente la forma de intervención del representante del Ministerio Público como defensor de los derechos de los menores dentro del matrimonio disuelto, por ser de interés de la sociedad.

Según lo establece la ley sólo pueden acogerse a este procedimiento los cónyuges que estén de acuerdo en divorciarse, no tengan hijos menores de edad o hijos mayores con incapacidad ni hayan adquirido bienes dentro del matrimonio.

El divorcio notarial será verdaderamente un divorcio rápido siempre que exista acuerdo y no se tengan hijos ni bienes dentro del matrimonio, pues si existieran estos para acceder a esta nueva ley deberán efectuarse obligatoriamente procedimientos previos ante el Juez y/o Conciliador y/o Notario con el consiguiente incremento de trámites, tiempo y principalmente costos.

En caso de existir hijos menores o incapaces y/o bienes el divorcio judicial continúa siendo la alternativa más completa y segura pues es el Juez de Familia quien a través de un único trámite deja sin efecto el matrimonio y aprueba los acuerdos que los cónyuges lleguen a fijar libremente con relación a sus hijos y bienes.

Procedimiento:

a) Requisitos para la solicitud de divorcio por causal de separación convencional ante notario:

Desde el 17 de mayo del 2008 ya se viene aplicando en el Perú sobre el proceso no contencioso de poder tramitarse el divorcio directamente ante Notario o Municipio (ya no sólo ante el Juez) y obtenerlo en sólo 03 meses. Según la Ley 29227 sólo pueden acogerse a este procedimiento los cónyuges que cumplan los siguientes requisitos:

1. Que estén de acuerdo.
2. Que tengan dos años de casados.
3. Que no tengan hijos menores o incapaces.
4. Que no tengan bienes dentro del matrimonio.

En caso de no existir acuerdo o no tener dos años de casados el divorcio deberá ser tramitado “exclusivamente” ante el Juez siempre que exista alguna causal de divorcio establecida en la ley.

En caso de existir Hijos Menores o Incapaces sólo podrá tramitarse el divorcio ante Notario o Municipio si es que previamente han resuelto ante el Juzgado o ante un Centro de Conciliación los asuntos relacionados a los Alimentos, Tenencia y Visitas de los hijos menores o incapaces.

En caso existir Bienes Adquiridos dentro del Matrimonio sólo podrá tramitarse el divorcio ante Notario o Municipio si es que previamente los cónyuges de común acuerdo han efectuado la separación de los bienes matrimoniales ante Notario debidamente inscrita ante los Registros Públicos.

b) Trámite no contencioso de la separación convencional y divorcio ulterior seguido ante las Municipalidades

Con la dación de la Ley N° 29227 - Ley que regula el Procedimiento No Contencioso de la Separación Convencional y Divorcio Ulterior en las Municipalidades y Notarías, publicada el 16 de mayo de 2008, y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 009-2008-JUS y publicado el 13 de junio de 2008, se otorgó competencia a los alcaldes y notarios para declarar, a través de un procedimiento sencillo y de menor costo, la separación de cuerpos y el divorcio ulterior cuando no existan controversias entre los cónyuges. Sin embargo, durante la aplicación de dichas normas no han sido pocas las municipalidades que han tenido dificultades al llevar a cabo el referido procedimiento, debido a vacíos o deficiencias normativas y, por tanto, han solicitado opiniones jurídicas al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (MINJUS), en su rol de asesor jurídico del Estado, para absolver las consultas planteadas.

Por ello, la Dirección General de Desarrollo y Ordenamiento Jurídico del MINJUS ha creído conveniente publicar una Guía que explique cada una de las etapas del referido procedimiento y los principales problemas para tramitar el procedimiento y desarrollar ciertas figuras jurídicas, tales como los efectos de la reconciliación entre los cónyuges, la oposición de terceros, el otorgamiento de un poder común, etc.

La difusión de la Guía de Procedimiento No Contencioso permitirá que esta se constituya en una herramienta útil no solo para las autoridades municipales, sino para el público en general, pues en ella se establecen reglas claras que otorgan celeridad y transparencia al procedimiento seguido en numerosas municipalidades distritales y provinciales de Lima, así como del interior del país (Piura, Cajamarca, Amazonas, San Martín, Ucayali, Loreto, Lambayeque, La Libertad, Ancash, Junín, Huánuco, Huancavelica, Apurímac, Paseo, Madre de Dios, Cusco, Arequipa, Ica, Moquegua, Puno y Tacna).

Se tiene así que los cónyuges que deciden separarse convencionalmente y acogerse a la presente ley, deberán recurrir a las Municipalidades es decir presentarán una Solicitud dirigida al Alcalde distrital o provincial, también podrán recurrir a las Notarías, en ambos casos deben ser de la jurisdicción, es decir pertenecientes al último domicilio conyugal o del lugar donde se celebró el matrimonio. Por ejemplo si contrajeron matrimonio ante la Municipalidad Distrital de Miraflores deberán concurrir a dicho Municipio, pero si ya no radican en dicha jurisdicción, podrán recurrir también a una notaría del último domicilio conyugal y así viceversa.

c) Requisitos de la solicitud de separación convencional y divorcio ulterior

Los requisitos de la solicitud y anexos son:

- a. Se presenta una solicitud por escrito, señalándose nombre, documento de identidad (DNI) y el último domicilio conyugal, con la firma y huella digital de cada uno de los cónyuges.
- b. El contenido de la solicitud deberá expresar de manera indubitable la “Decisión de separarse”, es decir debe ser clara y expresa, por ejemplo “ en ejercicio de nuestra libre voluntad hemos decidido poner fin a nuestra unión conyugal y por consiguiente separarnos convencionalmente, en su mérito declare además el divorcio ulterior ... “.
- c. Adjuntar, copias simples y legibles de los documentos de identidad de ambos cónyuges.
- d. Acta o copia certificada de la partida de Matrimonio, expedida dentro de los tres (3) meses anteriores a la fecha de presentación de la solicitud.
- e. Declaración Jurada, con firma y huella digital de cada uno de los cónyuges, de no tener hijos menores de edad o mayores con incapacidad.
- f. Si hubiese hijos menores o hijos mayores con incapacidad, Acta o copia certificada de la Partida de Nacimiento, expedida dentro de los tres (3) meses anteriores a la fecha de presentación de la solicitud y copia certificada de la sentencia judicial firme o acta de conciliación respecto de los regímenes del ejercicio de la patria potestad, alimentos, tenencia y de visitas de los hijos menores o hijos mayores con incapacidad.
- g. En caso no hubiera bienes, Declaración Jurada, con firma e impresión de la huella digital de cada uno de los cónyuges de carecer de bienes sujetos al régimen de sociedad de gananciales.
- h. En caso se haya optado por el régimen de separación de patrimonios, es decir el régimen de separación de bienes (bienes de cada cónyuge), presentar la Escritura Pública inscrita en los registros públicos, de separación de patrimonios.

- i. En el supuesto que se haya sustituido el régimen de la sociedad de gananciales por el de separación de bienes o se haya liquidado el régimen patrimonial, se presentará copia de la Escritura Pública inscrita en los registros públicos.

La solicitud conforme a los requisitos antes señalados, se presenta ante el Alcalde de la Municipalidad distrital o provincial (debe tenerse en cuenta que la municipalidad haya sido previamente autorizada por el Ministerio de Justicia), también puede presentarse ante el Notario según decida los aún cónyuges, la autoridad sea Alcalde o Notario, califica la solicitud es decir verifica el cumplimiento de requisitos, en el caso que se presente la solicitud a la municipalidad requerirá visto bueno del área de asesoría legal o abogado.

Calificada positivamente la solicitud, el alcalde o notario cita a Audiencia Única en un plazo de 15 días, de no asistir uno o ambos cónyuges se convoca a nueva audiencia en el plazo no mayor a 15 días, si no concurren se declara concluido el procedimiento. En la Audiencia única los cónyuges aún deberán ratificarse en la solicitud de separación convencional.

Una vez ratificados los aún cónyuges en su decisión de separación, el alcalde o notario Declara la Separación Convencional, por resolución de Alcaldía o Acta Notarial. Transcurrido dos (2) meses de declarada la Separación Convencional, cualquiera de los cónyuges puede solicitar ante quien inició el trámite se declare la Disolución del Vínculo Matrimonial.

Sin más trámite el Alcalde o Notario, mediante Resolución de Alcaldía o Acta Notarial, declarará LA DISOLUCIÓN DEL VÍNCULO MATRIMONIAL Y dispondrá la remisión de oficios y partes para su inscripción y anotación correspondiente en el registro personal y registro civil.

6. PROCESO NO CONTENCIOSO PARA LA DECLARACIÓN DE UNIÓN DE HECHO Y DE CESE

Conforme se sostiene por la jurista Amado (2013), “que dado anteriormente en la legislación procesal civil y a lo normado por el Código Civil antes de su modificatorias legales por aportes legislativos en la materia de concubinato de nuestro país, se tenía que el reconocimiento de las uniones de hecho propias en nuestro país estaba a cargo única y exclusivamente del Poder Judicial; sin embargo, la Ley 26662, denominada Ley de Competencia Notarial en Asuntos No Contenciosos, ha sido ampliada o modificada por la Ley 29560, publicada en El Peruano el 16 de julio del 2010” (p. 147)¹².

12 Amado Ramírez, Elizabeth del Pilar (2013). La Unión De Hecho y el Reconocimiento de Derechos Sucesorios según el Derecho Civil Peruano. Lima: Revista VOX JURIS (25) 1, 2013.

En la referida Ley se autoriza a los notarios a realizar el reconocimiento de la unión de hecho propia contemplada en el artículo 326 del Código Civil de 1984, así como su cese, y su inscripción en el Registro Personal. “Ley considerada como un nuevo mecanismo de protección de la familia y un signo de promoción de las uniones no matrimoniales” (Vega, 2010b, p.37). Asimismo, la Ley 26662 ha sido modificada por la Ley 30007 del 17 de abril del 2013. Por consiguiente, ahora el reconocimiento de las uniones de hecho propias en nuestro país está a cargo o es de competencia del Poder Judicial o de la vía notarial, quedando a libre elección de los miembros de la unión de hecho la decisión de optar por una u otra vía, sin perjuicio de citarse que en caso de algún conflicto o desacuerdo de las partes intervinientes no podrá proseguir el trámite en la vía notarial, sino solo en la vía judicial, ya que el juez es el único que tiene facultades jurisdiccionales y de resolución de los conflictos, mas no los notarios. Este criterio es sustentado en el artículo 6 de la Ley 26662, referido al consentimiento unánime que debe existir en todo procedimiento no contencioso seguido a nivel notarial.

7. PROPUESTA DE MEJORAMIENTO ÓPTIMO DE LA EJECUCIÓN DEL PROCESO NO CONTENCIOSO EN SEDE NOTARIAL SOBRE CAUSAL DE SEPARACIÓN CONVENCIONAL Y ULTERIOR DIVORCIO, y PARA EL CASO DE CONVIVENCIA O DE SEPARACIÓN DE UNIONES DE HECHO

7.1. JUSTIFICACIÓN DE LA PROPUESTA DE ANULACIÓN DEL PLAZO DE DOS MESES ENTRE LA AUDIENCIA ÚNICA y EL RECONOCIMIENTO DE ULTERIOR DIVORCIO

La principal propuesta que apporto tiene su justificación doctrinaria - jurídica y casuística en base a que conforme a la experiencia de procesos judiciales anteriores en que por vía sumarísima, tras dilatados litigios judiciales entre las partes, que a pesar de mantener una posición o postura de mutuo acuerdo de separación entre sí, se daban los casos en que alguna de las partes frecuentemente presentaba o generaba obstáculos o impedimentos para dilatar o exacerbar la terminación de los juicios de separación convencional, hasta llegar a asegurarse indebidamente el control total o de gran parte de los bienes de sociedad de gananciales, en perjuicio mayormente de la parte desfavorecida o afectada con el divorcio; habiéndose dado casos cuestionables y muy críticos de que la parte conyugal afectada haya resultado muy vulnerada en sus derechos e intereses patrimoniales - económicos, al llegarse a producir la pérdida total de sus bienes invertidos y adquiridos durante la vida matrimonial por casos de artugios y estrategias negativas de parte del sujeto activo del divorcio, que de modo fraudulento o conveniente llegase a obtener la titularidad total de todos los bienes de gananciales por escritura pública y de haber realizado la inscripción registral correspondiente de los bienes contraídos en la etapa nupcial, además de

aprovecharse la falta de conocimiento o imposibilidad que tenga la parte afectada en no poder regularizar la situación de sus bienes conyugales que les pertenezca, y con ello así obtener el divorciante - accionante el total o mayor beneficio en la repartición de los bienes de sociedad de gananciales, una vez dictaminada la sentencia judicial respectiva, o de haberse emitido el acta notarial correspondiente que dentro de un plazo de dos meses puede consolidar la disolución definitiva del vínculo matrimonial.

Asimismo se tiene una también constante problemática con la misma aplicabilidad de la Ley N° 29227 del 2008, en cuanto al proceso no contencioso en vía o sede notarial para trámite de aceptación de las solicitudes de las partes que exigiesen divorcio por causal exclusiva de separación convencional de matrimonio, siendo que aparte de las ventajas y facilidades de rapidez y celeridad oportuna que dicho proceso ofrece para una emisión efectiva del acta notarial se acredite la separación convencional que corresponda; al tenerse tanto un efímero plazo para el desarrollo de la audiencia única que se pueda efectuar dentro de 15 días hasta que ambas partes confirmen el acuerdo de separación mutua o caso contrario de no tenerse manifestación expresa de una de las partes en sostener su postura divorciante, inmediatamente implicará que se autorice por mandato notarial que se proceda con la aprobación y confirmación acreditable de la separación de los cónyuges por acuerdo mutuo; siendo un plazo que está muy acorde a las pretensiones que la parte activa del divorcio pueda exigir en torno a sus argumentos y exigencias para obtener o beneficiarse con la mayor repartición de la repartición de los bienes de la sociedad de gananciales, aprovechando una supuesta titularidad total de los bienes de gananciales, inclusive de aquellos que pertenezcan a la parte afectada, aprovechándose al mismo tiempo para ello el desconocimiento de aquella o que se de la ausencia por razones fortuitas de la parte demandada en caso de divorcio por mutuo disenso, para finalmente el accionante pueda acreditar presuntamente en ser el propietario absoluto o el mayor poseedor de los bienes gananciales, actuando de manera indebida a costa de la otra parte conyugal; y con ello así lograr cuestionablemente en poder finalmente acceder y poseer la mayor proporción de los bienes de sociedad de gananciales al darse la ejecución definitiva de la disolución del vínculo matrimonial.

Pero principalmente se tiene que la mayor incidencia problemática, se llega a configurar cuando al haberse prefijado en el acuerdo de audiencia única en sede notarial sobre las condiciones de repartición de los bienes de sociedad de gananciales, ya pesar de tenerse discordias y contraposiciones por la parte que pueda resultar afectada con dicha repartición, además de tenerse una mayor exigencia indebida y exacerbada de alguna de las partes, en supuestamente acreditar en ser propietaria absoluta de la totalidad o de

una mayor parte de los bienes gananciales de matrimonio, preconciéndose un aparente dominio de titularidad de los bienes adquiridos durante la vida conyugal, y hasta tratándose de ejercer dominio excesivo y no autorizado sobre los bienes de la otra parte conyugal, con la intención subsecuente de que al transcurrirse dos meses para darse ejecución definitiva de la disolución definitiva del vínculo matrimonial, el accionante haya podido lograr de manera cuestionable y hasta ilegal, en obtener la totalidad propietaria de todos los bienes del matrimonio separado o disuelto; implicando consecuentemente que el otro u otra cónyuge llegue a perder todos sus bienes que les correspondan; y que en muchos casos no haya tenido conocimientos sobre los manejos indebidos y la adquisición propietaria ilícita que el principal sujeto divorciante haya realizado para apoderarse ilegalmente del total de bienes y propiedades que conformen la respectiva sociedad de gananciales.

