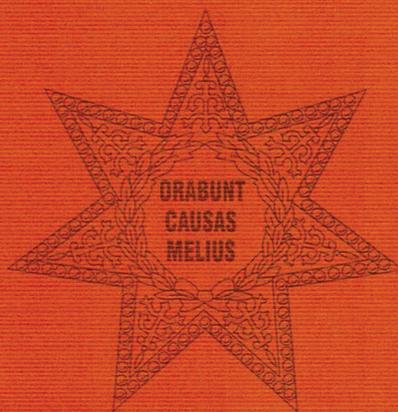


COLEGIO
DE ABOGADOS
DE LIMA SUR



REVISTA DEL FORO

Año MMXX, N° 8 y 9

Abril 2020

Ilustre Colegio de Abogados de Lima Sur



REVISTA DEL FORO

Año MMXX

Números 8 y 9

Abril 2020
Lima sur. Lima - Perú

REVISTA DEL FORO

Números 8 y 9

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 2020

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

2020 - 2021

VICENTE PAÚL ESPINOZA SANTILLÁN

Decano

MARÍA ANTONIETA SANCHEZ GARCÍA

Vice Decana

LUIS ERICK SIERRA YUPANQUI

Secretario General

JENNY CADENAS QUISPE

Directora de Economía

JESÚS FRANCISCO MUÑOZ ROLDAN

Director de Defensa Gremial

RUT HUAMAN CORONEL

Directora Académica

ERASMO REYNA ALCANTARA

Director de Derechos Humanos

DANIEL ZAMBRANO VILCHEZ

Director de Ética Profesional

JULIO ALVA PARI

Director de Comisiones y Consultas

JOSE LUIS RODRIGUEZ MONTOYA

Director de Informática y Com.

ZARELA PUCHURI NAVARRETE

Director de Ext. Social y Participación

LUIS CORRALES DOLMOS

Director de Biblioteca

MARGOTH ALARCON SILVERA

Directora de Bienestar Social

JUNTA DE VIGILANCIA

2020 - 2021

YDA ROSA CABRERA CUETO

Presidenta

CECILIA ALEGRÍA TRUJILLO

Secretaria

PRESENTACIÓN

Señores miembros de la Orden:

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

En esta edición tenemos artículos jurídicos de suma importancia para la ciencia del derecho, en la línea de las publicaciones anteriores se mantiene la rigurosidad y exigencia académica contando con el aporte intelectual de destacados juristas como Carlos Gorrin Peralta (Puerto Rico), María Torrelles Torrea (España), Carlos Fernández Sessarego (+) (Perú), Arsenio Oré Guardía (Perú) Carlos Calderón Puertas (Perú), Carlos Agurto Gonzales (Perú), Oswaldo Burgos (Argentina), Emilio Balarezo Reyes (Perú), Juan Gutiérrez Otiniano (Perú), María Antonieta Sánchez García (Perú), Julio Alva Pari (Perú), Roger Vidal (Perú) y Marco Santiesteban (Perú). El suscrito se ha permitido también publicar un ensayo jurídico titulado ley de la abogacía peruana, esperando que sea de interés para la comunidad jurídica en general.

Cabe señalar que en las anteriores ediciones de la Revista del Foro han escrito los juristas: 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), y dentro de los juristas nacionales encontramos a: Felipe Osterling Parodi (+), Lorenzo Zolezzi Ibarcena, Juan Carlos Morón Urbina, Mario Castillo Freyre, Raúl Chaname Orbe, entre otros connotados juristas nacionales.

En esta octava y novena edición de la Revista del Foro, queremos agradecer el permanente apoyo de la Junta Directiva y la Junta de Vigilancia en la gestión institucional del Colegio de Abogados de Lima Sur, y en especial al colega Luis Corrales Dolmos – Director de Biblioteca por la responsabilidad asumida, y el resultado de la tarea cumplida.

El Colegio de Abogados de Lima Sur se consolida y fortalece, actualmente contamos con nuestro local institucional propio en el distrito de Villa El Salvador y desde noviembre del año pasado hemos asumido la presidencia de la Junta Nacional de Decanos de los Colegios de Abogados del Perú. Queremos agradecer también el permanente apoyo de la Corte Superior de Justicia de Lima Sur a través de su presidente el Dr. Juan Vicente Veliz Bendrell. Asimismo manifestar la importancia de la articulación y coordinación entre las instituciones vinculadas al sistema de administración de justicia y la academia, en este caso saludamos y reconocemos el apoyo de la Universidad Autónoma del Perú, en la realización de la Junta Nacional de Decanos de los Colegios de Abogados en Lima Sur y las permanentes actividades que venimos desarrollando de forma coordinada y articulada.

La publicación de esta octava y novena edición de la Revista del Foro, es un reconocimiento para todos nuestros agremiados que ayudan al fortalecimiento institucional de nuestro querido Colegio.

Cordialmente,

Dr. Vicente Paúl Espinoza Santillán
Decano

Presentación	7
Índice	9
Autores	17

LEY DE LA ABOGACÍA PERUANA

Dr. Vicente Paúl Espinoza Santillán

Resumen	27
Abogados, enseñanza, deberes, derechos, ética	27
1. Introducción	28
2. Antecedentes	28
3. Normatividad dispersa	29
4. Ley de probidad del abogado	33
5. Ley de la abogacía peruana	34
6. Conclusiones	37
7. Referencias	39

ANÁLISIS LEGAL DEL RECONOCIMIENTO DE UNIÓN DE HECHO EN EL PERÚ

Dra. María Antonieta Sánchez García

1. Resumen	41
Abstrac	41
Palabras claves: unión de hecho, notario, concubinos.	42
2. Introducción	42
3. Situación problemática	43
4. Antecedentes	44

5. Marco teórico	44
I. Conceptos Generales	44
II. Regulación legal de la unión de hecho	46
III. La unión de hecho y derecho sucesorios	48
IV. Inscripción de las uniones de hecho en los Registros Públicos	50
V. Reconocimiento de las uniones de hecho en vía Judicial	52
VI. Prescripción adquisitiva de dominio	53
VII. Ley de Desalojo Notarial.....	53
6. Conclusiones	54
7. Bibliografía	55

CONSIDERACIONES BIOCÉNTRICAS EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL Y DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

Dr. Juan Ernesto Gutiérrez Otiniano

Abstract	57
Keyword	57
Resumen	57
Palabras claves	57
I. INTRODUCCIÓN	58
II. Un viejo paradigma constitucional: el carácter antropocéntrico en el proceso de impartición de justicia	60
III. Mirada biocéntrica en el Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional y disciplinas conexas	61
Conclusiones	64
Referencias	65

LA RESPONSABILIDAD DEL “VENDEDOR”, “PROVEEDOR” O “PRODUCTOR” EN LA LEGISLACIÓN PERUANA Y ESPAÑOLA ANTE LA FALTA DE CONFORMIDAD DE LOS PRODUCTOS

Dra. Esther Torrelles Torrea

Sumario	67
1. Introducción	67

2. La falta de conformidad como indicador de la responsabilidad	70
3. Sujeto responsable de la falta de conformidad: el vendedor en España, el proveedor en Perú	75
4. La acción directa del consumidor frente al productor y la acción de regreso del vendedor frente al productor. Art. 124 TRLGDCU	80
4.1. El productor como responsable ante la falta de conformidad	81
4.2. La incomprensión de las condiciones de responsabilidad establecidas	85
4.3. Acción de regreso	87

LIBRE DETERMINACIÓN DEL PUEBLO DE PUERTO RICO

Dr. Carlos Iván Gorrín Peralta

La política territorial de los Estados Unidos	91
Elaboración de un mito	93
La aventura colonial fracasó	94
La respuesta imperial	96
Luz al final del túnel: el derecho a la libre determinación de los pueblos ...	97

LA PROMESA DE REPARACIÓN INTEGRAL COMO PARADIGMA SUPERADOR DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

Principios y requisitos de su aplicación. Su frustración sistemática en sociedades signadas por la exclusión jurídica

Dr. Osvaldo R. Burgos

Agradecimientos	103
1. La reparación integral como promesa fundacional del derecho. ¿Qué es? ¿Cómo funciona?	104
2. La simplificación de los presupuestos de resarcimiento / reparación... ..	107
3. La viabilidad conceptual de la prevención del daño	108
4. Consecuencias teóricas y prácticas	109
5. Conclusiones	110

**BREVES REFLEXIONES
SOBRE EL OBJETO DE ESTUDIO Y LA
FINALIDAD DEL DERECHO**

Dr. Carlos Fernández Sessarego+

1. Preocupación en torno a lo jurídico	115
2. La búsqueda de respuestas sobre el objeto de estudio del derecho	116
3. La filosofía de la existencia como sustento de nuestras reflexiones	118
4. Concepción tridimensional del derecho	119
5. Aplicación de la nueva concepción del derecho y de la teoría tridimensional para la mejor la comprensión de la naturaleza de las instituciones jurídicas	122
6. La finalidad del derecho	124

**EL IMPACTO DEL RECONOCIMIENTO DEL
APORTE DE TRABAJO DOMÉSTICO NO REMUNERADO
EN EL DERECHO DE FAMILIA**

Dr. Emilio José Balarezo Reyes

1. Introducción	129
2. Planteamiento del Problema y su Justificación	129
3. Desarrollo del Tema	130
4. Conclusiones	132
5. Recomendaciones	132
6. Bibliografía	133

**SENTENCIA INTERLOCUTORIA
DENEGATORIA**

Dr. Arsenio Oré Guardia

I. Introducción	135
II. Posiciones doctrinales sobre la sentencia interlocutoria denegatoria ...	137
a. Que carezca de fundamentación la supuesta vulneración que se invoque	139

b.	La cuestión de derecho contenida en el recurso no sea de especial trascendencia constitucional	140
c.	La cuestión de derecho invocada contradiga un precedente vinculante del Tribunal Constitucional	142
d.	Se haya decidido de manera desestimatoria en casos sustancialmente iguales. La citada sentencia se dictará sin más trámite	142
III.	Nuestra posición	144
III.1.	Concepto de instancia: ¿recurso ordinario o extraordinario?	144
III.2.	¿Existe alguna vinculación entre el concepto de instancia y la procedencia del recurso de agravio constitucional?	147
III.3.	El ejercicio de un derecho y el cumplimiento de presupuestos	148
III.4.	Conclusión	150

EL SORPRENDENTE CRECIMIENTO ECONÓMICO DE LOS TIGRES DE ASIA AL FALLIDO TIGRE ANDINO O MILAGRO PERUANO

Dr. Julio César Alva Pari

Sumario	153
I. Aspecto preliminares	153
II. El aporte del estado para el surgimiento de los tigres del asia	154
III. Los tigres o dragones del asia	154
IV. La globalización en el comercio internacional	156
V. Régimen aduanero del Drawback	157
VI. El tigre andino, el milagro peruano	159
El ocaso del Milagro Peruano	160
Bibliografía	161

CIRO ALEGRÍA Y EL MUNDO DE LOS JUECES

Dr. Carlos Calderón Puertas

Literatura y jueces	165
La ley es la ley	166
El mundo es ancho y ajeno	167
La historia	168

Las críticas	170
Los jueces	171
La ley y la justicia	172
Colofón	176
Referencias bibliográficas	176

DAÑO A LA PERSONA Y DAÑO AL PROYECTO DE VIDA

Dr. Carlos Antonio Agurto Gonzáles

Sumario	179
1. La visión libertaria del ser humano	179
2. La concepción tridimensional de la experiencia jurídica	181
3. La reparación en el Derecho	182
4. El modelo peruano del daño a la persona	186
5. El daño al proyecto de vida	187
6. Las reparaciones en la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el daño al proyecto de vida en el derecho viviente	188
7. Conclusiones	192
Bibliografía	193

LA CAPACIDAD CIVIL DENTRO DEL NEGOCIO JURÍDICO, REFLEXIONES RESPECTO A LOS CAMBIOS PRODUCIDOS POR EL DECRETO LEGISLATIVO N° 1384

Dr. Emilio José Balarezo Reyes

1. Introducción	197
2. Los Artículos 140, 141 y 221 del Código Civil Peruano antes de la dación del Decreto Legislativo 1384	198
3. La nueva redacción del Artículo 140 como consecuencia del Decreto Le- gislativo N° 1384	202
4. Las innovaciones en lo que respecta a modalidades de llevar a cabo la Manifestación de Voluntad Expresa	203
5. La procedibilidad de la anulabilidad bajo los cambios adoptados realiza- dos respecto a la capacidad como presupuesto del Negocio Jurídico	206

6. Conclusión	208
7. Bibliografía	208

**ALCANCES GENERALES DE LA
MODIFICACIÓN DE LA LEY DE ARBITRAJE:
A PROPÓSITO DEL DECRETO DE
URGENCIA N° 020-2020**

Dr. Roger Vidal Ramos

1. De retorno al arbitraje institucional	211
2. Garantías económicas para el acceso a la tutela cautelar impuestas al Contratista	212
3. La entidad competente en las recusaciones	213
4. El Abandono del litigio arbitral	214
5. Confidencialidad y publicidad	215
6. Contenido del laudo	215
7. Ampliación del plazo para Recusación y la causal “laudo anulado”	216
8. El registro de árbitros y de Centros de Arbitraje	216
9. Convenio arbitral y el apoyo de la Procuraduría Pública	217