De esta manera, es exigible de que se llegue a eliminar el plazo de dos meses en que llega a durar entre la terminación de la audiencia única en vía notarial, hasta hacerse reconocible definitivamente la disolución del vínculo matrimonial; a fin de evitarse que una de las partes divorciantes llegue indebidamente a tratar de posesionarse de los bienes conformantes de la sociedad de gananciales; considerando que en el transcurso de dos años, el principal sujeto accionante de divorcio puede llegar a adquirir de modo fraudulento la titularidad de todos los bienes que integren la sociedad de gananciales, o aprovechando la impericia y desconocimiento de la otra parte conyugal, para apoderarse de sus bienes, quien puede finalmente perder sus bienes propietarios que haya adquirido durante la etapa de vida matrimonial; y de esta forma cuando se ejecute el procedimiento de repartición de bienes tras cumplirse dos meses y hacerse efectivo la terminación de la unión matrimonial, la parte que resulte afectada por la pérdida de sus bienes gananciales que le corresponda, por sufrir el agravio derivado de que la otra parte divorciante se apropie irregularmente de sus bienes;’ llegará así en constituirse en una consecuencia negativa de los procesos de divorcio por separación convencional en vía notarial, de que pueda resultar en determinada forma perjudicable para las partes conyugales en separación, de aquellas que se encuentren en una posición más desfavorable o poco oportuna para hacer valer sus derechos derivables del ulterior divorcio; y por ende así se pondría en cuestionamiento la finalidad utilitaria del proceso no contencioso de separación convencional en sede notarial, lo que podría restar credibilidad a su eficacia y efectividad en la inmediatez procesal de atención y resolución de las solicitudes de divorcio por mutuo acuerdo en las instancias notariales; y que por ende se generen muy críticamente cuestionamientos directos a la actual vigencia aplicativa de la Ley N° 29227 del 2008.

Asimismo se tiene como otro fundamento justificable que coadyuva a proponer la derogación o anulación del plazo de dos meses que se da entre la audiencia única - notarial que se haya efectuado y la posterior confirmación ejecutable de la disolución del vínculo matrimonial correspondiente; es en cuanto que se pueda reconsiderar el aporte de la eficacia jurídica del procesamiento y resolución en sede notarial de las solicitudes de separación convencional y ulterior divorcio, como uno de los procesos no contenciosos más eficientes y efectivos que puedan llevarse a cabo en sede notarial; a efectos de que una vez emitida el acta notarial que reconozca la separación de cónyuges matrimoniales, esta tenga la máxima capacidad de ejecución formalizable en sí para que finalmente en modo automático y determinante se puedan hacer efectivas las disposiciones acordadas en torno al acuerdo de separación convencional que se haya aprobado y se contemple en el acta notarial respectivo; todo ello en sí en lo que corresponda para asegurarse debidamente el ejercicio requerido del ulterior divorcio, fundamentalmente en lo que respecta para una justa y garantizable repartición distributiva de los bienes gananciales que pertenezcan a cada parte ex - conyugal separada; evitándose ante todo que se susciten los problemas de apropiación indebida de bienes de la sociedad de gananciales por una de las partes en separación, o evitarse de que la parte más vulnerable llegue a sufrir la pérdida total de los bienes gananciales que le corresponda.

7.2. PROPUESTA DE EXTENSIÓN DEL PROCESO NO CONTENCIOSO POR VÍA NOTARIAL PARA LA SEPARACIÓN CONVENCIONAL DE PAREJAS CONVIVIENTES O UNIONES DE HECHO

Como segunda propuesta adicional que he considerado para el mejoramiento óptimo y extensible de ejecución del proceso no contencioso de separación convencional, se tiene en cuanto que pueda extenderse también para el tratamiento y resolución de casos de exigencia de separación de Uniones de Hecho o de Relaciones de Convivencia; sobretodo concretamente para darse resolución efectiva a los casos derivados de liquidación de sociedad de gananciales mediante cualquiera de las formas permitidas por la doctrina y normatividad jurídica - civil peruana en materia de sociedad de gananciales, en cuanto que habiendo decidido las partes concubinarias en separarse y que se pueda acreditar mediante un proceso notarial rápido y automático de carácter sumario, para que a su vez pueda darse ejecución inmediata de la repartición de bienes ya sea por el régimen de separación de patrimonio o de sociedad de gananciales; como también asimismo se pueda determinar competentemente los acuerdos necesarios que las partes convivientes puedan acordar entre sí y siguiendo las disposiciones establecidas básicamente en el Código Civil vigente sobre materias relacionadas con efectos personales y entre otros de carácter patrimonial derivados de relaciones de concubinato que pretendan separarse por acuerdo mutuo; teniendo en cuenta como señala la jurista argentina De

Blaser (2016), “de que las relaciones de unión de hecho también implican análogamente como se dan en torno a las uniones matrimoniales, la separación por acuerdo mutuo y voluntario entre las partes, donde una de ellas debe comunicar a la otra la decisión de separarse y terminar la unión convivencial; debiéndose efectuar y acreditarse formalmente con la presentación de acta de notificación notarial, como asimismo de permitirse el facilitamiento cuando ambas partes concubinarias acuerden en resolver la separación definitiva y terminación de la Unión de Hecho, debiéndose constatar y formalizar al respecto por acta o documento notarial correspondiente, que asimismo también llegue a comprender los acuerdos que deban definirse en función de compensación económica para la parte conviviente que resulte muy afectada por la ruptura de la unión de hecho, considerándose el pleno reconocimiento de la dedicación que cada conviviente haya brindado a su familia, y de sus aportes a la crianza y educación de los hijos, lo que se debe reconsiderar posteriormente a la finalización de la unión convivencial; como también por otra parte en cuanto a los acuerdos competentes que se deben llegar para poderse establecer las condiciones de delimitación de la debida repartición de bienes según corresponda a cada parte conviviente conforme haya adquirido bajo su propiedad y administrado respectivamente durante el tiempo de la vida convivencial que haya tenido; a efectos de evitarse conflictos de intereses al respecto y disputas innecesarias por bienes adquiridos individualmente y presuntamente en forma compartida” (p. 10)¹³.

También se justifica el requerimiento de un proceso no contencioso en sede notarial para el acuerdo de acceso y distribución de uso de las partes correspondientes para cada sujeto conviviente sobre los bienes inmuebles, como la vivienda familiar, que hayan compartido en modo copropietario, durante el periodo de convivencia que hayan sostenido entre dos a más años; todo ello en función de considerarse predominantemente el ejercicio del derecho a la justa Distribución de los bienes; y esencialmente asimismo para los casos en que a falta de acuerdo o pacto entre convivientes, y con excepción de los bienes que hacen al funcionamiento doméstico del hogar; en lo que respecta a la disposición y enfrentamiento de los gastos derivados por uso de dichos bienes, se debe resaltar que los bienes adquiridos durante la convivencia se mantienen en el patrimonio de aquel conviviente que los adquirió; por lo que así se pueda descartar la creencia y recurrencia indebida de que los bienes que se hayan adquirido durante una relación convivencial sean de ambos convivientes.

13 De Blaser, Ileana (2016). Uniones Convivenciales. Nuevo Código Civil y Comercial. Buenos Aires: Revista Jurídica Pensamiento Civil. Fuente consultada: http://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/2016/09/Doctri_na2440.pdf

CONCLUSIONES

1. El 14 de julio del 2008 entró en vigencia en el Perú la Ley N° 29227, conocida como la “Ley de Divorcio Rápido o Ley del Divorcio Municipal o Notarial”, la cual otorga a las notarías principalmente, la competencia necesaria en la ejecución en el procedimiento no contencioso de separación convencional y divorcio ulterior. Esta ley ha sido diseñada para obtener el divorcio ante una Notaría o Municipio en un plazo aproximado de tres (03) meses.
2. Sólo pueden acogerse a este procedimiento los cónyuges que estén de acuerdo en divorciarse. Si se necesita un trámite realmente rápido, se recomienda hacerlo vía notarial, la diferencia de costos es mínima. En cambio, en la Municipalidad, la duración es casi similar que en el Poder Judicial, ya que cada decisión de trámite debe ser firmada por el propio alcalde (burocracia), previa opinión del asesor legal.
3. Si bien el proceso no contencioso en sede notarial para la atención de las solicitudes de separación convencional y de divorcio ulterior, trasciende por la eficacia y efectividad en que se puedan resolver en el corto plazo posible de entre 15 días a menos de un mes, los casos referentes que se presenten en sí y a efectos de facilitarse en el término de dos meses la posterior disolución definitiva del vínculo matrimonial; pero la falta de mayores condiciones y mecanismos de determinación efectiva de la distribución justa de los bienes de sociedad de gananciales para los cónyuges en separación; y la tendencia negativa de que una de las partes pretenda posesionarse de manera fraudulenta e indebida de todos los bienes adquiridos durante la vida matrimonial; puede conllevar a que la otra parte conyugal en el proceso, finalmente llegue a resultar afectada con la pérdida total de los bienes de gananciales que le ha debido corresponder.
4. Se puede constatar en la casuística reciente de los últimos seis años, con respecto a que en gran porcentaje de la cantidad de procesos no contenciosos de separación convencional y ulterior divorcio que se han resuelto en las instancias de Notaría en el distrito judicial de Lima Metropolitana, si bien se han podido emitir eficazmente las actas notariales correspondientes en el corto plazo posible, acreditándose la separación por mutuo acuerdo de las partes, pero recurrentemente se ha podido constatar problemas de discordancias y conflictos de intereses en lo que ha correspondido a la repartición de los bienes de sociedad de gananciales; y más aún en los casos en que una de las partes aprovechando que se tienen dos meses para corroborarse y consolidarse definitivamente la disolución del vínculo matrimonial, llega a proceder indebidamente en obtener por los medios fraudulentos e ilícitos la titularidad de casi todo los bienes de la sociedad de gananciales, aprovechando asimismo el desconocimiento y la ausencia de la

otra parte conyugal; e inclusive habiendo' prefijado de manera excesiva las condiciones de repartición de bienes en contradicción y vulneración de los derechos de uso, acceso y administración de los bienes de la otra parte que pueda resultar afectada, omitiéndose negativamente las reglas y condiciones que deberían corresponder en forma distributiva y justa a cada parte según la pertenencia y propiedad de cada bien adquirido durante la vida conyugal, y que por el contrario al darse la culminación de los dos meses y corroborado finalmente la disolución del vínculo o unión matrimonial, habiéndose poseído por la parte de accionar indebido, en modo muy cuestionable la titularidad de los bienes gananciales, llegará así consecuentemente en dejar sin propiedad alguna a la otra parte ex -conyugal; lo que en sí ha venido generando críticas y constantes cuestionamientos en torno a las garantías de seguridad de la aplicabilidad de la Ley N° 29227 del 2008.

5. Mediante la eliminación del plazo de dos meses que se da entre la audiencia única efectuada y la puesta en disolución definitiva del vínculo matrimonial, se podrá dar mayor efectividad y garantía jurídica en la ejecución de la Ley N° 29227 del 2008, sobretodo esencialmente para que el acta notarial que declare la respectiva separación convencional, tenga la capacidad ejercitable en modo automáticamente inmediata y decisiva como debe ser, para asegurarse tanto la distribución justa, equitativa y asegurable de los bienes de sociedad de gananciales entre las partes que según hayan adquirido respectivamente durante la vida matrimonial, correspondiendo a cada quien los bienes que les pertenezcan; y asimismo para darse mayor formalidad ejecutable al acta notarial de separación convencional, bajo el principio de eficacia jurídica que ostenta todo proceso no contencioso, con lo cual se pueda hacer de efecto inmediato el ulterior divorcio en forma consecuente y rápida de haberse expedido la correspondiente acta, sin esperarse dos meses; evitándose así que transcurran 2 meses en que una de las partes del proceso pueda indebidamente prefijar las condiciones de repartición de bienes, y llegar a apoderarse de la titularidad total de los mismos, pudiendo generar a la otra parte ex-conyugal la pérdida de todos los bienes que le debería corresponder por derecho.
6. También es fundamental de que se lleve a extender la aplicación del proceso no contencioso por vía notarial en torno para la separación definitiva sobre casos de Uniones de Hecho, contemplándose asimismo los acuerdos que deben suscribir las partes convivientes para el reconocimiento y ejercicio de las obligaciones derivadas de los efectos personales y patrimoniales, y en cuanto para la justa distribución y repartición de los bienes de gananciales, y sobre el acceso y manejo de bienes de codominio que pertenezcan a ambos ex - convivientes.
7. En este tipo de divorcio en caso de haber hijos menores y/o mayores incapaces, se presentarán sus partidas de nacimientos originales o copias certificadas; asimismo, los cónyuges acordarán un pago de pensión de alimentos, las visitas

y la tenencia; nuestro Estudio Jurídico, redactará este acuerdo mediante un Acta correspondiente, la misma que tendrá que haber sido expedida con una anterioridad no mayor a tres (03) meses. En caso contrario, presentar copia certificada de la Sentencia judicial firme (si ha habido una separación de cuerpos judicial previa), o Acta de Conciliación donde conste los acuerdos tomados por los cónyuges respecto a los regímenes del ejercicio de la patria potestad, tales como, alimentos, tenencia de los hijos y régimen de visitas. Se presentará Declaración jurada de no tener bienes sujetos a gananciales, con firma y huella digital de ambos cónyuges. De ser el caso que no los tienen porque optaron por el régimen de separación de bienes, deberán adjuntar la Escritura Pública de Separación de Patrimonio debidamente inscrita en los Registros Públicos. De tener bienes adquiridos bajo el régimen de sociedad de gananciales (bienes adquiridos dentro del matrimonio), deberán realizar la liquidación de estos, antes de iniciar el trámite y adjuntar la Escritura Pública debidamente inscrita en los Registros Públicos.

8. Una vez ingresada la demanda y transcurrido siete (07) días, el Notario convocará a la primera audiencia, la misma que se realizará dentro de las dos (02) semanas siguientes; en esta audiencia, dicho colegiado extiende y hace entrega de la primera sentencia; esta sentencia o documento, es el acta de separación de cuerpos, (Por la separación de cuerpos se suspenden los deberes relativos al lecho y habitación; asimismo, pone fin al régimen patrimonial de sociedad de gananciales, pero subsiste el vínculo matrimonial); es decir, a partir de ese día, cada cónyuge, puede comprar bienes sin la firma del otro y la adquisición de éstos hacia el futuro, son de exclusividad del comprador.
9. En este tipo de proceso, habiendo transcurrido ocho (08) semanas, después de haber entregado la primera sentencia, el Notario, extiende la segunda sentencia; este documento en su contenido resuelve la disolución total y absoluta del matrimonio. Con la sentencia que resuelve el divorcio, se tramita la inscripción del divorcio en la municipalidad donde los ex cónyuges contrajeron matrimonio (sólo en Lima). De solicitar adicionalmente, tramitamos la inscripción mediante oficio (órdenes) ante la RENIEC, el nuevo estado civil de los ex cónyuges y la actualización correspondiente de sus documentos de identidad.

BIBLIOGRAFÍA

- Amado Ramírez, Elizabeth del Pilar (2013). La Unión De Hecho y el Reconocimiento de Derechos Sucesorios según el Derecho Civil Peruano. Lima: Revista Vox Juris (25) 1, 2013.
- Amoros, Fiorella; Castro, Jazmín; Heredia, Gaby; Marín, Miriam; Muñoz, Juan; Silva, Ytalo y Vera, Fiorella (2015). Procesos No Contenciosos. Lima: Publicaciones de Trabajos de Investigación de la Universidad Señor de Sipán.

- Arlas, José A. (1957). El Proceso Voluntario, Revista La Justicia Uruguaya, Tomo 35, sección doctrina, Montevideo. Citado por Soba, Ignacio (2012). Procesos voluntarios: cuestiones teóricas y actualidad del debate. Montevideo. Fuente Consultada: <https://uy.linkedin.com/in/dr-ignacio-m-soba-bracesco-4ba85a35>
- Ávila Álvarez, Pedro (2007): “Estudios de Derecho Notarial”, Ediciones Grijley, Lima - Perú.
- Becerra Palomino, Carlos Enrique; Rodríguez Domínguez, Elvito; y Schiaffino De Villanueva, Liova (2012). Competencia Notarial en Asuntos No Contenciosos - Anteproyecto de Ley presentado al Congreso de la República, Lima: Publicaciones del Colegio de Notarios de Lima.
- Becerra Palomino, Carlos Enrique (2000). “La competencia notarial en asuntos no contenciosos. Análisis críticos de la legislación peruana”. En Notarius. Revista del Colegio de Notarios de Lima, N° 10 Lima, pp. 59 ss.
- Cuartas, Alberto y otros (2007). Polémica Procesal: Justicias alternativas y procesos no jurisdiccionales. Antioquía: Publicaciones Jurídicas del Instituto Colombiano de Derecho Procesal.
- De Blaser, Ileana (2016). Uniones Convivenciales. Nuevo Código Civil y Comercial. Buenos Aires: Revista Jurídica Pensamiento Civil. Fuente consultada: <http://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/2016/09/Doctrina2440.pdf>
- Gonzales Barrón, Gunther (2012). “Derecho Registral y Notarial” - Tomo 11: Derecho Notarial. Editores Jurista. Lima - Perú. Pág. 238
- Hernández Alarcón, Christian (2012). Comentarios a la Ley N° 29227 que regula el Procedimiento no contencioso de la Separación Convencional y Divorcio Ulterior en las Municipalidades y las Notarías. Lima, Fuente consultada: <https://es.scribd.com/document/229053675/Comentarios-a-Ley-29227>
- Mejía, Rosalía (2016). Declaración Notarial de Paternidad a través de proceso no contencioso de competencia notarial, Lima: Publicaciones de Revista Notaría Mejía. Fuente consultada: <http://notariarosaliamejia.com/pdf/5.pdf>
- Rentería, M. (2012). La Conciliación en Familia. Lima: Publicaciones de Revista Jurídica de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Sanmartín, Nelly (2017). En su Proyecto de investigación titulado: “Reforma al Artículo 18, numeral 22 de la Ley Notarial a fin de que se cambie el plazo no menor a 60 días para la audiencia; por el tiempo que’ señala el arto 335 del COGEP respecto a los divorcios en juicios voluntarios”. Para la obtención del Título de Abogada de los Tribunales de la República, en la Universidad Regional Autónoma De Los Andes - Uniandes; Santo Domingo - Ecuador.