**“LA ILEGALIDAD EN EL ARBITRAJE”
POSIBLES SALIDAS A PARTIR DEL DERECHO
CIVIL Y PROCEDIMIENTOS ARBITRALES
INTERNACIONALES**

Dr.- Marco Silva Santisteban Valdivia

Sumario	219
1. Presentación del tema	219
2. Finalidad de la investigación	220
3. Corrupción, principales casos y modus operandi	221
4. Identificación de los momentos en que se produce la corrupción	222
5. Instituciones arbitrales y civiles; y, Mecanismos de control frente a los actos ilícitos, posibles soluciones	224
6. Remedios actuales, mecanismos de control en sede arbitral y sede judicial	228

7. Posibles soluciones, Posibilidad del Tribunal de pronunciarse sobre temas vinculados a ilícitos; Propuesta para que en el Poder Judicial declare la invalidez del arbitraje a partir de hechos ilícitos	231
8. Conclusiones	235
9. Referencias bibliográficas	236

• PLAN OPERATIVO INSTITUCIONAL CALSUR 2020	239
• INFORME DE GESTIÓN INSTITUCIONAL CALSUR 2018-2019	243
• GALERÍA DE FOTOS: RESUMEN DE ACTIVIDADES DEL ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE LIMA SUR	251

VICENTE PAÚL ESPINOZA SANTILLÁN (Perú)

Abogado, maestro en gobernabilidad y desarrollo organizacional, Doctor en Derecho, especialista en Derecho Constitucional por la Universidad de Salamanca, autor de los libros La investigación tutelar administrativa y Legislación superior universitaria. Actualmente es decano del Ilustre Colegio de Abogados de Lima Sur periodo 2020-2021 y Presidente de la Junta Nacional de Decanos de los Colegios de Abogados del Perú periodo 2020-2021, es miembro mayor de la Federación Interamericana de Abogados con sede en Washington DC, miembro del Consejo de Decanos de los Colegios profesionales del Perú CDCP, ha sido gerente de investigación tutelar de INABIF, director general de la UJCM y asesor legal de la CMCH, actualmente es abogado en ejercicio y docente en materia constitucional por la Universidad Autónoma del Perú.

MARÍA ANTONIETA SÁNCHEZ GARCÍA (Perú)

Doctora en Derecho por la Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Maestra en Derecho Civil y Comercial por la UIGV. Postgrado de especialización en Derecho de contratos y daños por la Universidad de Salamanca. Cursos de PEE-ESAN en derecho corporativo. Conciliadora Extrajudicial. Docente universitaria y asesora legal corporativa.

JUAN ERNESTO GUTIÉRREZ OTINIANO (Perú)

Abogado y Doctor en Derecho por la UCV, profesor principal y director de la escuela de derecho de la Universidad Autónoma del Perú. Colaborador académico del Instituto Vasco de Derecho Procesal y Arbitraje-España. Docente de Pre y post grado en Derecho e investigación.

ESTHER TORRELLES TORREA (Perú)

Licenciada en Derecho por la Universidad de Barcelona (1991) y doctora por la Universidad de Lleida. Premio Extraordinario de doctorado. Profesora Titular de Derecho civil de la Universidad de Salamanca. Consultora de Derecho civil en la

Universitat Oberta de Catalunya (UOC). Estancias para estudios de investigación en la Universidad de Perugia (Italia). Ha sido coordinadora del curso de doctorado “Nuevas tendencias en Derecho privado” impartido en la Universidad de Salamanca, la Universidad Internacional de Figueira da Foz (Portugal) y en el Instituto Tecnológico de Monterrey (México). Y coordinadora del Grado en Derecho. Actualmente es la coordinadora del Doctorado en Derecho privado de la Universidad de Salamanca. Miembro evaluador de masters a impartir en Puerto Rico. Evaluadora del AGAUR (proyectos de investigación españoles y estancias extranjero) y de diversas Revistas jurídicas. Miembro de Proyectos de investigación de diversas Universidades españolas y de la Universidad Javeriana de Colombia, y de Proyectos de innovación docente. Fue coordinadora de cursos de especialización en Colegios de Abogados de Cataluña sobre Derecho civil catalán (Derecho de familia y sucesiones). Tiene publicadas varias monografías (temas de sucesiones y derechos reales) y artículos relativos a distintas materias de Derecho civil en España y extranjero. Colaboradora en manuales de Derecho civil. Profesora del Master de Derecho Patrimonial de la Universidad de Salamanca; del Master en Estudios Interdisciplinarios de Género, del Master de Derecho Español para alumnos extranjeros y Master de Alzheimer. Ha impartido cursos y conferencias en instituciones españolas (Barcelona, Lleida, La Coruña, Salamanca, Madrid, etc.) y latinoamericanas (Colombia, Argentina, Méjico, Brasil, Venezuela, Chile), sobre Derecho de familia, contratos, derechos de la personalidad, derechos reales, etc. Imparte sesiones en los Cursos de Especialización para alumnos latinoamericanos celebrados en la Universidad de Salamanca. Ha dirigido diversas tesis doctorales. En la actualidad 3 sexenios de investigación, cinco quinquenios y valoración de “desempeño excelente” en el Programa Docentia-USAL.

CARLOS IVÁN GORRÍN PERALTA (Puerto Rico)

Catedrático, Facultad de Derecho, Universidad Interamericana de Puerto Rico. Ex presidente de la Federación Interamericana de Abogados (1994-1995). Vicepresidente de la Academia Interamericana de Derecho Internacional y Comparado; cigorrin@derecho.inter.edu.

OSVALDO R. BURGOS (Argentina)

Profesión: ABOGADO. Fundador y titular de ESTUDIO BURGOS, desde 1994 a la fecha.

- OTROS ESTUDIOS CURSADOS:
Licenciatura en Filosofía (UNR, 2017 a la fecha). / Posgrado en Antropología Urbana (FLACSO, 2016). / Doctorado en Derecho (UNR, 2006 – 2010). / Posgrado en Derecho de Daños (UCA, 1996).
- PREMIOS, DISTINCIONES Y MENCIONES HONORÍFICAS
Premio al Mérito Jurídico, Colegio de Abogados de Rosario, 2012. / Concurso

de Investigación Jurídica y Humanista “Osvaldo R. Burgos”, Lima, Perú, 2010. / Visitante Ilustre Academia Nacional de la Magistratura del Perú, 2009. / Insigne Jurista Extranjero, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú, 2008. / Premio Nacional del Seguro, República Argentina (mención), 2004. / Premio Nacional del Seguro, República Argentina (segundo premio), 2003. / Premio Nacional del Seguro, República Argentina (mención), 2001.

- LIBROS JURÍDICOS PUBLICADOS

La Filosofía del Daño y su Reparación. Obra Ensayística Reunida. (Ediciones Olejnik, Santiago, Chile, 2019) / *El Derecho como Promesa. Condolencia, sentido estético y hospitalidad.* (Universidad Libre de Bogotá, Colombia, 2015) / *Daños al Proyecto de Vida* (Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 2012) / *Será Ficción. De Hamlet, Nietzsche y la (in)justicia del ser representado. El derecho en la sociedad desestructurada.* (EsPeJo, Rosario, 2008) REEDITADO EN 2018 POR OLEJNIK, Chile. REEDITADO EN 2018 POR GRUPO EDITORIAL IBAÑEZ, Colombia.

- RESPONSABILIDAD SOBRE COLECCIONES, PUBLICACIONES Y BIBLIOTECAS
 Director y prologuista, Biblioteca de Derecho Irreverente, Ediciones Olejnik, Santiago, Chile, desde 2017 a la fecha. / Director ELDial, servicio de doctrina y jurisprudencia online, Suplemento Edición Santa Fe, Buenos Aires, Argentina, 2010-2014. / Miembro del Comité de Redacción, Observatorio de Derecho Civil, Editorial Motivensa, Lima, Perú, 2010. / Miembro del Consejo de Edición, revista Derecho y Cambio Social, La Molina, Perú, 2009- 2014. / Autor y Docente, Diario Judicial, Curso Derecho del Seguro, Buenos Aires, Argentina, 2008. / Autor invitado revista Persona e Danno, Milán, Italia.
- ALGUNOS DATOS ACADÉMICOS DE INTERÉS
 Autor jurídico catalogado en el GLIN, Global Legal International Network, Biblioteca del Congreso, Estados Unidos de América. Ponente y conferencista en Congresos Jurídicos y Filosóficos en Argentina, Venezuela, Colombia y Perú. / Único Jurista argentino invitado al “Convegno Internazionale Responsabilità Civile: Le sfide del XXI secolo”, realizado en Nápoles, Italia, febrero de 2020. / Creador de la clasificación de los daños resarcibles legalmente receptada en el Código Civil Unificado de la República Argentina.

CARLOS FERNÁNDEZ SESSAREGO+ (Perú)

Fue Profesor Emérito de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y de la Pontificia Universidad Católica. Fue, además, Doctor Honoris Causa de la Universidad “Pedro Ruiz Gallo” de Lambayeque, de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega de Lima. Ha sido profesor del Doctorado de la Universidad Autónoma de Madrid (España), del Postgrado de la Universidad Nacional de Buenos Aires (Argentina) y de las Universidades de Siena y Nápoles (Italia), de Sociología Peruana en la Pontificia Universidad Católica del Perú y de Filosofía de la Historia en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos de Lima. Ha ejercido también

la docencia en la Universidad de Lima y en la Universidad San Martín de Porres y, eventualmente, en la Universidad del Pacífico y en la Academia Diplomática. Es conocido, dentro y fuera de nuestras fronteras, por sus innovadores aportes a la ciencia jurídica.

Su amplia, profunda y prolija obra, original y novedosa, goza de merecido prestigio internacional. Ello le valió ser traducida a otros idiomas y publicada en libros colectivos y revistas extranjeras de reconocido nivel académico, así como se le incorpore a Academias de Derecho de diversos países y se le otorgue las distinciones de Doctor Honoris Causa y Profesor Honorario de numerosas universidades tanto peruanas como extranjeras. Entre estas últimas, de la Universidad de Buenos Aires y Externado de Colombia.

El Prof. Fernández Sessarego fue un jusfilósofo y un civilista creador de una vasta obra en el campo del derecho civil, con énfasis en el derecho de las personas, la filosofía del Derecho, la responsabilidad civil, el derecho comparado, habiendo incursionado en el derecho constitucional, el derecho penal, el derecho de la empresa y otras disciplinas afines. La filosofía de la existencia ha sido la base a partir de la cual ha desarrollado sus propias concepciones jurídicas. Entre sus múltiples contribuciones, cabe destacar, por su trascendencia y fuerza creativa, su concepción, en 1950, de la hoy difundida “*Teoría Tridimensional del Derecho*”, así como la “*Teoría del daño al proyecto de vida*”, imaginada en la década de los años ochenta del siglo pasado. Ambas instituciones han sido recogidas por la literatura jurídica e incorporadas a la jurisprudencia comparada. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha asumido esta última en su jurisprudencia desde 1998. Otras investigaciones novedosas del autor se relacionan con el derecho a la identidad personal, la capacidad, la autonomía de la voluntad, la persona jurídica, la antijuridicidad, la nueva categorización del sujeto de derecho, el concebido, el transexualismo, la naturaleza de la empresa, la regulación de las organizaciones de persona no inscritas, el comité como persona jurídica. Ha introducido y desarrollado en el pensamiento latinoamericano el “personalismo jurídico”, que hace de la persona el centro y eje del Derecho y la noción de “daño a la persona”.

Entre sus libros figuran: *Peruanidad y cultura* (1945); *La Noción jurídica de Persona* (1962), dos ediciones; *La persona en la doctrina jurídica contemporánea* (1984); *Derecho de las Personas. Exposición de Motivos Comentarios de las Personas al Libro Primero del Código Civil Peruano* (1986), varias ediciones; *El derecho como libertad* (1987), cuatro ediciones; *Nuevas tendencias en el Derecho de las Personas* (1990); *Derecho a la identidad personal* (1992); *Abuso del derecho* (1992, dos ediciones), *Derecho y persona* (1990), cinco ediciones, *El Derecho de las personas en el umbral del siglo XXI* (2002); *Libertad, Constitución y Derechos Humanos* (2003); *Mis maestros, mis amigos* (2007); *Los 25 años del Código Civil Peruano de 1984. Historia, Ideología, Aportes, Comentarios Críticos, Propuesta de Enmiendas* (2009). Aparece como autor de ensayos en más de ochenta obras colectivas y

en numerosas revistas de varios países europeos y latinoamericanos. Ha sido conferencista en destacadas universidades de dos continentes.