ANEXOS

PROYECTO DE LEY DE MODIFICACION DE LA LEY N° 29227 SOBRE PROCESO DE SEPARACION CONVENCIONAL Y ULTERIOR DIVORCIO EN SEDE NOTARIAL, Y PARA CASO DE SEPARACION DE UNIONES DE HECHO / CONVIVENCIA

Considerandos:

Que mediante la Ley N° 29227, se regula el procedimiento no contencioso de separación convencional y divorcio ulterior en las municipalidades y notarias; sobre los que pueden acogerse los cónyuges que después de transcurrido dos (2) años de la celebración del matrimonio, deciden poner fin a dicha unión mediante separación convencional y divorcio ulterior; y asimismo en extenderse para el caso de las uniones de hecho que decidan separarse o terminar definitivamente su relación su relación de convivencia que lleguen a tener en sí.

Que en base a lo normado entre la Ley N° 26662 de 1996 y el Decreto Legislativo N° 1049 del 2008, sobre la regulación procedimental y de trámite de competencia notarial se sigue para determinados asuntos de procedimiento no contencioso, se debe ejecutar obligatoriamente acorde al principio de eficacia jurídica – notarial contemplado entre los artículos 125 130 inciso d) del Decreto legislativo referido;

Se propone que:

MODIFICACION DEL ARTICULO 7 DE LA LEY N° 29227 DEL 16 DE MAYO DE 2008 Y ADICIONAMIENTO DEL ARTICULO 9 A LA MISMA LEY.

Artículo 1.- MODIFICACION DEL ARTICULO 7 DE LA LEY N° 29227, en cuanto a la eliminación del plazo de dos meses de entre la emisión del Acta Notarial se Separación Convencional y la Disolución del Vínculo Matrimonial

Artículo 7 de ley N° 29227:

De haberse emitido la resolución de alcaldía o el acta notarial, según sea el caso, se procede con su ejecución inmediata y sumaria automáticamente para el reconocimiento y consolidación definitiva de la disolución del vínculo matrimonial; debiéndose acreditar dicha disolución en modo rápido, tras emitirse el acta notarial respectiva y con plazo de hasta no mayor a diez (10) días. Declarada la disolución, el alcalde o notario dispondrá su inscripción en el registro correspondiente.

Artículo 2.- ADICIONAMIENTO DEL ARTÍCULO 9 A LA LEY N° 29227

Artículo 9 de la ley N° 29227

Los concubinos de uniones de hecho que desean dar terminación definitiva a su relación de convivencia deben cumplir obligatoriamente con los siguientes requisitos formales:

1. Nombres y firmas de ambos solicitantes.
2. Reconocimiento expreso que conviven no menos de dos (2) años de manera continua.
3. Declaración expresa de los solicitantes que se encuentran libres de impedimento matrimonial y que ninguno tiene vida en común con otro varón o mujer, según sea el caso.
4. Certificado domiciliario de los solicitantes.
5. Certificado negativo de unión de hecho tanto del varón como de la mujer, expedido por el registro personal de la oficina registral donde domicilian los solicitantes.
6. Declaración de dos (2) testigos indicando que los solicitantes conviven dos (2) años continuos o más.
7. Otros documentos que acrediten que la unión de hecho tiene por lo menos dos (2) años continuos.
8. Escritura Pública inscrita en los Registros Públicos, de separación de patrimonios; o declaración jurada, con firma e impresión de la huella digital de cada uno de los convivientes, de carecer de bienes sujetos al régimen de sociedad de gananciales; y,
9. Escritura Pública inscrita en los Registros Públicos, de sustitución o liquidación del régimen patrimonial, si fuera el caso.

El notario que recibe la solicitud, verifica el cumplimiento de los requisitos establecidos anteriormente, luego de lo cual, en un plazo de quince (15) días, se convoca a audiencia única.

En la audiencia los convivientes manifiestan o no su voluntad de ratificarse en la solicitud de separación convencional.

De ratificarse, el notario declarará la separación convencional por acta notarial. En caso de inasistencia de uno o ambos convivientes por causas debidamente justificadas, el notario convoca a nueva audiencia en un plazo no mayor de quince (15) días. De haber nueva inasistencia de uno o ambos convivientes, se declarará concluido el procedimiento.

Se tendrá muy en cuenta en establecerse los acuerdos que deban definirse en función de compensación económica para la parte conviviente que resulte muy afectada por la ruptura de la unión de hecho, considerándose el pleno reconocimiento de la dedicación que cada conviviente haya brindado a su familia, y de sus aportes a la crianza y educación de los hijos, lo que se debe reconsiderar posteriormente a la finalización de la unión convivencial;

Como también por otra parte, se establecerán y formalizarán los acuerdos competentes al que se deben llegar, para poderse establecer las condiciones

de delimitación de la debida repartición de bienes según corresponda a cada parte conviviente conforme haya adquirido bajo su propiedad y administrado respectivamente durante el tiempo de la vida convivencial que haya tenido; a efectos de evitarse conflictos de intereses al respecto y disputas innecesarias por bienes adquiridos individualmente y presuntamente en forma compartida.

LA JUSTICIA JUVENIL RESTAURATIVA EN EL CÓDIGO DE RESPONSABILIDAD PENAL DEL ADOLESCENTE

Reyler Rodríguez Chávez¹

SUMARIO

1. Introducción.- 2. Definición.- 3. La justicia restaurativa como medio tuitivo de derechos fundamentales.- 4. A manera de conclusión.- 5. Referencias bibliográficas.-

RESUMEN

En el presente trabajo, se desarrollan conceptos relevantes sobre la justicia juvenil restaurativa a fin de analizar, los mecanismos restaurativos que han sido recogidos por primera vez en una legislación Peruana como lo es el Código de Responsabilidad Penal de Adolescente, a fin de analizar su importancia en el tratamiento, la rehabilitación y resocialización de los infractores.

PALABRAS CLAVE

Justicia juvenil restaurativa, sistema retributivo, infracciones, infractores, víctimas, Código de Responsabilidad Penal, mediación y mecanismos restaurativos.

1 Presidente de la Academia Mundial de Justicia Restaurativa. Director del Centro de Investigación Jurídica Essentia Iuris. Profesor de la Academia de la Magistratura. Magíster en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Juez Titular de Paz Letrado de Lima Norte. E-mail: reyler6@gmail.com.

1. INTRODUCCIÓN

La evolución de los sistemas de justicia para reprimir ilícitos penales, en las últimas décadas ha puesto en cuestionamiento la vigencia y eficacia del rol que cumple el proceso penal de molde retributivo, frente a la persecución del delito, la represión de los responsables y el restablecimiento de la paz social. RULLAN señala que, “desde la óptica retributiva se plantea resolver quien tiene la razón y quien tiene la culpa, así como dar su merecido al culpable, hacer que pague por lo que ha hecho, a fin de que no vuelva a hacerla y que la sanción sirva de ejemplo disuasorio para la comunidad”².

Este escenario no ha sido distinto en el caso de adolescentes infractores. Sin embargo, la idea de reprimir el mal causado por el infractor, mediante la imposición de otro mal -pena o castigo-, en la práctica, ha venido dando resultados poco alentadores no sólo desde el punto de vista del infractor sino también desde el punto de vista de la víctima y la comunidad.

El infractor, luego que ha padecido el castigo impuesto por los tribunales, carece de los medios necesarios para redimirse socialmente y emprender una nueva vida pese a que ya pagó por el daño; por el contrario, inmediatamente es estigmatizado en su entorno social. Para él la idea de resocialización o reinserción le es vedada debido muchas veces a las deficiencias del propio sistema legal congestionado, que desvincula al condenado dejándolo a su suerte pero con el estigma de “asesino”, “ladrón”, “estafador”, “peligroso”, etc., cuyo efecto inmediato es la exclusión social.

A ello debe agregarse que tratándose de adolescentes, la edad en la que se hallan es un factor adicional que condiciona su desarrollo futuro, de manera que al verse involucrado en un hecho ilícito pasible de ser sancionado, el impacto tendrá sin duda de mayores repercusiones y efectos en el desarrollo personal y social del menor.

Al respecto, WELZEL señala que, “no es suficiente para aclarar el sentido de la pena, como un mal merecido por la violación culpable del derecho, cuando la ejecución del mal hace al condenado peor de lo que era³». Así entonces, muchas veces el remedio -imposición de una sanción- termina siendo peor que la enfermedad: Sancionado no rehabilitado y excluido, con más propensión a la reincidencia que a la abstención. De manera que el objetivo que se busca resolver imponiendo las medidas sancionatorias, terminan por agravar la situación resultante del conflicto donde se ha visto involucrado un infractor.

2 RULLAN CASTAÑER, Vicenc; Justicia y Prácticas Restaurativas, Los Círculos Restaurativos y su Aplicación en Diversos Ambitos, Fundación Universitaria Iberoamericana, Maestría en Resolución de Conflictos y Mediación, Tesis, Palma- España, Febrero de 2011, p. 14.

3 Cfr. BACIGALUPD, Enrique; Principios Constitucionales del Derecho Penal, Editorial Hammurabi S.R.L., Buenos Aires, 1999, p. 269.

El tratamiento del sistema retributivo resulta tan traumático en ciertos casos, lo cual de por sí disminuye las posibilidades de reinserción y rehabilitación de los catalogados como delincuentes o criminales. Y es este, el sistema que ha sido trasladado no sólo a la justicia penal de adultos, sino también a la justicia penal de menores.

Por otro lado, para la víctima, el sometimiento a un proceso judicial le ha significado constante padecimiento moral y económico, que incluso se va sumando al ya vivido al momento del crimen, que a la larga, es difícilmente reparado. Su participación en el conflicto importa un “vía crucis” permanente cuyo fin es incierto e impredecible y que terminará por someter aún más su estatus de ciudadano deteriorado por el delito, a un conjunto de trámites y trabas burocráticas que no hacen más que desalentar las pocas esperanzas de ser compensado por los daños sufridos.

La víctima bajo el sistema retributivo vive en constante desaliento y desamparo legal y moral. Una vez involucrada en el sistema, requiere hacer efectivo su reclamo que pocas veces es atendido, pues para lograr ello debe emprender una lucha agotadora y que le demandará innumerables gastos y preocupaciones.

Como podemos apreciar, la justicia retributiva, aquella que incorpora un sistema de sanciones como método frente a la comisión de infracciones, termina siendo un sistema de asilamiento, excluyente del infractor y de la víctima, degenerando aún más las relaciones sociales vinculadas a la infracción.

Frente a este escenario, surge la justicia restaurativa como una propuesta integradora de los actores del conflicto, incorporando como método la concatenación de los distintos efectos y afectados. De esta manera, si en el sistema penal retributivo no se logra rehabilitar al condenado y además este es estigmatizado y marginado por la sociedad, con la justicia restaurativa se busca devolverle su dignidad como persona así como ofrecerle la oportunidad de ser aceptado y emprender una nueva vida en la sociedad.

2. LA JUSTICIA JUVENIL RESTAURATIVA

Para poder definir a la justicia juvenil restaurativa, debemos partir primero por dar algunos alcances de lo que se enciende por justicia restaurativa. La justicia restaurativa es un mecanismo inclusivo que de manera independiente o complementaria al sistema de justicia, busca solucionar un conflicto y el daño producido por éste, mediante la coparticipación voluntaria, responsable y sensata de la víctima, el infractor y la comunidad. Se considera al delito como un daño que el infractor ha causado a la víctima y a la sociedad, en tal sentido, lo más adecuado es que sean los propios involucrados quienes encuentren la mejor solución frente a las repercusiones derivadas del conflicto.

Uno de los pioneros en el tema, MARSHALL señala que, “la justicia restaurativa es un proceso en el que las partes que tienen que ver con un acto perjudicial deciden colectivamente como van a abordar las consecuencias del acto y sus implicaciones de cara al futuro”⁴,

Como podemos observar, la justicia restaurativa es un medio de coparticipación de diversos interesados cuyo fin último es la reparación integral de los daños causados por la comisión de acciones delictivas. Si bien se pone el acento en la reparación de la víctima por el daño sufrido, no es menos cierto que el daño también produce efectos en el infractor, que van desde el hecho de asumir la magnitud del daño, el compromiso del repararlo, así como la predisposición para redimir su comportamiento ante la sociedad mediante actos concretos como expresiones de perdón público o privado, la realización de labores comunales, entre otras. Y, para la comunidad, una efectiva rehabilitación del infractor -permitirá reforzar la seguridad y protección de los ciudadanos, evitar los casos de reincidencia y fortalecer la prevención.

Sobre este punto, para SAMPEDRO lo que se busca con la justicia restaurativa es lograr las “3 r s”:

- a) Responsabilidad por parte del ofensor, porque cada persona debe responder por sus acciones u omisiones.
- b) Restauración de la víctima, quien necesita ser reparada. Requiere abandonar su posición de dañado, así como toda la sociedad.
- c) Reintegración del infractor, quien necesita restablecer los vínculos con la sociedad, que a su vez, necesita del buen desempeño de todos sus integrantes para su correcto funcionamiento⁵.

Lo señalado no hace sino reforzar la idea de que la justicia restaurativa reúne el trinomio compuesto por “víctima-infractor- comunidad” con el fin de lograr un objetivo común cuyo trinomio es a su vez: “daño-reparación-rehabilitación”.

Esta concepción de justicia restaurativa, también es pasible de trasladarla al ámbito de los menores de edad, donde se habla de justicia juvenil restaurativa. En este espacio, la justicia restaurativa tiene sobre sí mayores compromisos tutelares y reparatorios, atendiendo a la condición del infractor como menor de edad, y por ende, sujeto de protección de normas internacionales tutelativas de su condición de vulnerabilidad.

En ese sentido, el principio de protección integral del niño y del adolescente, impone en el ámbito interno y externo, una relación bilateral de derechos

4 Citado por: RULLAN CASTAÑER, Vicenc; Ob. Cit., p. 7.

5 PÉREZ SAUCEDA, José Benito y ZARAGOZA HUERTA, José; “Justicia restaurativa: del castigo a la reparación”, En <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/31_04/38.pdf>, visitado en febrero de 2015, pp. 1-16, pp. 640 Y 641.

y obligaciones vinculados a la protección y adecuada tutela de los menores infractores, de manera que se procure su resocialización y reintegración procurando tener en cuenta su especial estatus. De manera que las medidas que se tomen para sancionar las infracciones cometidas, deben procurar en primer orden, el pleno respecto de sus derechos y libertades, así como el otorgamiento de la oportunidad para redimirse y readaptarse a la sociedad.

En este contexto, la justicia juvenil restaurativa, es un mecanismo que permite a los adolescentes infractores, la posibilidad de responsabilizarse voluntariamente y asumir las consecuencias de sus actos mediante actos concretos tendientes a su propia readaptación y sobre todo que hagan efectiva la reparación de la víctima.

Sobre el tema, DE LIMA Y GONCALVES PEDROSA señalan que, “La justicia juvenil con “Enfoque Restaurativo”, como señala Tdh, se puede definir como un modelo de justicia hacia la potenciación de los adolescentes autores de actos infraccionales, a partir del encuentro de este, el receptor (de su acto víctima) y la comunidad, buscando tres objetivos: reparar el daño, la responsabilidad del autor, la restauración de las personas involucradas en sus sentimientos y relaciones”⁶.

La Declaración de Lima de 2009, define a la Justicia Juvenil Restaurativa como: “una manera de tratar con niños y adolescentes en conflicto con la ley, que tiene la finalidad de reparar el daño individual, social y en las relaciones causado por el delito cometido. Este objetivo requiere un proceso en el que el agresor juvenil, la víctima y, de ser el caso, otros individuos y miembros de la comunidad, participen juntos activamente para resolver los problemas que se originan del delito”⁷.