EMILIO JOSÉ BALAREZO REYES (Perú)

Nació en Lima en 1979 es Abogado, Magister, con estudios completos de doctorado por la Facultad de Derecho de la Universidad Particular de San Martín de Porres. Curso de Especialización en Contratos y Daños por la Universidad de Salamanca. Es miembro honorario del Colegio de Abogados de Ica y del Colegio de Abogados de Ayacucho. Se ha desempeñado como funcionario público en el Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social en la Jefatura de Asesoría Legal del Programa Nacional Wawa Wasi y como Asesor en la Comisión de Ética y Transparencia del mismo Ministerio. Miembro del Colegio de Abogados de Lima, con Registro N° 42330, miembro del Instituto Peruano de Derecho Civil. Forma parte del Comité Editorial de la Revista *Rae Jurisprudencia* – THOMSON REUTERS y Colaborador de *Dialogo con la Jurisprudencia*, *Gaceta Civil y Procesal Civil* – *Gaceta Jurídica* como también de *Actualidad Civil* – Instituto Pacífico y *Revista Jurídica* – THOMSON REUTERS.

En la actualidad es profesor de Derecho Civil en la Universidad Privada del Norte Filial - Lima, en la Universidad de San Martín de Porres, Universidad Científica del Sur y Universidad Continental de Huancayo.

En el **ámbito académico** ha ejercido la Secretaría Académica de la Escuela de Derecho de la Universidad César Vallejo – Lima Este, como regentado la Catedra de Derecho Civil en la Universidad César Vallejo, Universidad Autónoma del Perú, Universidad de las Américas, en la Universidad San Juan Bautista y en la Universidad Continental de Huancayo.

Publicaciones: Defensa de la Posesión (Varios Autores), La Junta de Propietarios (Varios Autores) Reivindicación, Acceso y Usucapión (Varios Autores) Los Procesos Judiciales en el Derecho de Familia (Varios Autores) todas ellas bajo el sello de *Actualidad Civil - Instituto Pacífico*. Los Plenos Vinculantes de las Cortes Superiores – *Gaceta Jurídica*, *Nuevas Fronteras del Derecho Privado en América Latina* – Editorial THEMIS, ha participado en Los Libros de Ponencias del V, VI, XI, XII, XIII del Congreso Nacional de Derecho Civil.

ARSENIO ORÉ GUARDIA (Perú)

Abogado graduado en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Magíster en Ciencias Penales por la misma casa de estudios. Profesor de Derecho Procesal Penal en la Universidad San Ignacio de Loyola. Miembro fundador del Instituto de Ciencia Procesal Penal (INCIPP).

JULIO CÉSAR ALVA PARI (Perú)

Profesional del Derecho con título de Abogado.

Bachiller de Derecho y Ciencias Políticas.

Título académico de posgrado en: Maestro en Derecho Aduanero

Maestría en derecho civil y comercial

Doctorado en Derecho

Miembro de la Junta Directiva del Colegio de Abogados de Lima Sur en el cargo de director de consultas y comisiones 2018-2019.

Docente universitario de la facultad de Derecho de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega desde el 2011-2018 del curso Derecho aduanero, Derecho internacional privado, Derecho internacional público, Derecho de comercio internacional, Derecho civil obligaciones, y en la universidad.

Docente universitario de pos grado: de la facultad de Tecnología Médica, de la Universidad Nacional Federico Villarreal, año 2015-2016 en segunda especialización de los profesionales Tecnólogos Médicos en las diferentes ramas, sobre legislación sanitaria y ética profesional.

Docente universitario de pos grado: de la facultad de Tecnología Médica, de la universidad nacional Federico Villarreal, año 2019 en segunda especialización de los profesionales Tecnólogos Médicos, sobre fisioterapia en el adulto mayor.

Asesor legal en derecho civil, aduanero, comercial administrativo y comercial con experiencia en la gestión pública del Estado.

CARLOS CALDERÓN PUERTAS (Perú)

Carlos Calderón es juez. Lo ha sido, como magistrado suplente, en el Juzgado Mixto de Carabayllo. Lo es, desde el 2002, como Juez Superior en la Corte Superior de Justicia de Lima Norte. Lo es, en la actualidad, como Juez Supremo provisional de la Corte Suprema de la República. A su desempeño jurisdiccional une el haber sido Jefe de la Oficina de Control de la Magistratura de Lima Norte entre los años 2007 y 2008 y Presidente de dicha Corte en los años 2009 y 2010.

Sus estudios universitarios (pre-grado, maestría y doctorado) los ha realizado en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

Ha sido expositor en algunos centros de estudio y profesor en algunas universidades; lo es, hoy, en la Universidad Antonio Ruiz de Montoya. Ha publicado un libro sobre la casación civil en el Perú, algunos artículos de índole jurídica y ha sido coordinador del Libro Homenaje a Carlos Fernández Sessarego y de la colección Observatorio de Derecho Civil.

CARLOS ANTONIO AGURTO GONZÁLES (Perú)

Profesor de Derecho Comparado y Sistemas Jurídicos del Mundo en la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Actualmente, cursa el doctorado en Derecho en la Universidad de Turín (Italia).

Magister en Ciencias Internacionales y Diplomáticas por la Alma Mater Studiorum

– Universidad de Bolonia (Italia). Fue investigador en materia jurídica en el “*Centro Altiero Spinelli per l’Europa dei popoli e la pace nel mondo*” de la Universidad de Roma Tres (Italia). Ex Becario de la Unión Europea. Ha sido Visiting Scientist en la Universidad de Padua (Italia).

Co-Secretario Técnico del Grupo de Trabajo encargado de la revisión y mejora del Código Civil Peruano, nombrado por la Resolución Ministerial N° 183-2017-JUS del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Perú.

Candidato a Magister en Derecho Civil y Comercial de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos de Lima. Es Profesor Visitante de la Universidad Autónoma del Perú.

Miembro del Centro de Estudios sobre América Latina de la Alma Mater Studiorum – Universidad de Bolonia (Italia).

Miembro del Comité Científico del Centro de Investigación en Derecho Privado Europeo en la Universidad Suor Orsola Benincasa de Nápoles (Italia).

Miembro del Comité Científico de los Anales de Departamento Jurídico de la Universidad del Molise (Italia).

También es Miembro de la Asociación Italiana de Derecho Comparado y de la Asociación de Derecho Público Comparado y Europeo (Italia). Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

Es el creador y coordinador general de la primera colección jurídica en América del Sur sobre Derecho comparado: la “*Biblioteca de Derecho Comparado y Sistemas Jurídicos*”, publicado por Ediciones Olejnik (Chile-Argentina).

Es coordinador de la colección “*Observatorio de Derecho Civil*” (veinte volúmenes publicados, Motivensa editora jurídica, primera y segunda edición).

También ha sido editor académico de los volúmenes “*Responsabilidad civil*”, “*Derecho de familia*”, “*Obligaciones y contratos*” y “*Acto Jurídico*” de la Colección “*Tendencias Contemporáneas del Derecho*”, Fondo editorial de la Universidad Libre, Bogotá (Colombia).

Ha sido el coordinador del volumen “*Persona, Derecho y Libertad. Nuevas perspectivas. Escritos en Homenaje al Profesor Carlos Fernández Sessarego*”, publicado por Motivensa editora jurídica (Perú)

Es Presidente del Comité Editorial de Ediciones Olejnik (Chile-Argentina), que se encuentra integrado por diversos juristas de Europa y las Américas.

ROGER VIDAL RAMOS (Perú)

Abogado por la Universidad Nacional Hermilio Valdizán de Huánuco. Magíster en Derecho Civil y Comercial y candidato a doctor por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, segunda especialización en Derecho Ambiental y Recursos Naturales por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Docente

de la Facultad de Derecho de la Universidad San Martín de Porres. Presidente del Instituto Peruano de Derecho Civil. Miembro de la Asociación Iberoamericana de Derecho Privado y del Instituto Brasileño de Derecho Contractual. Fundador de Estudio Vidal Abogados y árbitro en controversias comerciales y contrataciones estatales. Correo electrónico: rvidal@vmplegal.com.

MARCO SILVA SANTISTEBAN VALDIVIA (Perú)

- **PRINCIPALES DATOS:**

Profesión: ABOGADO.

Experiencia: Casi de dos décadas ininterrumpidas en la labor jurisdiccional, en las especialidades: Civil y Subespecialidad Comercial; promotor de eventos académicos en calidad de organizador y/o expositor; autor de distintos trabajos de investigación en el área del derecho civil, procesal y arbitral.

- **CARGOS OSTENTADOS**

Director Académico del Instituto de Derecho Privado (IDEPRIV)

Socio Fundador del Centro de Estudios de Derecho Arbitral Peruano- CEDAP.

Columnista del Círculo de Arbitraje con el Estado- CAE.

Coordinador de la Obra Colectiva “Los Plenos Jurisdiccionales Comerciales- Aspecto Objetivos” de la Editorial Pacífico;

Asistente de Juez Superior en la Primera Sala Civil Subespecialidad Comercial de Lima.

Ex secretario técnico de la Comisión de Capacitación del Área Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima.

Miembro del Programa de Sistematización de la Jurisprudencia de Sentencias de Anulación de Laudo Arbitral del Poder Judicial- PPR Comercial.

Miembro del Comité Editorial de Ediciones Olejnik (Santiago de Chile, Chile). Para el público lector de América del Sur.

Coordinador de Diversas Obras Colectivas.

- **RECONOCIMIENTOS:**

Reconocimiento efectuado por la Corte Suprema de Justicia de la República con fecha 28 de Diciembre de 2009, en mérito de la destacada labor realizada por los Magistrados y personal jurisdiccional integrante de la Primera Sala Civil Subespecialidad Comercial de Lima.

Reconocimiento efectuado por el Concejo Ejecutivo Distrital de la Corte Superior de Justicia de Lima con fecha 11 de Diciembre de 2012, en mérito de la destacada labor realizada por los Magistrados y personal jurisdiccional integrantes de la Segunda Sala Civil Subespecialidad Comercial de Lima.

Reconocimiento efectuado por la Universidad San Pedro de Chimbote con fecha 08 de Junio de 2018, en mérito de la labor realizada como expositor en los eventos jurídicos realizados en dicha casa de estudio.

Reconocimiento efectuado por la Oficina Desconcentrada de Control de la Magistratura, contenido en la Resolución Administrativa N° 124-2019-P-PJ/ODECMA del 20 de Agosto de 2019, en mérito de la destacada labor realizada por los Magistrados y personal jurisdiccional integrante de la Primera Sala Civil Subespecialidad Comercial de Lima.

LEY DE LA ABOGACÍA PERUANA

*Dr. Vicente Paúl Espinoza Santillán**

RESUMEN

Sabemos que la abogacía constituye una de las primeras enseñanzas universitarias, y que la carrera de Derecho es una de las primeras que llegó al nuevo mundo con las enseñanzas de las artes y teología, y que sirvieron para consolidar el poder imperial español en estas latitudes. No es coincidencia que la primera corporación profesional en nuestro territorio sea la de abogados, creada mediante Real Cedula el 31 de julio de 1804. Asimismo muchos prohombres que lucharon por el nacimiento y la consolidación de la nueva República, al amparo del modelo constitucional norteamericano y francés, fueron profesionales del derecho, siendo innegable el aporte de los abogados en nuestra historia.

La regulación normativa de la abogacía en nuestro país es dispersa, encontramos la Ley N°1367, la Ley Orgánica del Poder Judicial, el Decreto Legislativo N°1265, los Decretos Leyes N°25892 y N°25873, y como normas reglamentarias los Estatutos de los Colegios de Abogados y de la Junta Nacional de Decanos, y el Código de Ética del Abogado.

La propuesta de Ley de la Abogacía Peruana, surge a partir de la necesidad de contar con un marco normativo -institucional que regule el ejercicio profesional del abogado de forma integral. Actualmente en nuestro país existen aproximadamente 160,000 abogados procedentes de diversas universidades, cuya competencia y actuación profesional requiere una regulación ordenada y coherente.

ABOGADOS, ENSEÑANZA, DEBERES, DERECHOS, ÉTICA

1. Introducción. 2. Antecedentes. 3. Normatividad dispersa. 4. Ley de probidad del abogado. 5. Contenido de la Ley de la Abogacía Peruana. 6. Conclusiones. 7. Referencias.

* Decano del Colegio de Abogados de Lima Sur. Decanato@calsur.org.pe

1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo desea exponer una síntesis del desarrollo histórico de la abogacía, para comprender su importancia en la consolidación del Estado de Derecho y de los valores democráticos, asimismo su enfoque central se encuentra dirigido en la propuesta de la *Ley de la Abogacía Peruana*, presentada por la Junta Nacional de Decanos de los Colegios de Abogados del Perú, la cual busca brindar una visión integral al ejercicio profesional del derecho, evitando la estigmatización de la profesión, por parte de muchos sectores de la sociedad que la vinculan directamente a prácticas deshonestas y actos de corrupción.

2. ANTECEDENTES

Según el Dr. Raúl Chaname *“La Orden de los abogados es fundada por el Emperador Justino y desde entonces data la abogacía como profesión en forma oficial”*, es necesario precisar que en la Antigua Roma, el ejercicio de la abogacía no estaba directamente vinculado a algún grado o título académico, sino que era un oficio practicado empíricamente por las personas que defendían ciertas causas o a otras personas en una determinada controversia, de ahí también es que encontramos ciertamente la etimología de la palabra *“abogado”*, que proviene del latín y significa *“el llamado”* *Advocatus* (el llamado -a defender a otros).