3. LA JUSTICIA JUVENIL RESTAURATIVA COMO MEDIO TUITIVO DE DERECHOS FUNDAMENTALES

La justicia juvenil restaurativa como se ha puesto en relieve, es un mecanismo que necesariamente se efectiviza con la participación de un trinomio compuesto por víctima-infractor-comunidad. La justicia restaurativa pone énfasis en el elemento subjetivo, es decir en, el trinomio: Víctima-infractor-comunidad, como el principal factor para encontrar la mejor y más efectiva solución al daño causado por la acción criminal, pues no habrá mejor solución que aquella que de mutuo propio acuerden los directamente involucrados en el conflicto, con el acompañamiento y soporte de la comunidad”.

6 DE LIMA, Anselmo y GONCALVES PEDROSA, Antonio Renato; “La justicia juvenil con enfoque restaurativo: lecciones aprendidas”, En: La Justicia Restaurativa en América Latina, Ediciones Nueva Jurídica, Colombia, p. 525.

7 Declaración de Lima sobre Justicia Juvenil Restaurativa, 7 de noviembre, 2009.

Uno de los pilares del surgimiento de la justicia restaurativa se halla en la necesidad de tutela de la víctima, cuyos derechos, intereses, necesidades y expectativas, por muchos años habían sido postergados a la luz del sistema penal retributivo. Con la justicia restaurativa, la víctima deja la marginación y el desamparo, pasando de ser un agente meramente espectador a un sujeto protagónico y esencial.

La justicia restaurativa halla su razón de ser en la necesidad de restituírle a la víctima todo aquello que le fue arrebatado por la acción delictiva; la víctima al formar parte de la comunidad, también refleja en ésta las consecuencias perniciosas que causó el delito. La “Justicia” en un enfoque restaurativo tiene más que ver con un valor humano que como una institución, y a que la sanción judicial es sólo una de las formas existentes de responsabilizar. Escuelas y otros servicios de la comunidad tienen el potencial de desarrollar estrategias para la prevención y el tratamiento de los conflictos desde la perspectiva restaurativa⁹.

Al respecto REYES MATE señala que, “la justicia de la víctima supone reconocer que posee una mirada singular de la realidad y que lo que es así visto forma parte de la realidad. En concreto, la víctima ve algo que escapa al verdugo y al espectador: El significado del sufrimiento declarado insignificante para la cultura dominante”¹⁰

La justicia restaurativa se ocupa de ver las consecuencias del delito a través de los ojos de la víctima, prioritariamente, en lugar de hacerla a través de los ojos del infractor o del Estado, como sucede en los sistemas penales de molde retributivo.

La importancia de la víctima para la justicia restaurativa, ha llevado a desarrollar importantes programas de asistencia a las víctimas, que como indican PEREZ y ZARAGOZA, están destinados a la recuperación que han sufrido por el daño causado. Estos programas se dividen en dos grandes apartados, la defensa de los derechos de las víctimas y los servicios de asistencia materiales y psicológicos. Los objetivos que persiguen estos mecanismos son los siguientes:

- a) Brindar representación legal a las víctimas del delito para que no se presente una situación de olvido por parte del sistema legal;

8 Sobre el tema, MCEVOY y NEWBURN señalan que, la teoría se enfoca a la restauración y el alivio de las víctimas y la participación de la comunidad, en lugar de la retribución, que enfatiza lo incorrecto de la conducta del delincente y la exclusividad de la atención profesional y del estado, Cfr., FRIAS ARMENTA, Martha y ÁLVAREZ-HERNÁNDEZ, Jaime; “Desarrollo social y justicia restaurativa”, En: <http://www.juridicaformativa.uson.mx/memorias/v_coloquio/doc/penal/FRIAS_ARMENTA_Y_ALVAREZ_HERNANDEZ.pdf>, visitado en febrero de 2015. p.4.

9 DE LIMA, Anselmo y GONCALVES PEDROSA, António Renato; Ob. Cit., p. 534. 10 Cfr., SUBIJANA ZUNZUNEGUI, Ignacio José; “El paradigma de humanidad en la justicia restaurativa”, En: EGUZKILORE, Número 26, San Sebastián, 2012, p. 148.

10

- b) La recuperación de las lesiones físicas y psicológicas; y,
- c) Alcanzar una reintegración en la sociedad por parte de la víctima¹¹.

El carácter humano de la justicia restaurativa tiene su mayor fortalecimiento en el interior del proceso restaurativo, donde las partes liberadas de las formalidades y ataduras, participan libre y voluntariamente de un intercambio constante de información, que les permite entender los motivos y las consecuencias de la acción delictiva, la posibilidad arrepentimiento y perdón. Todas estas situaciones permiten humanizar a la víctima, al infractor y miembros de la comunidad, sensibilizándolos y concientizándolos sobre el problema, constituyendo un elemento central en la recomposición social.

Para SUBIJANA la “comprensión de lo ocurrido” en el proceso restaurativo ayuda en la tarea de humanización, pues permite a las partes narrar lo sucedido desde su particular situación. A las víctimas, les permite conocer quien fue su autor y por qué se le victimizó, comprendiendo las razones de ello y recuperando los márgenes de seguridad perdidos por la infracción penal. A los infractores, narrar lo ocurrido les permite percibir directamente las consecuencias que el delito ha provocado en la vida de las víctimas, favoreciendo su vinculación emocional con lo ocurrido¹².

Efectivamente, la justicia restaurativa es un proceso humano que ofrece a las partes la posibilidad de resolver el conflicto delictivo pero a partir de un proceso de profunda sensibilización y concientización, donde las partes tienen la posibilidad de compartir mutuamente sus miedos, traumas, frustraciones, preocupaciones y necesidades. Ello genera mayor convicción en la tarea de reparación del daño y promueve la prevención a partir de la experiencia vivida por las partes.

4. TRATAMIENTO DEL INFRACTOR EN EL CÓDIGO DE RESPONSABILIDAD PENAL DEL ADOLESCENTE

Existen diversas posturas para el tratamiento de las infracciones cuando se trata de menores de edad. Desde nuestro particular punto de vista, todo sistema deberá considerar no sólo su especial situación de minoría sino la existencia de un marco tuitivo nacional y sobre todo internacional de protección que incluso impone obligaciones especiales al Estado, vinculadas al adecuado tratamiento de los conflictos de menores de edad.

En ese sentido, algunos consideran que debería hablarse de derecho penal de infractores o de derecho penal juvenil. En ese sentido, se ha señalado

11 PÉREZ SAUCEDA, José Benito y ZARAGOZA HUERTA, José; Ob. Cit., p. 9.
12 Cfr., SUBIJANA ZUNZUNEGUI, Ignacio José; Ob. Cit., p. 148.

que la conducta delictiva juvenil suele comenzar hacia los 13 o 14 y a veces se encuentran antecedentes e desviación ya a los 19 y 10 años. Una de las razones que el adolescente y que la delincuencia alcanza su máxima frecuencia entre la adolescencia media es que. En esta época, muchos jóvenes son capaces de aprender a adaptarse socialmente por sí mismo, sin auxilio de padres o tutores”¹³.

Por su parte HORACIO VIÑAS señala que el derecho penal de menores, es el conjunto de normas y principios jurídicos que ante la comisión de un delito por un menor prevén y regulan la aplicación de distintas formas de reacciones típicas: educativas, reeducativas, terapéuticas, curativas, correccionales so punitivas, todas pedagógicamente orientadas a la reinserción del mismo¹⁴.

Sin embargo, no debemos perder de vista que el tratamiento de los adolescentes infractores, debe hacerse de una manera tal que se considere la existencia de principios y normas internacionales tuitivas de sus derechos fundamentales. De manera que como señala TORRES, podamos emplear otras vías y medios para resolver los conflictos generados con la delincuencia juvenil antes de que intervenga el juez.

Minimizar la intervención estatal, dando mayor intervención a otros grupos de la vida social en la solución de conflictos y en la búsqueda alternativas viables, como la familia, la escuela, la comunidad, etc. Minimizar al máximo el encarcelamiento o medidas de internamiento en régimen cerrado de los menores, limitándolos a circunstancias excepcionales¹⁵”.

Sin embargo, la perspectiva asumida por el Código de Responsabilidad Penal del Adolescente, promulgado por Decreto Legislativo 1348, parece empeñada en dar un tratamiento a la justicia penal juvenil, equiparable al proceso penal para adultos, hecho que de pos si es un contrasentido desde el punto de vista del principio de interés superior del niño de los instrumentos internacionales donde se invoca adoptar como mecanismos de regulación interna, las medidas menos gravosas y que puedan afectar gravemente la situación del adolescente infractor.

Tal es así que en esta nueva normativa marco de regulación de las infracciones contra adolescentes, se desarrolle propiamente un proceso penal de menores, con etapa de investigación preparatoria, etapa intermedia, acusación, y juicio oral. Además, se han incorporado las medidas cautelares de internación preventiva, comparecencia e internación domiciliaria, las mismas que equivalen a la prisión preventiva, comparecencia y detención domiciliaria, respectivamente. Hecho

13 ROQUE MONTESILLO, Elisa marina. Situación jurídica del adolescente infractor”, Editorial Ediyusa. Lima, 2005, p. 04.

14 FERMIN G. CHUNGA LAMONJAI CARMEN CHUNGA CHAVEZ/ LUCIA CHUNGA CHAVEZ. “Los derechos del niño, niña y adolescente y su protección en los derechos humanos”, Editora y Librería Jurídica Grijley E.I.R.L. 2012, Per, 51-53.

15 TORRES RUIZ, Florentino; “La delincuencia juvenil en el Perú Problemas y Soluciones”. Editorial Fecat. Perú, 2005, p. 81-83.

que nos lleva a preguntarnos, si esa fue la finalidad de tal regulación, hubiese sido mejor redactar un solo artículo, remitiendo el tratamiento de los infractores a la regulación del Código Procesal Penal. Ya que en esencia es lo mismo.

Por otro lado, como medidas socioeducativas, el Código de Responsabilidad Penal del Adolescente, ha regulado las medidas no privativas de libertad como la amonestación¹⁶, la libertad asistida¹⁷, la prestación de servicios a la comunidad¹⁸ y la libertad restringida¹⁹. Por otro lado, también se regulan las medidas socioeducativas privativas de libertad como la internación en un centro juvenil.

5. LA JUSTICIA JUVENIL RESTAURATIVA EN EL CÓDIGO DE RESPONSABILIDAD PENAL DEL ADOLESCENTE

Como hemos podido observar, el Código de Responsabilidad Penal del Adolescente ha adoptado una concepción retributiva para el tratamiento de las infracciones, sin considerar la naturaleza especial, tuitiva y garantista que existe no sólo desde nuestro texto constitucional, sino que también está avalada por los instrumentos internacionales como la Convención Americana de Derechos del Niño.

No obstante este contexto, hay que rescatar de este cuerpo normativo, el haber incluido por primera vez en la legislación peruana, la denominación de “mecanismo restaurativo”: cosa que no existía anteriormente en ninguna legislación en materia de adolescentes infractores.

En el artículo 142 del Código de Responsabilidad Penal del Adolescente se hace referencia a este mecanismo restaurativo:

“Es el que permite una intervención especializada, mediante un conciliador, un mediador o un tercero autorizado por la autoridad fiscal o judicial competente, que permite el diálogo entre las partes para llegar a un acuerdo sobre la reparación del daño a la víctima por el adolescente, que sirva para la aplicación de la remisión, el acuerdo reparatorio, la terminación anticipada u otros supuestos permitidos en la Ley”.

16 Artículo 158. - Amonestación: “... La amonestación consiste en la llamada de atención que hace el Juez, oralmente, al adolescente exhortándolo a cumplir con las normas de convivencia social. Debe ser clara y directa, de manera que el adolescente y los responsables de su conducta comprendan la ilicitud de los hechos cometidos”.

17 Artículo 159.- Libertad asistida: “... consiste en cumplir programas educativos y recibir orientación, con la asistencia de especialistas y personas con conocimientos o aptitudes en el tratamiento del adolescente. Esta medida se aplica por un plazo mínimo de seis (06) y máximo de doce (12) meses”.

18 Artículo 160. - Prestación de servicios a la comunidad: “... 1 La prestación de servicios a la comunidad consiste en la realización de tareas gratuitas, de interés social, en entidades asistenciales, de salud, educación u otras instituciones similares, ya sean públicas o privadas, autorizadas para tal fin por la institución a cargo de los Centros Juveniles”.

19 Artículo 161. - Libertad restringida: “...La libertad restringida es una medida socioeducativa en medio libre, que consiste en la asistencia y participación diaria y obligatoria del adolescente a programas de intervención diferenciados, sin discriminación de género, de enfoque formativo - educativo, que orientan y controlan sus actividades, cuya duración es no menor de seis (06) meses ni mayor de un (01) año”.

“Para su desarrollo se utilizan diversas prácticas restaurativas, a fin de lograr intercambios emocionales significativos como coadyuvante a los fines del proceso de responsabilidad penal del adolescente independientemente de la medida socioeducativa que se le imponga y el resultado del proceso judicial”.

Más adelante el artículo 143, señala como objetivos del mecanismo restaurativo los siguientes:

1. Lograr que el adolescente comprenda y valore las consecuencias que el hecho cometido generó en la víctima.
2. Impulsar el diálogo y la participación del adolescente y la víctima en la resolución del conflicto.
3. Generar la voluntad de compromiso y reparación en el adolescente.
4. Estimular la apertura de la víctima a ser compensada con una reparación por parte del adolescente.
5. Cumplir con el fin educativo del proceso de responsabilidad penal del adolescente no alterando su desarrollo integral²⁰.

De la regulación novedosa que nos da el Código de Responsabilidad Penal del Adolescente, podemos advertir algunas particularidades. Se contempla como regla general la posibilidad no sólo de aplicar como medida restaurativa a la remisión, acuerdo reparatorio o terminación anticipada, sino también cualquier otra forma prevista en la Ley. En ese sentido, será posible que por ejemplo un acuerdo concretado vía mediación, conciliación o transacción, puedan eventualmente también ser reconocidos y formar parte del mecanismo restaurativo, tendiente a reparar a la víctima, rehabilitar y reincorporar al adolescente a la sociedad.

Concordamos con HERNANDEZ ALARCÓN cuando señala que “es preciso por ello, verificar el cumplimiento, no únicamente en el plano formal (plazo) sino en el ámbito material (efectos, positivos, resultados verificables), toda vez que la reintegración social sólo se alcanza por medio del mejoramiento y desarrollo de las capacidades de adecuación y convivencia del adolescente tanto dentro de su familia, como en su entorno social³⁵(cambio de actitudes), y del aprovisionamiento de conocimientos y competencias como herramientas básicas para el desarrollo personal”²¹

20 El artículo 144 desarrolla como características:

1. Voluntario: Todas las partes deben prestar su consentimiento en forma previa y participar libremente.
2. Confidencial: Todo lo dicho en el proceso de mediación no puede ser revelado ni utilizado en el proceso de responsabilidad penal.
3. Imparcial: El tercero interviniente debe actuar de manera ecuánime, razonable y objetiva durante todo el proceso utilizando un criterio amplio y flexible en las propuestas.
4. Celeridad: La intervención de un tercero no puede exceder de diez días calendarios desde el momento que se autorice su realización.

21 HERNÁNDEZ ALARCÓN, Christian; “Salidas alternativas y justicia restaurativa en la justicia penal juvenil”: En: La Justicia Restaurativa en América Latina, Ediciones Nueva Jurídica, Colombia, p. 571.

En ese sentido, es rescatable de este cuerpo normativo que permita el desarrollo del mecanismo restaurativo para reparar a la víctima y otorgar un tratamiento adecuado al adolescente acorde con su estatus de vulnerabilidad y las exigencias del marco normativo internacional tutelar del menor.

De esta manera si bien se recogen instituciones ya conocidas como la terminación anticipada, la remisión y el acuerdo reparatorio, sin duda es muy meritorio que se haya concatenado estos procedimientos al mecanismos restaurativo, que no es otra cosa que una serie de programas diseñados especialmente para adolescentes y cuya finalidad restaurativa es simplemente importante, ya que jugará un papel relevante en la prevención y sin duda marca un hito importante en el tratamiento restaurativo de los infractores.

6. CONCLUSIONES

- a) La justicia restaurativa, no se centra en determinar a los responsables y desarrollar en torno a ello, un conjunto de procedimientos, que finalmente terminan desalentando y desprotegiendo a los interesados y a la sociedad. La justicia restaurativa busca restaurar el daño en su integridad como forma de restituir y tutelar los derechos esenciales de los involucrados y de la colectividad en general.
- b) La justicia juvenil restaurativa es un medio reparador por excelente elaborado a partir de la consideración de las especiales condiciones de vulnerabilidad, minoría de edad y marco normativo internacional tuitivo de los adolescentes infractores.
- c) La justicia juvenil restaurativa permite a los adolescentes infractores, la posibilidad de responsabilizarse voluntariamente y asumir las consecuencias de sus actos mediante actos concretos tendientes a su propia readaptación y sobre todo, dirigidos a efectivizar la reparación de la víctima.
- d) Debemos rescatar del Código de Responsabilidad Penal del Adolescente, el haber incluido por primera vez en la legislación peruana, la denominación de “mecanismo restaurativo”, cosa que no ha existido en ninguna legislación en materia de adolescentes infractores.
- e) Es interesante la regulación del Código de Responsabilidad Penal del Adolescente, que a partir de la aplicación de instituciones como la terminación anticipada, la remisión y el acuerdo reparatorio, vincula al programa restaurativo como mecanismos inclusivo que propicia un espacio para la participación del adolescente y de la víctima, teniendo como ejes la responsabilización, reparación y resocialización del infractor.

7. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BACIGALUPO, Enrique; Principios Constitucionales del Derecho Penal, Editorial Hammurabi S.R.L., Buenos Aires, 1999.
- DE LIMA, Anselmo y GONCALVES PEDROSA, Antonoo Renato; “La justicia juvenil con enfoque restaurativo: lecciones aprendidas”, En: La Justicia Restaurativa en América Latina, Ediciones Nueva Jurídica, Colombia.
- FERMIN G. CHUNGA LAMONJA / CARMEN CHUNGA CHAVEZ/ LUCIA CHUNGA CHAVEZ. “Los derechos del niño, niña y adolescente y su protección en los derechos humanos”, Editora y Librería Jurídica Grijley E.I.R.L. 2012, Per, 51-53.
- FRÍAS ARMENTA, Martha y ÁLVAREZ-HERNÁNDEZ, Jaime; “Desarrollo social y justicia restaurativa”, En:<http://www.juridicaformativa.uson.mx/memoriasjv_coloquio/d_ocjpenal/FRIAS_ARMENTA_Y_ALVAREZ_HERNANDEZ.pdf>, visitado en febrero de 2015.
- HERNÁNDEZ ALARCÓN, Christian; “Salidas alternativas y justicia restaurativa en la justicia penal juvenil”: En: La Justicia Restaurativa en América Latina, Ediciones Nueva Jurídica, Colombia.
- HIDALGO PORRAS, Natalia; La Justicia Restaurativa como Expresión del Principio de Última Ratio de la Pena en un Marco de Protección de los Derechos Humanos, Proyecto de Investigación, Universidad Estatal a Distancia, Sistema de Estudios de Posgrado, Maestría en Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 2012.
- PÉREZ SAUCEDA, José Benito y ZARAGOZA HUERTA, José; “Justicia restaurativa: del castigo a la reparación”, En <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7j3104j38.pdf>>, visitado en febrero de 2015, pp. 1-16.
- ROQUE MONTESILLO, Elisa marina. Situación jurídica del adolescente infractor’: Editorial Ediyusa. Lima, 2005, p. 04.
- RULLAN CASTAÑER, Vicenc;Justiciay Prácticas Restaurativas, Los Circules Restaurativos y su Aplicación en Diversos Ámbitos, Fundación Universitaria Iberoamericana, Maestría en Resolución de Conflictos y Mediación, Tesis, Palma-España, Febrero de 2011.
- SUBIJANA ZUNZUNEGUI, Ignacio José; “El paradigma de humanidad en la justicia restaurativa”, En: EGUZKILORE, Número 26, San Sebastián, 2012.
- TORRES RUIZ, Florentino; “La delincuencia juvenil en el Perú Problemas y Soluciones”. Editorial Fecat. Perú, 2005, p. 81-83.

LA RESPONSABILIDAD EN LA ACTUACIÓN PÚBLICA LEGALIDAD Y AUTORIZACIONES

Samuel Gálvez Troncos *

Resulta una verdad de Perogrullo señalar que un problema persistente que tienen los países en desarrollo es la demora y trabas en diversos trámites que se realizan en las instituciones públicas, inconveniente comúnmente conocido como tramitología.

Nuestro país no es ajeno a este contratiempo y aun cuando varias instituciones públicas vienen simplificando los procedimientos, todavía existen circunstancias que impiden la celeridad, eficacia y simplicidad que debe tener todo procedimiento administrativo.

En el caso particular de nuestro sistema registral, vemos que la mayoría de actos inscribibles provienen de funcionarios, como notarios, jueces, autoridades administrativas, árbitros y liquidadores, lo que implica necesariamente una responsabilidad de los mismos en el ejercicio de sus funciones. Sin embargo, esta responsabilidad no resulta clara o, en algunos casos, las normas suelen ser tibias e imprecisas respecto a ella, con lo cual los encargados de calificar los actos dispuestos por dichos funcionarios (básicamente, los registradores públicos) se ven obligados a revisar minuciosamente los títulos presentados, a fin de evitar posteriores responsabilidades y denuncias penales.

Estado eficiente

Si queremos un país con un Estado eficiente, con ciudadanos que puedan proyectarse en la vida, creando empresa y sin sentir que el tiempo transcurre en vano, deberá demolerse la regulación poco transparente. Es decir, eliminándose las barreras burocráticas e impertinentes, pues las normas deben fomentar la inversión siendo que, por lo demás, en un Estado de derecho, cada persona debe responder por sus actos. Por ello, ponemos sobre el tapete la modificación

* Abogado. Expresidente del Tribunal Registral. Profesor de Derecho Registral de la Universidad Nacional Federico Villarreal (UNFV).

propuesta con la inclusión de una norma que de suyo es de sentido común y no se aplica: el hombre es responsable de sus actos.

Discrecionalidad y diligencia

Lo que pretendemos señalar es que los funcionarios y/ o personas autorizantes sean efectivamente responsables de sus decisiones, y que si incumplieran o no realizaran con la debida diligencia sus deberes, deberán responder -como todo ciudadano- por los daños ocasionados en el desempeño de sus funciones. Esta afirmación -que pudiera tomarse como reiterativa, en la medida en que existen normas (leyes, reglamentos y precedentes del Tribunal Registral) que fijan responsabilidades de funcionarios- no es del todo efectiva en la práctica: en el ámbito registral existen casos en que el registrador, con la discrecionalidad que merece su función, observa o tacha documentos expedidos por las antedichas personas cuestionando de alguna forma su actuación, dilatando consiguientemente el procedimiento registral.

Ante ello, consideramos que una manera efectiva de superar estos escollos se daría incorporando en el artículo 2011 del Código Civil, concerniente al principio de legalidad (principio que dispone cómo el registrador público debe calificar los documentos en cuya virtud se solicita la inscripción), el hecho que el registrador o, en su caso, el Tribunal Registral, no objete los actos expedidos en procedimientos que ya han sido conducidos y evaluados por los funcionarios acotados, precisándose asimismo su eventual responsabilidad administrativa funcional, civil y penal, de ser el caso, lo que redundaría en una agilización y simplificación del trámite registral, pues el registrador dejaría de ser un supracontralor del trabajo que tienen que asumir los notarios, jueces, árbitros, funcionarios administrativos y liquidadores.

Esmenester precisar que todo acto autorizado por los antedichos funcionarios tampoco es que estén libres de impedimento: cuestiones de competencia, formalidad, casos de actos no inscribibles, así como inadecuaciones con el antecedente registral no pueden ser soslayados en la calificación efectuada por el funcionario registral.

Así, solo por dar un ejemplo, no podría acceder al registro personal la declaración de un árbitro decretando un divorcio, pues el mismo no tiene competencia para expedir dicha declaración.

Ahora bien, en el caso específico de la función notarial, cuando se trate de la formalización de actos jurídicos en los que no interviene el notario; más concretamente, cuando la labor del notario no resulte de un procedimiento llevado ante él, se aplicaría lo que registralmente se conoce como calificación plena; esto es, la calificación normal que realizan los registradores conforme al primer párrafo del artículo 2011 del Código Civil. Diferente es el caso cuando el notario sigue un procedimiento (v.g: procedimientos no contenciosos como

rectificación de área, sucesiones intestadas, divorcios, etc.), en que el mismo conduce y evalúa, de manera tal que si el funcionario registral pone reparos al ingreso del título estaría realizando, como lo llaman algunos, un trámite redundante, eventualidad que debe evitarse. Por otro lado, parece evidente que tal como señala el artículo 45 de nuestra Constitución, los que ejercen el poder del Estado lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que dicha Constitución y las leyes establecen; empero, la realidad es que el operador registral necesita una norma clara para dar acceso a un título en que la responsabilidad esté bien delimitada, evitando que se señale de que no se inscribe un título por lo que Ricardo Palma nos narraba en los tres motivos del oidor: miedo, miedo y miedo.

Sin perjuicio de ello, y en aras de no perjudicar eventualmente a un tercero, se debe considerar que el registrador pueda comunicar al organismo supervisor de los funcionarios, la mala práctica, a efectos de que dicho organismo pueda tomar las medidas del caso.

LA INCAPACIDAD MORAL COMO CAUSAL DE VACANCIA PRESIDENCIAL EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL PERUANO*

*Abraham García Chávarrí***

RESUMEN

El texto desarrolla un recorrido histórico y conceptual de la figura de la incapacidad moral como causal de vacancia del presidente de la República con la finalidad de ofrecer una formulación compatible con un Estado constitucional.

PALABRAS CLAVE:

Incapacidad moral. Vacancia del presidente de la República. Infracción constitucional. Sistema presidencial.

SUMILLA

1. El régimen de gobierno presidencial peruano
2. La figura de la vacancia presidencial en el constitucionalismo peruano: decurso histórico y escenario contemporáneo
3. La vacancia por incapacidad moral del presidente de la República en la historia política del Perú
4. La incapacidad moral y la infracción constitucional. Distinciones conceptuales
5. Dificultades de la figura de la incapacidad moral como causal de vacancia del presidente de la República en el modelo presidencial peruano

* El texto constituye una versión resumida del capítulo tercero y de las conclusiones de la tesis "La vacancia por incapacidad moral del Presidente de la República", que fue sustentada para optar el grado académico de Magíster en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica del Perú, tesis que obtuvo la mención de sobresaliente y la recomendación del jurado para su publicación.

** Abogado y magíster en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica del Perú, donde también ha ejercido la docencia. Profesor de Derecho Constitucional en el Posgrado de la Universidad Nacional de Piura y en la Academia de la Magistratura. abraharn.garciaospucp.pc Pensamiento Constitucional N° 18, 2013, pp. 383-102/ ISSN 1027-6769

6. Hacia una formulación constitucional de la figura de la incapacidad moral como causal de vacancia en el modelo presidencial peruano.

7. Conclusiones

1. EL RÉGIMEN DE GOBIERNO PRESIDENCIAL PERUANO

En el caso peruano, nuestro modelo es uno básicamente presidencial, con la inclusión paulatina de elementos parlamentarios y semipresidenciales. Los resultados efectivos de dicha configuración no han sido ni son necesariamente positivos¹.

El modelo configurado por la Constitución Política de 1993 es también uno propio del sistema de gobierno presidencial. Así, el artículo 110 estipula que «El presidente de la República es el jefe del Estado y personifica a la Nación», a la vez que el inciso 3, del artículo 118, establece su condición de jefe de Gobierno, al establecer que es atribución del presidente de la República «Dirigir la política general del Gobierno»; en tanto que el artículo 111 siguiente señala que «El Presidente de la República se elige por sufragio directo. Es elegido el candidato que obtiene más de la mitad de los votos. Los votos viciados o en blanco no se computan».

En lo referente a la responsabilidad constitucional del presidente de la República, única fórmula de acortar el mandato presidencial -que, como se ha señalado, es una característica básica del sistema presidencial el plazo fijo del mandato-, el artículo 117 prescribe que:

El Presidente de la República sólo puede ser acusado, durante su período, por traición a la Patria; por impedir las elecciones presidenciales, parlamentarias, regionales o municipales; por disolver el Congreso, salvo en los casos previstos en el artículo 134 de la Constitución, y por impedir su reunión o funcionamiento, o los del Jurado Nacional de Elecciones y otros organismos del sistema electoral.

Haciendo un breve recorrido histórico, se aprecia que las características básicas del modelo de gobierno presidencial se encuentran previstas en las doce Constituciones que hemos tenido. Así, en todas ellas, se ha podido apreciar que el presidente de la República accede al poder a través de una elección indirecta (en un inicio) o directa (después), lo que le da legitimidad para poder ejercer el gobierno efectivo del Poder Ejecutivo, en tanto que, al no estar sujeto a la confianza política parlamentaria, el plazo por el que ha sido elegido es uno de carácter fijo, por lo que no puede ser acortado, salvo situaciones muy

1 ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy. Notas acerca de la evolución del presidencialismo latinoamericano y su proyección en la actual coyuntura peruana. En Eloy Espinosa-Saldaña Barrera y Gustavo Gutiérrez Ticse (dirs.), *Limitación del poder y estructura del Estado*. Lima: Grijley, 2008, pp. 87-133.

excepcionales que, paulatinamente se han perfilado, hasta alcanzar una fórmula ya definitiva en los textos constitucionales del pasado siglo veinte.

2. LA FIGURA DE LA VACANCIA PRESIDENCIAL EN EL CONSTITUCIONALISMO PERUANO: DECURSO HISTÓRICO Y ESCENARIO CONTEMPORÁNEO

Si bien no con la denominación de vacancia, el artículo 81 de la Carta de 1823 establecía como limitaciones del Poder Ejecutivo dos supuestos que posteriormente serán recogidos como causales específicas de esta figura. En primer lugar, el hecho de no poder salir del territorio de la República sin permiso del Congreso (inciso 2). En segundo término, la prohibición de no diferir ni suspender en ninguna circunstancia las sesiones del Congreso.

En igual sentido, la Carta de 1826 no contemplaba la figura de la vacancia, pero recoge bajo la denominación de «restricciones» -«limitaciones» en términos de la Norma de 1823- dos supuestos actualmente incluidos en tal figura. El primero de ellos, el no poder impedir las elecciones ni las demás funciones que por las leyes competen a los poderes de la República (inciso 4, artículo 84). El segundo, el no poder ausentarse del territorio de la República, con la precisión que tampoco de su capital, sin permiso del cuerpo legislativo (inciso 5, artículo 84).

Asimismo, la Carta de 1828 utiliza el mismo término de «restricciones» para algunos supuestos que después serán establecidos como causales de vacancia o de única responsabilidad restringida del primer mandatario. Así, el inciso 1 del artículo 91 señala que el Poder Ejecutivo no puede diferir ni suspender en circunstancia alguna las elecciones constitucionales ni las sesiones del Congreso; en tanto que el inciso 2 anota que el presidente de la República no puede salir del territorio de la República sin permiso del Congreso. Es interesante precisar que dicha disposición establece que esta restricción no solo se extiende durante el término del mandato de gobierno, sino que incluso comprende seis meses después de él.

La Constitución de 1834 es la primera Carta peruana en contemplar, de modo explícito, la figura de la vacancia. Así, el artículo 80 señala que «El Presidente de la República vaca por muerte, admisión de su renuncia, perpetua imposibilidad física, destitución legal y término de su periodo constitucional».

De igual modo, como la Carta que la ha precedido, establece como restricciones del Poder Ejecutivo el no diferir ni suspender en circunstancia alguna las elecciones constitucionales ni las sesiones del Congreso (inciso 1, artículo 86); Y el no poder salir del territorio de la República sin permiso del Congreso, durante el periodo de su mandato y después de él, hasta que haya concluido la sesión de la legislatura inmediata (inciso 2, artículo 86).

Como puede apreciarse, muchas de las causales de vacancia (y aquellas glosadas a modo de restricciones) se mantendrán en todas las cartas constitucionales que se sucederán en nuestro país.

Ello es recogido igualmente parla Carta de 1839. Así, el artículo 81 señala que: El Presidente de la República vaca de hecho por muerte, o por cualquier pacto que haya celebrado contra la unidad e independencia nacional, y de derecho, por admisión de su renuncia, perpetua imposibilidad física o moral y término de su periodo constitucional.

El artículo citado es importante por dos aspectos. En primer lugar, establece una distinción entre supuestos de hecho y supuestos de derecho para la figura de la vacancia. En segundo término, aparece por primera vez el término «moral» dentro del catálogo constitucional de los supuestos de vacancia.

La Carta de 1839 amplía, por otro lado, el listado de las restricciones del presidente de la República. Así, contempla entre ellas las que ya se han recogido y comentado precedentemente, y que luego serán recogidas como supuestos de vacancia o de única responsabilidad restringida del primer mandatario.