La Universidad Mayor de San Marcos, bajo el modelo de la Universidad de Salamanca, impartió desde 1551 sus primeras enseñanzas vinculadas a las artes, el derecho y la teología.

El derecho español, de clara influencia romana y canónica fue superpuesto al derecho nativo que por ejemplo como lo resalta el maestro Luis E. Valcárcel, nos trae a la memoria la figura del *Taripacoc* o los *Huacha Camayoc* que se encargaban de la admiración de justicia en el antiguo Perú².

El Dr. Marcial Rubio Correa³ señala que *“(...) en la enseñanza del derecho se cuenta con textos muy antiguos. Uno de ellos fue la Instituta de Justiniano, elaborada por sus codificadores en el siglo VI d.c. las clases de educación superior en materia jurídica, se apegaron durante siglos a su texto (...) en buena parte del mundo occidental todavía se estudió con la Instituta párrafo a párrafo, hasta bien entrada la mitad del siglo XIX, el siglo pasado fue el de las grandes codificaciones y la enseñanza del Derecho cambio las Institutas por los Códigos (...)”*

Conforme lo señala la exposición de motivos del proyecto de *Ley de la Abogacía Peruana* *“De esta forma llegamos a la creación de la primera corporación de abogados en nuestro país, creada mediante real cedula el 31 de julio de 1804,*

1 Derecho de los Abogados. Fondo Editorial UIGV. 2006

2 Historia del Perú Antiguo. Editorial Juan Mejía Baca. 1964

3 Ideas sobre que es aprender (y enseñar) derecho en pregrado. Editorial PUCP.2002

constituyéndose de esta forma el Colegio de Abogados de Lima, en el primer Colegio de profesionales del Perú, el cual albergo a la más selecta intelectualidad de la época orientadora del nuevo pensamiento libertario que finalmente culminaría con la proclamación de nuestra independencia. Es innegable el fundamental aporte de los abogados, en la lucha permanente por la libertad y la justicia, pudiendo mencionar a Don 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”.

3. **NORMATIVIDAD DISPERSA**

La Ley N°1367 del 20 de diciembre de 1910, estableció el reconocimiento oficial del Colegio de Abogados de Lima, y de los demás Colegios de Abogados que se establezcan en la República, según la conformación de distritos judiciales y la creación de Cortes Superiores de Justicia, señalando entre otras cosas las funciones de los Colegios de Abogados: 1. *ejercer facultades disciplinarias sobre sus agremiados.* 2. *sostener una academia para la práctica forense.* 3. *cuidar la moralidad en el ejercicio profesional del abogado.*

Gaceta Jurídica a través de su revista La Ley⁴, en el año 2012 realizó una encuesta para conocer el número de profesionales del derecho en nuestro país, su ubicación geográfica y sus especialidades, llegando a la conclusión de que por cada 234 habitantes hay un abogado, existiendo a dicha fecha aproximadamente 130,000 abogados en nuestro país (año 2012), concentrándose la mitad en la ciudad de Lima y Callao.

Dentro de la información más resaltante de dicho estudio, se puede apreciar lo siguiente:

- *El 50% de abogados ejerce en lo penal o en lo civil.*
- *El área corporativa – mercantil es la más rentable para los abogados.*
- *El 62 % de los abogados ejerce en el sector público.*
- *El 8% considera que el sistema de administración de justicia funciona.*
- *Uno de cada 3 abogados cree que la justicia mejorará.*
- *El 93% opina que se necesita un registro de abogados (especialidad y sanciones).*

4 <https://laley.pe/art/1215/los-abogados-en-el-peru>

- El 63% apoya un examen por colegiatura.
- El 69% cree que es necesaria una evaluación periódica.
- El 89% de abogados usa la web y las redes sociales.

Mediante Resolución de la Presidencia de la Junta Nacional de Decanos N°001-2012-JDCAP-P, se aprobó el Código de Ética del Abogado, documento vinculante para todos los Colegio de Abogados de la República, que tiene rango de norma reglamentaria, y regula los siguientes aspectos:

- Principios y deberes del ejercicio profesional del abogado.
- Relación con el cliente.
- Libertad y renuncia al patrocinio.
- Deberes con el cliente: información oportuna, secreto profesional, lealtad.
- Conflicto con el cliente y manejo de sus bienes.
- Honorarios profesionales.
- Relaciones con las autoridades, con colegas y terceros.
- Procedimiento disciplinario y sanciones.

Con Decreto Legislativo N°1265 del 15 de diciembre de 2016, el Poder Ejecutivo aprobó vía delegación de facultades la creación del “Registro Nacional de Abogados Sancionados por Mala Práctica Profesional”, señalándose dentro de los considerandos que aprueba el mencionado cuerpo normativo que: *“los Principios Básicos sobre la Función de los Abogados de las Naciones Unidas establecen que los abogados siempre obrarán de conformidad con la ley y normas éticas, manteniendo en todo momento el honor y dignidad de su profesión. Asimismo, los abogados están sujetos a sanciones disciplinarias, civiles y penales en relación con sus deberes y responsabilidades profesionales como agentes de la administración de justicia; Que, las malas prácticas de los abogados afectan el derecho al debido proceso previsto en el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú, asimismo socavan la confianza y generan incertidumbre en las instituciones de la administración de justicia, por lo que existe la necesidad pública de implementar un Registro Nacional de Abogados sancionados por mala práctica profesional, a fin de fortalecer la capacidad informativa de los justiciables”(el subrayado es nuestro), a través de esta norma con rango de Ley, se establece lo siguiente:*

- Creación del Registro de Abogados Sancionados a cargo del Ministerio de Justicia.
- Implementación obligatoria de un Código de Ética, un Consejo de Ética, y un Tribunal de Honor por parte de los Colegios de Abogados.
- Obligación de las entidades públicas y los Colegios de Abogados de proporcionar información de los abogados sancionados al Registro Nacional.

Con fecha 02 de agosto de 2018, el Presidente de la República Ing. Martín Vizcarra y el Primer Ministro Sr. Cesar Villanueva, presentaron ante el Congreso de la República el Oficio N°161-2018-PR, que contiene una serie de proyectos de ley, para la reforma del Sistema de Administración de Justicia, conforme a lo anunciado en el mensaje presidencial de fecha 28 de julio de 2018, y dentro de ellas “*El proyecto de Ley para incentivar la Probidad en el ejercicio de la Abogacía*”.

Sin embargo antes de la presentación de dicha propuesta normativa por parte del Poder Ejecutivo, la Junta Nacional de Decanos de los Colegios de Abogados del Perú, en la ciudad de Piura, el 26 de mayo encargó a la comisión integrada por los Decanos de los Colegios de Abogados de Lima Sur, Tacna, Junín, Selva Central y representante de la JUDECAP ante la Oficina de Control de la Magistratura OCMA, la elaboración de una propuesta legislativa integral que regule el ejercicio de la abogacía en nuestro país.