El artículo 81 de la Constitución de 1856 precisa que durante el periodo del presidente de la República -conforme con el modelo de gobierno presidencial- solo podrá hacerse efectiva su responsabilidad en los casos de vacancia de hecho, postergándose el ejercicio de efectivizar la responsabilidad a que haya lugar luego de concluido su periodo. Similar al texto de 1839, la Carta de 1856 mantiene la distinción entre supuestos de hecho y supuestos de derecho de la figura de la vacancia. Así, el artículo 83 contemplaba:

La Presidencia de la República

[...] Vaca de derecho: [...]

2°._ Por incapacidad moral o física. [...]

Como se puede apreciar, la regulación establecida por la Constitución de 1856 es bastante extensa en sus supuestos, muchos de los cuales van a mantenerse hasta la Carta actual. Asimismo, el artículo 90 de esta Carta, en una versión mucho más reducida en comparación con sus predecesoras, establece dos restricciones para el presidente de la República. La primera, referida a la salida del territorio sin permiso del Congreso, será posteriormente tomada como una causal de vacancia. Es interesante anotar la figura del juicio de residencia, pues el presidente de la República tiene además que permanecer en el territorio nacional mientras dure dicho procedimiento (inciso 1 del artículo 90).

La Constitución de 1860 reduce el listado de supuestos de vacancia, en comparación de su predecesora, así como elimina la distinción entre causales de hecho y de derecho. El artículo 88 establecía:

La Presidencia de la República vaca, además del caso de muerte:

1. Por perpetua incapacidad, física o moral del Presidente.
2. Por la admisión de su renuncia.

3. Por sentencia judicial que lo declare reo de los delitos designados en el arto 65°.
4. Por terminar el período para el que fue elegido.

Por su parte, en artículo aparte (artículo 95) se regulaba que «El Presidente no puede salir del territorio de la República, durante el periodo de su mando, sin permiso del Congreso, y en su receso de la Comisión Permanente; ni concluido dicho periodo, mientras este sujeto al juicio que prescribe el artículo 66», que es el correspondiente al antejuicio. Como se verá después, este supuesto será reconducido a una causal de vacancia.

La Constitución de 1867 retorna la distinción entre causal es de hecho y de derecho para la figura de la vacancia, que había eliminado la predecesora Carta de 1860.

Así, los artículos 79 y 80 regulan ambos supuestos en los siguientes términos:

Art. 79.- La Presidencia de la República vaca de hecho:

- 1° Por muerte del Presidente.
- 2° Por celebrar cualquier pacto contra la independencia o integridad nacional.
- 3° Por atentar contra la forma de gobierno.
- 4° Por impedir la reunión del Congreso, suspender sus sesiones o disolverlo.

Art. 80.- Vaca de derecho:

- 1° Por admisión de su renuncia.
- 2° Por incapacidad moral o física.
- 3° Por haber terminado su período.
- 4° Por sentencia judicial que lo declare reo del delito que motivó su suspensión conforme al artículo 79, incisos 2, 3 y 4.

Finalmente, el artículo 86 estipulaba, como sus antecesores, que:

El Presidente no puede salir del territorio de la República, durante el período de su mando, sin permiso del Congreso; ni concluido dicho período, mientras esté sujeto al juicio que prescribe el artículo 77.

Los supuestos de vacancia son reducidos en la Carta de 1920, que también elimina la diferencia entre vacancia de hecho y vacancia de derecho. Así, el artículo 115 fijaba:

La presidencia de la República vaca, además del caso de muerte:

- 1° Por permanente incapacidad física o moral del Presidente declarada por el Congreso;

- 2° Por admisión de su renuncia;
- 3° Por sentencia judicial que lo declare reo de los delitos designados en el artículo 96.

Asimismo, en la misma línea de las Cartas constitucionales precedentes, el artículo 123 estipulaba que «El Presidente no puede salir del Territorio de la República durante el período de su mando, sin permiso del Congreso». Como se aprecia, la obligación de permanecer un tiempo después de concluido el mandato, o la sujeción a un juicio de residencia son fórmulas ya no contempladas en el texto constitucional.

En términos bastante similares a los actualmente previstos, el artículo 144 de la Constitución de 1933 establecía los supuestos de vacancia en los siguientes términos:

Artículo 144.- La Presidencia de la República vaca, además del caso de muerte:

1. Por permanente incapacidad física o moral del Presidente declarada por el Congreso;
2. Por la aceptación de su renuncia;
3. Por sentencia judicial que lo condene por los delitos enumerados en el artículo 150;
4. Por salir del territorio de la República sin permiso del Congreso; y
5. Por no reincorporarse al territorio de la República vencido el permiso que le hubiere concedido el Congreso.

Es interesante destacar que, después de estar previsto desde un inicio en nuestras Cartas constitucionales, sea como limitación, restricción o específica prohibición, es con la Constitución de 1933 en que el supuesto de salida del territorio nacional sin permiso del Congreso se adiciona a las causal es de vacancia.

El artículo 206 de la Constitución de 1979 contiene las mismas causales de vacancia que su similar antecesor, con la única salvedad de reunir en una sola causal los dos últimos supuestos del anterior artículo 144 de la Carta de 1933. El texto era el siguiente:

Artículo 206. La Presidencia de la República vaca, además del caso de muerte por:

1. Incapacidad moral o permanente incapacidad física declarada por el Congreso.
2. Aceptación de la renuncia por el Congreso.
3. Salir del territorio nacional sin permiso del Congreso o no reincorporarse al cargo al vencimiento de este, y

4. Destitución al haber sido sentenciado por alguno de los delitos mencionados en el Artículo 210.

Finalmente, la Constitución de 1993, actualmente vigente, regula la figura de la vacancia en términos idénticos a la Carta de 1979, pues incluye los mismos supuestos ya previstos tanto por dicha norma fundamental como la anterior de 1933. Así, se lee:

Artículo 113.- La Presidencia de la República vaca por:

1. Muerte del Presidente de la República.
2. Su permanente incapacidad moral o física, declarada por el Congreso.
3. Aceptación de su renuncia por el Congreso.
4. Salir del territorio nacional sin permiso del Congreso o no regresar a él dentro del plazo fijado.
5. Destitución, tras haber sido sancionado por alguna de las infracciones mencionadas en el artículo 117 de la Constitución.

Como puede apreciarse, después de este recorrido histórico, las causales y supuestos de vacancia presidencial previstos por nuestros textos constitucionales han sido básicamente los mismos en todos ellos. En un primer momento, algunos de esos supuestos, como el de salir del territorio nacional sin permiso del Congreso, se encontraban establecidos bajo los rótulos de «limitaciones» o «restricciones».

Posteriormente, algunas restricciones previstas a partir de la Carta de 1828, como la de no impedir ni suspender en circunstancia alguna las elecciones constitucionalmente previstas, fueron luego reconducidas, en los textos fundamentales del siglo XX, a los supuestos de responsabilidad constitucional del presidente de la República como pasibles de su acusación y, de ser el caso, destitución.

La Constitución de 1834 ha sido la primera, de nuestra historia constitucional, en contemplar de manera explícita la figura de la vacancia. De ella a la Carta actual, los supuestos han sido básicamente similares, salvo pequeñas especificidades ya detalladas en cada caso en particular.

3. LA VACANCIA POR INCAPACIDAD MORAL DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA EN LA HISTORIA POLÍTICA DEL PERÚ

Como se ha señalado, la Constitución Política de 1839 es la primera en contemplar la figura de la incapacidad moral como causal de vacancia en el ejercicio del cargo presidencial, bajo los términos de «perpetua imposibilidad moral» (artículo 81). La Carta de 1856 contempla igualmente la causal, con la frase «incapacidad moral» (artículo 83), así como el posterior texto de 1860, en los términos de «perpetua incapacidad moral del Presidente» (artículo 88).

La Constitución de 1867 contempla la misma causal (“incapacidad moral”) en su artículo 80. En una versión un tanto más extendida, la Carta de 1920 prevé en su artículo 115, inciso 1, la vacancia presidencial por «permanente incapacidad [...] moral del Presidente declarada por el Congreso». Este mismo fraseo es utilizado por el texto constitucional de 1933 (artículo 144, inciso 1). En una versión más reducida, la Constitución de 1979 establece la anotada causal en los términos de «incapacidad moral» (artículo 206, inciso 1). Finalmente, la Carta actual de 1993 contempla la causal bajo la frase de «permanente incapacidad moral» (artículo 113, inciso 3).

Como se observa, y salvo variaciones de términos no trascendentales, la causal de vacancia por incapacidad moral del presidente de la República se encuentra expresamente prevista en nuestra historia constitucional desde el texto de 1839.

José Mariano de la Riva Agüero y Sánchez Boquete, primer presidente del Perú, fue vacado en 1823 por el Congreso de la época bajo el recurso de la causal de incapacidad moral. En realidad, como señaló después la historia, dicha declaratoria de vacancia respondió a las pugnas políticas entre Riva Agüero y el Congreso de la República, en medio de un escenario todavía turbulento por la consolidación de la independencia.

En 1914, Guillermo E. Billinghurst Angula también fue vacada en su mandato de presidente de la República en aplicación de la causal de incapacidad moral. Como en el caso anterior, y tras un intento de disolver el Congreso y convocar a consulta popular, la muy mala relación entre el Ejecutivo y el Legislativo determinaron la destitución del presidente.

El último caso registrado de vacancia presidencial por incapacidad moral tuvo lugar el año 2000, y le fue aplicada al entonces presidente Alberto Fujimori Fujimori. Como sabemos y son sucesos por todos conocidos, Alberto Fujimori, fuera del país, envía desde Japón al Congreso de la República su renuncia al cargo a través de un fax. El órgano legislativo no acepta tal renuncia y más bien declara la vacancia de su mandato por incapacidad moral, la que fue acordada por el voto aprobatorio de la mayoría simple de los congresistas presentes en el hemiciclo². Ello es recogido en la resolución legislativa 009-2000-CR del 21 de noviembre de 2000.

Los tres ejemplos históricos anotados en el extremo final del apartado anterior sitúan con bastante claridad las dificultades de la incapacidad moral como causal de vacancia de! presidente de la República. En los dos primeros casos, son las tensiones de poder entre el Congreso y el Gobierno las que determinaron la salida del presidente bajo el pretexto de una incapacidad moral. Es decir, la

2 Cf BERNALES BALLESTEROS, Enrique (coord). Parlamento y ciudadanía. Problemas y alternativas. Lima: Comisión Andina de Juristas, 2001, pp. 130-133.

justificación que se dio a la resolución de la pugna por el poder político entre ambos poderes del Estado es la de establecer una incapacidad moral, cuando son más bien las consideraciones políticas las que implicaron la terminación del ejercicio del cargo. Así, bajo las formas de la vacancia, se escondió más bien una valoración propia de un juicio político.

El caso del expresidente Fujimori es un tanto distinto. No se está propiamente en un escenario de lucha por la hegemonía política del Gobierno o del Congreso, sino que se asiste a las postrimerías de un ejercicio presidencial marcado por el autoritarismo y la corrupción, sin olvidar los casos de violación de derechos humanos, todo lo cual, para salir de la mera opinión, ha sido verificado en su responsabilidad penal por la judicatura ordinaria. Es en ese contexto, de un Gobierno desgastado, que el entonces presidente de la República, con ocasión de un viaje para participar en una actividad internacional, decide no regresar al país y envía, acaso para la historia, una renuncia a través de un fax. Todo ello, en contexto, es lo que llevó al Congreso a valorar dicha renuncia y a decidir no aceptarla, para después vacarlo en el cargo bajo la figura de la incapacidad moral.

4. LA INCAPACIDAD MORAL Y LA INFRACCIÓN CONSTITUCIONAL. DISTINCIONES CONCEPTUALES³

Conviene distinguir la incapacidad moral como causal de vacancia presidencial de la acusación constitucional contra el presidente de la República por la causal de infracción de la Constitución. La causal de infracción de la Constitución se encuentra presente en la historia constitucional peruana desde su inicio. Con antecedente en la Constitución de Cádiz de 1812, estuvo prevista de modo genérico en la carta de 1823 y fue establecida definitivamente en el texto de 1828. Las conductas tipificadas como infracciones constitucionales solo fueron determinadas, en una sola oportunidad en nuestra historia, por la Ley de 17 de junio de 1834 y para el caso del presidente de la República y de los ministros de Estado. Las penas acordadas eran tan severas que nunca fueron puestas en práctica⁴.

Ahora bien, en el orden infraconstitucional es del mayor interés observar durante este período lo previsto en la Ley de 17 de junio de 1834, Sobre acusación y juzgamiento de los presidentes de la República, del Consejo y de los ministros⁵.

3 Con las correspondientes actualizaciones, seguimos en este apartado lo desarrollado en un trabajo anterior de nuestra autoría (GARCÍA CHÁVARRI, Magno Abraham. *Acusación constitucional y debido proceso. Estudio del modelo peruano de determinación de responsabilidad de Los altos funcionarios por parte del Congreso de la República*. Lima: Jurista Editores, 2008, pp. 178 Y ss.).

4 PANIAGUA CORAZAO, Valentín. La justiciabilidad de los actos político-jurisdiccionales del Congreso. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 3 (1999), p. 187. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

5 Esta ley fue dada por la Convención Nacional, que presidía en ese entonces Rufino de Macedo, el 17 de junio de 1834, y promulgada en la casa del Supremo Gobierno por el presidente provisional de la República Luis José Orbegoso, el 20 de junio de ese mismo año.

Esta norma fue la primera en regular la figura del antejuicio y el procedimiento de acusación constitucional para los casos del primer mandatario, o del presidente del Consejo de Estado encargado del mando, y de sus ministros (artículo 1); así como también de los consejeros de Estado, los miembros de ambas Cámaras y los vocales de la Corte Suprema (artículo 2). La presente ley también es importante porque puede entenderse que es la única norma -en toda nuestra historia constitucional- que desarrolló algunos supuestos de la siempre difusa causal de infracción de la Constitución⁶, aunque solo para el caso del presidente de la República y los ministros de Estado.

Y es que el capítulo segundo de la Ley de 17 de junio de 1834 establecía, con detalle, el procedimiento de acusación constitucional contra los altos funcionarios, el cual se iniciaba a pedido de parte o de oficio. En el primer supuesto, el pedido presentado por cualquier «peruano» -para usar la nomenclatura de la norma- debía ser apoyado y firmado por no menos de cuatro diputados (artículo 4)⁷, pues, en caso contrario, este pedido quedaba archivado sin producir efecto alguno (artículo 6). En el segundo escenario, el pedido de acusación de oficio contra el presidente de la República y los ministros de Estado debía ser efectuada por no menos de seis diputados (artículo 7), o por no menos de tres de ellos si se tratase de los vocales del Consejo de Estado, los miembros de ambas Cámaras o los magistrados de la Corte Suprema (artículo 8).

La acusación formulada de oficio o a pedido de parte era leída durante tres días seguidos y luego era inmediatamente votada por su admisión a trámite o no (artículo 9). De pasarse este primer filtro, se constituía una comisión compuesta de siete diputados y se extendía una copia del expediente al funcionario involucrado (artículo 10). En el término de cuarenta y ocho horas de ocurrido lo anterior, el presunto responsable tenía derecho a ejercer su defensa ya ofrecer las pruebas que considere necesario (artículo 11). La comisión de siete diputados tenía así mismo igual plazo para emitir su dictamen, el cual era leído dos días seguidos y en el tercero someterlo a discusión (artículo 12), deliberación a la que podía asistir el funcionario investigado (artículo 13).

La Cámara expedía su resolución en una sola sesión pública permanente (artículo 14), y para formar su decisión bastaba la pluralidad absoluta de los votos (artículo 15). Si se declaraba haber lugar a la formulación de acusación, una comisión de cinco diputados nombrados por la Cámara de Diputados elevaban lo acordado al Senado (artículo 16). Presentada la acusación, el funcionario

6 PANIAGUA CORAZAO, Valentín. Ob. Cit., p. 187.

7 Según el artículo 5 de la Ley de 17 de junio de 1834, "Para ello [en el caso de un pedido planteado por un ciudadano cualquiera] se leerá la representación tres días consecutivos, y se dejará el 4 sobre la mesa, para que la firmen los [diputados] que quieran »,

incurso podía ejercer su derecho de defensa en el término de cuarenta y ocho horas (artículo 17). Una comisión de cinco senadores nombrada por este órgano disponía del mismo plazo para producir su dictamen (artículo 18). Este dictamen era leído por dos días consecutivos para, en el día tercero, ser sometido a debate y resuelto en una sesión pública permanente (artículo 19). Con el voto de los dos tercios de los senadores presentes se decidía si había lugar a la formación de causa contra el funcionario acusado o no (artículo 20).

Si se aprobaba la acusación constitucional (que debía publicitarse a través de los medios oficiales), el funcionario sometido a ella quedaba en suspenso en el ejercicio de su cargo, mientras que el Senado remitía a la Corte Suprema el expediente del caso (artículo 21). Para su juzgamiento, bastaban «tres vocales en vista, y cuatro en revista, excepto el caso de discordia, en el que siempre habrá uno más en revista de los que conocieron en vista» (artículo 22). Finalmente, frente a algún impedimento o falta de vocales de la Corte Suprema, conocerían el caso, en orden de antigüedad, los vocales de la Corte Superior de Justicia de Lima (artículo 23).

En su capítulo tercero, denominado «Delitos y penas», la Ley de 17 de junio de 1834 en comentario estipuló algunos supuestos de la recurrida causal de infracción de la Constitución para el caso del presidente de la República y los ministros de Estado. Así, por ejemplo, si estos altos funcionarios disolvían el Congreso o, con hechos positivos, tratasen de variar la forma de gobierno establecida constitucionalmente, sufrirían la pena de muerte (artículo 24), o el destierro perpetuo del territorio de la República, si la comisión de estos delitos era indirecta (artículo 25).

Una segunda tipificación -bastante amplia, por cierto- de la infracción constitucional estuvo contenida en los artículos 26 y 27 de la comentada ley. En ese tenor, si el presidente de la República o los ministros atacasen la seguridad personal de algún peruano, serían destituidos de sus cargos, perderían por siempre los derechos de ciudadanía y resarcirían los daños y perjuicios que hubiesen originado (artículo 26). Adicionalmente, si del ataque referido resultaba la muerte del agredido, se sumaría la pena del destierro perpetuo (artículo 27).

En tercer lugar, se consignó que estos altos funcionarios se harían acreedores de las sanciones previstas en el artículo 26 de la ley en los casos que impidiesen las elecciones populares, el libre uso de la industria del ciudadano o la libertad de imprenta; tomasen conocimiento de causa judicial alguna; violasen el secreto de las comunicaciones u obstruyesen la libertad de tránsito (artículo 28). En cuarto lugar, sufrirían igual pena si cobrasen contribuciones no acordadas debidamente por el Congreso o incurriesen en algún no autorizado por este (artículo 29), así como también si dispusiesen un reclutamiento mayor que el designado por ley para el ejército o la armada (artículo 30).

La presente ley también estableció las sanciones respecto de la comisión del delito de concusión para todas las autoridades sujetas al antejuicio: serían

declarados infames, restituirían el premio de su venalidad y pagarían una multa no mayor que mil pesos ni menor de trescientos (artículo 31). Finalmente, se consignó en su artículo 32 que los demás delitos debían ser castigados según las penas establecidas en las leyes correspondientes.

Tal era la severidad de las sanciones reseñadas respecto de las infracciones de la Constitución (v, gr. pena de muerte, destierro perpetuo, inhabilitación política sin término), que la aplicación de la ley se tornó ilusoria”. Sin embargo, es importante resaltar en ella que fue la única norma que precisó algunas de las conductas que debería comprender la causal de infracción constitucional.

Décadas después, la Ley de 28 de setiembre de 1868 prescribió que la responsabilidad de los funcionarios puede ser civil o mixta”. Es así como fue práctica, a partir de esa fecha hasta 1993, que únicamente cabía el procesamiento de los altos funcionarios por delitos de función.

Sin embargo, el primer juicio político realizado en el Perú ocurrió en 1997. En él se recurrió, también por primera vez, a la causal de infracción de la Constitución para destituir del Tribunal Constitucional a los magistrados Manuel Aguirre Roca, Guillermo Rey Terry y Delia Revoredo Marsano de Mur.

Mediante resoluciones legislativas 002-97-CR, 003-97-CR y 004-97-CR, del 28 de mayo de 1997, los entonces tres magistrados del Tribunal Constitucional peruano fueron separados de su cargo por infracción de la Constitución. En esta oportunidad, esta imprecisa causal consistió en haber ejercido el control difuso y declarar así inaplicable al caso de Alberto Fujimori la ley número 26657 (denominada Ley de Interpretación Auténtica del artículo 112¹⁰ de la Constitución) que le permitía, como se sabe, una tercera elección consecutiva¹¹. La Subcomisión Acusadora¹² estimó que los magistrados «[...] fueron culpables de grave infracción constitucional y legal, al haber asumido ellos [...] una función que, en ningún caso, puede corresponder a tres miembros del Tribunal Constitucional sino al Pleno en su totalidad; Que si fueron autorizados o no por el pleno para proceder de esa manera, resulta irrelevante, pues ni siquiera este último está en capacidad para autorizar la violación de la Constitución y la ley».

8 PANIAGUA CORAZAO, Valentín. Ob. cit., p. \87

9 La responsabilidad mixta de los funcionarios comprendía tanto una de naturaleza civil cuanto una de índole penal.

10 En ese entonces, como se ha anotado, el artículo 112 de la Carta de 1993 establecía que “El mandato presidencial es de cinco años. El presidente puede ser reelegido de inmediato para un período adicional. Transcurrido otro periodo constitucional, como mínimo, el expresidente puede volver a postular, sujeto a las mismas condiciones». Ahora, este texto ha sido modificado por el artículo 1 de la ley 27365 (del 5 de noviembre de 2000), Ley de Reforma Constitucional que elimina la reelección presidencial inmediata.

11 Cf. Sentencia del 3 de enero de 1997 recaída en el expediente 002-9G-I/TC.

12 Esta Subcomisión Acusadora del Congreso contra los tres magistrados del Tribunal Constitucional estaba presidida por Martha Hildebrandt Pérez-Treviño e integrada por Jorge Trelles Montcro, Enrique Chirinos Soto y Luis Delgado Aparicio.

Ahora bien, la infracción de la Constitución tiene siempre una acción amplia, difusa e imprecisa: se entiende como aquella conducta u omisión que es contraria a la norma fundamental¹³. Es pues, o puede llegar a serlo con suma facilidad, peligrosamente omnicompreensiva". Al tener este carácter, admite consideraciones no solo jurídicas, sino también -y este es el mayor riesgo- políticas, éticas, religiosas o de cualquier otra naturaleza. En suma, según la valoración, siempre subjetiva y relativa de un grupo, cualquier conducta u omisión puede revestir y significar una infracción al texto constitucional.

Y si ello es así, con mucha mayor expedición un alto funcionario puede ser destituido de su puesto e inhabilitado para el ejercicio de cualquier cargo público hasta por un término de diez años, dentro de un escenario en el cual se le desconoce, entre otros, su derecho fundamental a un debido proceso. De este modo, una persona es sometida a un procedimiento de acusación constitucional por la comisión u omisión de una conducta que, ex post facto, es catalogada como infractora de la Constitución. Al final, esta persona termina sancionada políticamente por una conducta que nunca estuvo tipificada.

En esto consiste el principal problema de la infracción constitucional: su atipicidad, su indeterminación¹⁵. Si no existe en el ordenamiento jurídico, como es el caso, una norma que describa y detalle las conductas u omisiones infractoras de la Constitución, la discrecionalidad del Congreso en un procedimiento de acusación constitucional puede devenir en una no querida arbitrariedad, lejana de todo Estado Constitucional y contraria a él.

En ese orden de ideas, si bien la Constitución actual señala que la acusación constitucional también procede por infracción de ella misma, no desarrolla los supuestos de tal contravención, así como tampoco el Reglamento del Congreso

13 EGUIGUREN PRAELI, Francisco José. La infracción constitucional como límite a la inviolabilidad por votos u opiniones de los parlamentarios. Revista jurídica del Perú, LI, 27 (octubre 2001), pp. xv y ss.; LUNA CERVANTES, Eduardo. Responsabilidad ministerial y Constitución: evitando la impunidad. Diálogo con la Jurisprudencia, 9, 56 (mayo 2003), p. 44. Lima: Gaceta Jurídica.

14 Por ello, precisamente, autores como César Landa señalan que la transgresión de cualquier artículo de la Constitución no configura una infracción constitucional. En ese sentido, importaría infracción constitucional «roda violación de los bienes jurídicos -sociales, políticos y económicos- establecidos en la Constitución, que no sean materia de protección y sanción en caso de su incumplimiento- por norma legal alguna» (LANDA ARROYO, César. Antejudicio político. En Miguel Carbonelli (coord.). Derecho Constitucional. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas jurídicos Comparados. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004, pp. 613-614 Y 616). Sin embargo, esta conceptualización mantiene, aunque disminuidos, cierto grado de indeterminación y amplitud. Así también, otros autores postulan, a partir de la sentencia del Tribunal Constitucional peruano en el caso 65 congresistas de la República, que es una figura autónoma, de eminente carácter político, que forma «legítimamente» parte de los mecanismos parlamentarios de control político, y que es independiente de las conductas típicas sancionadas por el ordenamiento penal (Cf. SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge. La infracción constitucional: una institución polémica en el Perú. Diálogo con la Jurisprudencia, 9, 64 (enero 2004), pp. 17-26; Y del mismo autor, Comentario a los artículos 99 y 100 de la Constitución. En Walter Gutiérrez Camacho (ed.), La Constitución comentada. Análisis artículo por artículo. Lima: Gaceta Jurídica-Congreso de la República, tomo II, 2005, pp. 125-142).

15 SORIA LUJÁN, Daniel. La necesidad de tipificar las infracciones a la Constitución de los altos funcionarios públicos. Diálogo con la Jurisprudencia, 9, 63 (diciembre 2003), pp. 17-23. Lima: Gaceta Jurídica.

de la República. Por lo tanto, al no estar debidamente tipificados sus supuestos, la infracción constitucional no debería aplicarse.

Es más, si la Constitución consagra que «Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley» (artículo 2, inciso 24, literal d); no puede haber proceso -y menos condena- por infracciones no tipificadas como tales. La infracción de la Constitución adolece de este problema ya que solo está enunciada por la Constitución y el Reglamento del Congreso, sin que se detallen, o mencionen siquiera, los tipos que la debieran constituir.

Si no hay tipificación previa y claramente determinada, ninguna persona (alto funcionario, en este caso) debe ser procesada y condenada, ya que no hay ninguna certeza de cuál es la infracción reprimible. Sin una necesaria especificación de las conductas que podrían comprender la infracción de la Constitución no debería haber procedimiento de acusación constitucional que implique la subsiguiente destitución o inhabilitación de los funcionarios; pues lo contrario es atentatorio del derecho a un debido proceso, máxime cuando el procedimiento concluye en sede parlamentaria.

Entendiendo la infracción constitucional como un atentado contra el sistema democrático, y teniendo en consideración que los tipos abiertos no son propios de un Estado Constitucional, un sector de la doctrina nacional¹⁶ propone un catálogo de las conductas a estimarse como infracciones constitucionales. Ellas son las siguientes: 1) violación de la soberanía nacional, 2) inobservancia reiterada de compromisos públicos, 3) menoscabo presupuestario, 4) usurpación absoluta del poder, 5) intervención en otros poderes, y 6) desestabilización interna.

De la rápida revisión de las causales enunciadas se observa en ellas una amplitud y vaguedad considerable y, en algunos casos, hasta peligrosa. Así, por ejemplo, el tipo de «inobservancia reiterada de compromisos públicos» no deja de ser impreciso y, por ello, manipulable por la valoración política del grupo que la va a calificar. E inclusive muchas de estas conductas ya están contenidas en la tipificación penal ordinaria (como por ejemplo la conducta de menoscabo presupuestario).

Por ello, aun cuando es valorable el intento de establecer una tipología para la siempre abierta causal de infracción de la Constitución, discrepamos de esta propuesta porque estimamos que las conductas propuestas presentan también ese grado de amplitud y falta de adecuada concisión que se esgrimen en contra de la primera. En ese sentido, consideramos que, en el supuesto de detallarse

16 MONTROYA CHAVEZ, Victorhugo. La infracción constitucional. Lima: Palestra Editores, 2005pp. 237 Y ss.

en un cuerpo normativo las conductas u omisiones constitutivas de infracción constitucional-uno adecuado sería el Código Penal-, estas deben revestir los requisitos de adecuada determinación que se exigen para los tipos penales.

Por último, es preciso anotar que la infracción constitucional no tiene mucho sentido en un esquema de antejuicio, porque este supone el procesamiento del funcionario por conductas penalmente reprobables. Y la infracción de la Constitución puede tener contenido penal como también no puede tenerlo. En cambio, esta causal sí encuentra correspondencia en un modelo de impeachment- y guarda proximidad con las utilizadas en Inglaterra (alta traición») o los Estados Unidos de Norteamérica («delitos y faltas graves»)- donde se sanciona bajo valoraciones políticas una conducta por reputarla lesiva contra la dignidad del cargo.

5. DIFICULTADES DE LA FIGURA DE LA INCAPACIDAD MORAL COMO CAUSAL DE VACANCIA DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA EN EL MODELO PRESIDENCIAL PERUANO

Durante el gobierno del presidente Alejandro Toledo Manrique, con ocasión de los sucesos que terminaron con el reconocimiento de su hija extramatrimonial, y la posterior destitución del juez supremo José Antonio Silva Vallejo por parte del Consejo Nacional de la Magistratura, tras difundirse en medios de prensa la reunión sostenida entre tales funcionarios en situaciones acaso indebidas o indecorosas, pues se dieron fuera del despacho judicial que correspondía; se discutió en el Congreso de la República de la época, animados por el reducido índice de aprobación del que siempre padeció el mandatario, la posibilidad de aplicar la causal de vacancia por incapacidad moral del presidente de la República.

El asunto no era nada desdeñable porque el Reglamento del Congreso, en aquel momento, no había previsto regulación alguna respecto de la vacancia por incapacidad moral, ni menos había establecido el número de votos requeridos para dicho acuerdo. Con lo cual, inclusive se llegó a debatir que bastaría una mayoría simple, con el quórum reglamentario, para acordar la vacancia por incapacidad moral.

Si ello es así, resultaría un contrasentido que una mayoría simple del Congreso pueda hacer las veces de una confianza política, lo que desnaturalizaría el modelo presidencial al intentar volverlo uno de corte parlamentario.

Frente a este debate, el Tribunal Constitucional emitió una sentencia célebre en materia de antejuicio y juicio político, donde aprovechó para pronunciarse sobre este punto. La sentencia referida es la dictada en el caso en «65 congresistas de la República»¹⁷, y lo señalado sobre incapacidad moral fue lo siguiente:

17 Sentencia cid 1 dé: diciembre de 2003 recaída en el Expediente número 0006-2003-AI/TC.

Este Colegiado debe resaltar que no existe procedimiento ni votación calificada alguna para que el Congreso de la República pueda declarar vacante el cargo de Primer Mandatario por la causal prevista en el inciso 2) del artículo 113° de: b Constitución, esto es, por «su permanente incapacidad moral o física». Ello, desde luego, no podría significar que el más alto cargo de la Nación pueda quedar vacante como consecuencia de mayorías simples, pues ello sería atentatorio del principio de razonabilidad, pudiéndose presentar supuestos absolutamente Inaceptables en un Estado social y democrático de derecho, cales como el hecho de que mientras que el Congreso necesite de la votación de más de la mitad de su número legal de miembros para remover a los ministros (responsables políticamente y no elegidos por el pueblo), mediante el voto de censura, sin embargo, no necesite sino una mayoría simple para remover al Presidente de la República (quien no tiene responsabilidad política y es elegido directamente por la voluntad popular). En ese sentido, el Tribunal Constitucional exhorta al Congreso de la República a legislar un procedimiento y la necesidad de una votación calificada para poder declarar la vacancia presidencial por la causal prevista en el inciso .2) del artículo IDO de la Constitución, a efectos de no incurrir en aplicaciones irrazonables de la referida disposición constitucional, para lo cual, al igual que en los casos de juicio político, debe estipularse una votación calificada no menor a los 2/3 del número legal de miembros del Congreso.

Para el Tribunal Constitucional, tu que es correcto, una causal tan peligrosa como la incapacidad moral del presidente de la República -peligrosa en términos de que atentaría su uso indiscriminado contra la estabilidad política que debe tener todo Estado--- no puede estar sujeta a una mayoría simple, por lo que estima -en el afán-de legislador positivo que le gusta desempeñar- que una votación de dos tercios del número legal de congresistas es más previsor y sensato, en tanto buscaría que ochenta de ciento veinte congresistas puedan llegar a cierto consenso respecto de un terna tan trascendental.

Ello fue acogido por el Congreso de la República, pues incorporó en su Reglamento el artículo 89 a dicha votación calificada, además del procedimiento para acordar la vacancia por incapacidad moral del presidente de la República.

Sin embargo, respetuosamente, discrepamos de lo señalado por el organismo de control de la Constitución, porque estimamos que, en tanto cúspide de nuestro modelo de justicia constitucional, podemos ofrecer un análisis más detallado de la figura misma de la vacancia y ver la compatibilidad de mantener una causal tan indeterminada y difusa como la de incapacidad moral.

Si se repara en las demás causales de vacancia anteriormente anotadas, como las de muerte, permanente incapacidad física, renuncia aceptada por el Congreso o salida del territorio nacional sin el permiso respectivo o su retorno

prefijado, siguiendo al maestro César Valega García (en sus clases del curso de Poder Ejecutivo en la Facultad de Derecho de nuestra universidad), todas ellas tienen carácter objetivo y no requieren contradicción. Son causales que tienen una condición de inobjetables. Así por ejemplo, el supuesto de muerte no puede ofrecer, en contra parte, alguna contradicción.

Sin embargo, ello no ocurre con la causal de vacancia por incapacidad moral, que, entendida como ocurrió en el caso del expresidente Toledo, o se aplicó al expresidente Alberto Fujimori, ella demandaría subsecuentemente su contradicción y exigiría de parte del órgano legislativo escuchar argumentos de descargo. En ese sentido, la incapacidad moral rompe con el esquema establecido en todos los demás supuestos en el recorrido de nuestra historia constitucional.

Además de lo expuesto, la vacancia por incapacidad moral quiebra también el modelo presidencial, en tanto que resultaría contradictorio establecer un blindaje como el que otorga el artículo 117 de la Constitución actual al presidente de la República, si después, bajo la amplia consideración de una incapacidad moral puede acortarse dicho mandato a modo de una confianza parlamentaria. Es decir, si lo que busca el modelo presidencial es que el presidente de la República dirija el gobierno sobre un periodo fijo y preestablecido -que lo diferencia del esquema parlamentario europeo, sujeto a las confianzas, censuras y disoluciones-, y por ello señala que, durante su mandato, solo puede ser acusado por situaciones extraordinarias muy específicas, carece de sentido lógico el que dicho mandato pueda acortarse o terminarse sobre la base de una consideración tan indeterminada como la moral, además de duplicarse aquí también el modelo de un juicio político.

6. HACIA UNA FORMULACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA FIGURA DE LA INCAPACIDAD MORAL COMO CAUSAL DE VACANCIA EN EL MODELO PRESIDENCIAL PERUANO

Visto todo lo anterior, estimamos que la incapacidad moral como causal de vacancia presidencial resulta incompatible con el modelo de sistema de gobierno presidencial peruano, que tiene como uno de sus rasgos centrales el que el titular máximo del Poder Ejecutivo ejerza su poder político durante el plazo predeterminado constitucionalmente. Ello, como se ha visto, determina una suerte de blindaje a la figura presidencial (contenido en el ya citado artículo 117) que no tendría mayor sentido si el Congreso puede invocar una consideración tan amplia cuan acomodable a cualquier conducta como es el caso de la incapacidad moral.

Como también se ha anotado, si uno revisa las causales de vacancia presidencial, tanto las actualmente previstas como las propias de las anteriores constituciones, puede coincidirse con facilidad con la postura teórica en virtud de la cual todas ellas, salvo la incapacidad moral, son situaciones de hecho que ocurren o se presentan en la realidad y que desencadenan una consecuencia

jurídica (en alusión además a la etimología del término «vacancia») que no requiere mayor controversia o dilucidación. Muerte, renuncia aceptada, salida del territorio sin permiso, destitución por juicio político, incapacidad física son elementos respecto de los cuales solamente corresponde al Congreso ratificar su existencia, pero no realizar construcciones a fin de obtener un producto interpretativo.

Por ello, para algunos autores ya citados, el término «moral» debe traducirse como «mental», tal y como se entendía aquella dimensión en el siglo XIX, que precisamente es la época donde aparece por vez primera (Constitución de 1839). Si se entiende que «incapacidad moral» equivale a «incapacidad mental», la controversia estaría resuelta y la causal sería de la misma naturaleza objetiva y fáctica que las otras estipulaciones de la vacancia.

Empero, la salida puede ser muy fácil, y la causal importa un conjunto de matices que convendría evaluar con mayor detenimiento y no desconocerlas en un examen que puede adolecer de superficial. Es un dato de la realidad la existencia del término «incapacidad moral» en nuestros textos constitucionales, así como su utilización para la pérdida del cargo de tres presidentes de la República. Si está prevista la frase «incapacidad moral» en nuestro modelo constitucional, la figura se encuentra ya incorporada, por lo que correspondería darle algunos alcances que la tornen compatible con la estabilidad política que debe mantenerse en un Estado.

A este respecto es importante diferenciar conceptualmente las figuras de infracción constitucional y de incapacidad moral, con la finalidad de eliminar una indebida duplicidad entre ellas. Como se ha anotado, la infracción constitucional es una institución necesariamente difusa y amplia, que corresponderá ser determinada en sus particulares alcances a un caso específico por la instancia legislativa competente dentro de un ejercicio discrecional, pero no por ello arbitrario. Así, por ejemplo, puede estimarse que la incapacidad moral declarada para los presidentes José de la Riva Agüero y Guillermo Billinghurst respondió a consideraciones políticas, en las cuales la causal de infracción de la Constitución era perfecta e igualmente aplicable.

De esta manera, si la conducta a reprocharle al presidente de la República puede circunscribirse dentro de los contornos de la infracción constitucional, no debiera corresponder el recurso a la vacancia por incapacidad moral. Por el contrario, solamente debiera utilizarse la figura de la incapacidad moral para sancionar aquellas conductas reprochables que difícilmente pueden reconducirse a una infracción constitucional. Es decir, si una infracción a la Constitución es cualquier vulneración de sus postulados expresos o implícitos, así como de los principios que enarbola, existirán algunas otras conductas que pueden quedar fuera de dicha delimitación. Piénsese por ejemplo en una situación de ebriedad habitual

o de adicción a sustancias psicotrópicas, la comisión pública de expresiones faltantes a la verdad (y aquí solo de aquellas que 110 tienen un contenido penal) o, como ocurrió, la huida del país y su posterior renuncia a través del envío de un fax. Todas estas consideraciones difícilmente pueden circunscribirse a infracciones constitucionales, en tanto que más bien se presentan como conductas indignas o contrarias a la majestad del cargo a ostentarse.

Y aquí conviene recordar el recorrido comparado respecto del juicio político. Basta una breve revisión de los modelos para señalar que las causal es habilitantes para el impeachment han sido recogidas en otros órdenes constitucionales bajo los términos de «mal desempeño del cargo~), «conducta indigna del cargo», «conducta contraria a la dignidad del cargo», que resultan mucho más extensas a la amplia y nacional «infracción a la Constitución».

Así; dentro del ejercicio de una potestad parlamentaria que debe ser ejercida de manera plausible y respetuoso de una razonabilidad mínima dentro de un Estado Constitucional, resultaría aceptable sostener que la figura de la incapacidad moral como casual de vacancia presidencial puede reconducirse y aplicarse para aquellas acciones u omisiones que, escapando de los linderos de la infracción constitucional propiamente tal, signifiquen conductas reprobables al revestir un grado tal de indignidad que tornen imposible que quien ejerce el cargo pueda seguir haciéndolo. Utilizando los parámetros de 1a moralidad descritos en el primer capítulo, la incapacidad moral podría ser plausiblemente aplicable a aquellas conductas graves que, sin ser delitos ni infracciones de un juicio político, deterioren a tal magnitud la: dignidad presidencial que hagan que no pueda ser posible que el ·episódico titular del Gobierno se mantenga, tras esas conductas y en esas condiciones, en su mandato.

CONCLUSIONES

- a) La incapacidad moral como causal de vacancia del presidente de la República es una figura que no tiene antecedente en el sistema presidencial puro norteamericano, así como actualmente tampoco se encuentra recogida en las Constituciones de los diferentes países latinoamericanos de régimen presidencial estudiados.
- b) La incapacidad moral como causal de vacancia presidencial resulta, en principio, incompatible con el modelo de sistema de gobierno presidencial peruano, que tiene como rasgo central el que el titular máximo del Poder Ejecutivo ejerza su poder político durante el plazo predeterminado constitucionalmente, lo que viene reforzado por el régimen excepcional de su responsabilidad (artículo 117 de la Carta de 1993).
- c) Las causales de vacancia presidencial tienen como denominador común el que enuncian situaciones de hecho que ocurren o se presentan en la realidad

y que desencadenan una consecuencia que no requiere mayor controversia o dilucidación.

- d) La incapacidad moral como causal de vacancia rompe con esta fisonomía y frente a ello cabe dos opciones. La primera, restringida, será entender a la incapacidad moral una incapacidad de tipo mental. La segunda, más amplia, será entenderla para sancionar aquellas conductas reprochables que sin duda revisten gravedad, pero que escapan de los alcances de la infracción constitucional y del juicio político.
- e) Para este propósito resulta valioso distinguir conceptualmente las figuras de infracción constitucional y de incapacidad moral, con la finalidad de eliminar duplicidades y superposiciones. Como se ha anotado, la infracción constitucional es una institución necesariamente difusa y amplia, que corresponderá ser determinada en sus particulares alcances a un caso específico por la instancia legislativa competente dentro de un ejercicio discrecional, pero no por ello arbitrario.
- f) La configuración constitucional de la incapacidad moral, compatible con las exigencias de un Estado Constitucional de Derecho, y en atención a la necesaria estabilidad y gobernabilidad, determinaría que ella podría ser plausiblemente aplicable a aquellas conductas graves que, sin ser delitos ni infracciones de un juicio político, deterioren a tal magnitud la dignidad presidencial que hagan que no pueda ser posible que su titular se mantenga en su cargo.

GALERÍA DE FOTOS



Dr. VICENTE PAÚL ESPINOZA SANTILLÁN

Decano 2018 -2019



JUNTA DIRECTIVA CALSUR PERIODO 2018 -2019

Dr. Erasmo Reyna Alcántara, Dr. Jesús Antonio Rivera Oré, Dr. Manuel Castillo Venegas – Presidente de la JUDECAP, Dr. Vicente Paúl Espinoza Santillán, Dra. María Elena Portocarrero Zamora –Decana CAL, Dr. Marco Cerna Bazán –Presidente CSJ Lima Sur, Dr. Ángel Gonzales Rosales –Decano CAH, Dra. Cecilia Alegría Trujillo, Dr. Rolando Chiara Galván, Dr. Felipe Villacorta Usca, Dra. Jenny Cadenas Quispe, Dr. Julio Alva Parí, Dr. Luis Erick Sierra Yupanqui, Dr. Franklin Reyna Ibáñez, Dr. Jaime Agustín Herrera Javo.



PAST DECANO, DECANO Y PRESIDENTE DE JUDECAP

Past Decano Dr. Jesús Antonio Rivera Oré, Decano Dr. Vicente Paúl Espinoza Santillán, en compañía del Dr. Manuel Castillo Venegas Decano del Colegio de Abogados de Piura y Presidente de la Junta Nacional de Decanos de los Colegios de Abogados del Perú.



JURAMENTACIÓN DR. VICENTE PAÚL ESPINOZA SANTILLÁN

Juramentación del flamante Decano del Colegio de Abogados de Lima Sur por el periodo 2018 -2019 Dr. Vicente Paúl Espinoza Santillán, por parte del Past Decano Dr. Jesús Antonio Rivera Oré. Acompañan la Dra. María Elena Portocarrero Zamora Decana del Colegio de Abogados de Lima, y el Dr. Marco Cerna Bazán Presidente de la Corte Superior de Justicia de Lima Sur.



RECONOCIMIENTO AL DR. JESÚS ANTONIO RIVERA ORE –DECANO FUNDADOR

El Ilustre Colegio de Abogados de Lima Sur a través de su Decano Dr. Vicente Paúl Espinoza Santillán otorga la máxima condecoración de la Orden “Medalla Francisco García Calderón y Landa” al Past Decano Dr. Jesús Antonio Rivera Oré, por sus importantes servicios brindados en favor de la institución en su calidad de Decano Fundador.



JURAMENTACIÓN DIRECTIVOS 2018 -2019

Acto de juramentación de los señores miembros de la Junta Directiva y Junta de Vigilancia 2018 -2019.



MESA DE HONOR – CEREMONIA DE 7MO ANIVERSARIO

Ceremonia de celebración del séptimo aniversario de creación del Ilustre Colegio de Abogados de Lima Sur, y celebración del día del Abogado. De pie izquierda Dr. Vicente Paúl Espinoza Santillán, Dr. Ulises Montoya Alberti, Dr. Marco Cerna Bazán, Dr. Iván Rodríguez Chávez, Dr. Jesús Antonio Rivera Oré, Dr. Magdiel Gonzales Ojeda.



CEREMONIA DEL SÉPTIMO ANIVERSARIO DE CREACIÓN DEL ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE LIMA SUR Y DÍA DEL ABOGADO

De izq. CPC. Rubén Salcedo Romero, Dr. Vicente Paúl Espinoza Santillán, Dr. Iván Rodríguez Chávez, Dr. Ulises Montoya Alberti, Dr. Marco Cerna Bazán, Dr. Jesús Antonio Rivera Oré, Dr. Magdiel Gonzales Ojeda, izq. abajo Dr. Erasmo Reyna Alcántara, Dra. Rut Huamán Coronel, Dr. Julio Alva Parí, Dra. Cecilia Alegría Trujillo, Dr. Franklin Reyna Ibáñez, Dr. Felipe Villacorta Usca, Sra. Shady Valdez Tejada, Dra. Margoth Alarcón Silvera, Dr. Martín Jiménez Galán.



RECONOCIMIENTO AL DR. ULISES MONTOYA ALBERTI

El Ilustre Colegio de Abogados de Lima Sur a través de su Decano Dr. Vicente Paúl Espinoza Santillán otorgo la máxima condecoración de la Orden “Medalla Francisco García Calderón y Landa” al Dr. Ulises Montoya Alberti, Past Decano de Ilustre Colegio de Abogados de Lima y Presidente Electo de la Federación Interamericana de Abogados FIA, por su destacada labor en el ejercicio de la abogacía.



RECONOCIMIENTO AL DR. IVAN RODRIGUEZ CHAVEZ

El Ilustre Colegio de Abogados de Lima Sur a través de su Decano Dr. Vicente Paúl Espinoza Santillán otorgo la máxima condecoración de la Orden “Medalla Francisco García Calderón y Landa” al Dr. Iván Rodríguez Chávez, Rector de la Universidad Ricardo Palma, abogado y educador destacado, por su permanente defensa de la Universidad Peruana.



CAMPAÑA CONTRA EL EJERCICIO ILEGAL DE LA PROFESIÓN 2018



El Ilustre Colegio de Abogados de Lima Sur, el día 21 de marzo del 2018, liderado por su Decano el Dr. Vicente Paúl Espinoza Santillán y el Director de Defensa Gremial Dr Felipe Villacorta Usca, realizó una **campaña contra el ejercicio ilegal de la Profesión por las inmediaciones de la Municipalidad de San Juan de Miraflores**. Agradecemos el apoyo de la Policía Nacional del Perú y la Dirección de Fiscalización de la Municipalidad de San Juan de Miraflores, así como a nuestros agremiados presentes.



FELICITACIÓN A JUEZA DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

El Ilustre Colegio de Abogados de Lima Sur a través de su Decano Dr. Vicente Paúl Espinoza Santillán y su Director de Ética Profesional - Dr. Franklin Reyna Ibáñez presentan el saludo y reconocimiento a la Dra. Luz del Carmen Ibáñez Carranza - Fiscal Superior y próximamente Jueza de la Corte Penal Internacional, en la foto acompaña el Fiscal Anticorrupción Dr. Martin Salas Zegarra.



JURAMENTACIÓN E INCORPORACIÓN DE DECANO CALSUR A JUDECAP

El Dr. Vicente Paúl Espinoza Santillán -Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Lima Sur fue incorporado oficialmente como miembro de la Junta Nacional de Decanos de los Colegios de Abogados del Perú, en la sesión ordinaria del 24 de marzo en la ciudad de Cusco, asimismo nuestro señor Decano fue declarado miembro honorario del Ilustre Colegio de Abogados del Cusco. Agradecemos al señor decano del Ilustre colegio de abogados del Cusco -Dr. Jorge de la Sota Zubeleta y su junta directiva, por la gran hospitalidad en la ciudad imperial.

MOTIVENSA
Editora Jurídica

Este libro se terminó
de imprimir en Agosto del 2018
Telefax: 4237644
www.motivensa.com
ventas@motivensa.com
LIMA – PERÚ