Dicha comisión elaboró el proyecto de *Ley de la Abogacía Peruana*, el cual fue socializado en cada uno de los Colegios de Abogados del país, y luego del debate respectivo fue aprobado por la Junta Nacional de Decano de los Colegios de Abogados del Perú, y presentado el 24 de setiembre de 2018, ante el Congreso de la República por el Ilustre Colegio de Abogados de Lima, (Proyecto de Ley N°3426-2018-CP)

En tal sentido debemos señalar que: SI es necesaria e indispensable una Ley de la Abogacía, ya en el año 2007 (Proyecto de Ley N°1180) la Dra. Luz Aurea Saenz past Decana del Colegio de Abogados de Lima, presento ante el Congreso un Proyecto de Ley del Abogado, el cual ha servido como insumo fundamental para la elaboración de la propuesta cual, la cual ha recogido la legislación comparada de otros países como España, Argentina, Chile, Uruguay, Bolivia, México.

Y es importante resaltar que en la actualidad el ejercicio profesional de la abogacía cuenta con un marco normativo disperso, que resulta necesario sistematizar.

Por ejemplo:

- Cuando hablamos de los Colegios de Abogados del país, es necesario invocar la Ley N°1367 (año 1910), y como norma reglamentaria los Estatutos de cada Colegio, los cuales son aprobados de acuerdo a su máximo órgano de gobierno que es la Asamblea General.
- Respecto al ejercicio profesional de los abogados, la Ley Orgánica del Poder Judicial aprobada mediante Decreto Legislativo N°767, y su TUO aprobado mediante Decreto Supremo N°017-93-JUS, establece en su sección séptima, la defensa ante el Poder Judicial y el rol de los abogados patrocinantes, señalando: (i) requisitos para patrocinar. (ii) impedimentos e incompatibilidades. (iii) deberes y derechos del abogado patrocinante. (iv) pago de honorarios. (v) sanción disciplinaria.

- Con Resolución de la Presidencia de la Junta Nacional de Decanos N°001-2012-JDCAP-P, se aprobó el Código de Ética del Abogado, el cual es una norma reglamentaria que establece las disposiciones que regulan la conducta del abogado, y las sanciones frente a su incumplimiento.
- Decreto Legislativo N°1265, norma que crea el Registro Nacional de Abogados Sancionados y establece la obligatoriedad de que cada Colegio de Abogados cuente con órganos permanentes de carácter deontológico.
- Decreto Ley N°25892, norma que dispone que los Colegios Profesionales que no sean de ámbito nacional, tengan una Junta de Decanos.
- Decreto Ley N°25873, norma que establece el ejercicio libre de las profesiones universitarias liberales (incluye la abogacía), en todo el territorio nacional.

Asimismo dentro del marco normativo constitucional tenemos el artículo 20° que señala lo siguiente:

“Los colegios profesionales son instituciones autónomas con personalidad de derecho público. La ley señala los casos en que la colegiación es obligatoria”.

Así como el artículo 107° de la Constitución Política que establece el derecho a iniciativa legislativa:

“El Presidente de la República y los Congresistas tienen derecho a iniciativa en la formación de leyes. También tienen el mismo derecho en las materias que les son propias los otros poderes del Estado, las instituciones públicas autónomas, los Gobiernos Regionales, los Gobiernos Locales y los colegios profesionales. Asimismo lo tienen los ciudadanos que ejercen el derecho de iniciativa conforme a ley”.

En la Ley Universitaria N°30220, el artículo 109° hace referencia a la calidad del ejercicio profesional, en los siguientes términos:

“La universidad y los colegios profesionales deben mantener una actitud vigilante en cuanto a la calidad del ejercicio profesional de sus afiliados, y deben establecer mecanismos orientados a supervisar y promover el ejercicio eficiente de su profesión”.

• NORMAS DE PRIMER NIVEL	CONSTITUCIÓN POLÍTICA (Art. 20 y 107)
• NORMAS DE SEGUNDO NIVEL	LEY (LOPJ DLEG767 –LEY 1367 – DL1265 –DLEY25892-DLEY25873
• NORMAS DE TERCER NIVEL	NORMAS REGLAMENTARIAS -ESTATUTOS COLEGIOS DE ABOGADOS, ESTATUTO JUDECAP –CÓDIGO DE ÉTICA DEL ABOGADO

4. LEY DE PROBIDAD DEL ABOGADO

Como se ha señalado líneas arriba, el Poder Ejecutivo presentó el 02 de agosto de año 2018, la propuesta de *Ley de Probidad del Abogado*.

Dicha propuesta normativa actualmente cuenta con dictamen favorable de la comisión de educación del Congreso de la República, encontrándose en revisión por parte de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos.

La Ley de probidad del Abogado establece en su exposición de motivos lo siguiente: *“El presente proyecto de Ley ha sido elaborado por la comisión consultiva denominada Comisión de Reforma del Sistema de Justicia, creada mediante Resolución Suprema N° 142- 2018-PCM, publicada en el diario oficial el 13 de julio de 2018, con el objeto de proponer medidas urgentes y concretas para reformar el Sistema de Justicia a fin de aportar a la construcción de una justicia eficaz, oportuna, transparente, eficiente e incorruptible. De conformidad con dicho mandato, el presente proyecto tiene la finalidad de aprobar medidas orientadas a promover la probidad en el ejercicio profesional de los abogados, teniendo presente la función social que desempeñan, la misma que cumple un rol preponderante que debe contribuir de manera decidida en la lucha contra la corrupción, particularmente en el ámbito del Sistema Judicial. Adicionalmente, la probidad de la conducta de los abogados requiere una formación universitaria en ética y responsabilidad profesional, (...) De otro lado, la finalidad esencial de la colegiatura profesional es promover y asegurar ejercicio ético y responsable de los abogados, conforme a la función pública que la Constitución Política del Perú les ha otorgado. Ello, constituye su finalidad principal (...) los Colegios de Abogados deben adoptar medidas efectivas de carácter preventivo y sancionador para promover la ética y responsabilidad profesional en sus agremiados, de lo contrario, se vacía de contenido la obligatoriedad de la colegiatura profesional, perdiendo ésta toda razón de ser”*.

Dentro de la estructura normativa propuesta, podemos apreciar lo siguiente:

- Se orienta a cumplir el fin, y adecuado ejercicio de la abogacía, indicando que la probidad e integridad de la conducta del abogado, es fundamental para la vigencia del Estado Constitucional de Derecho.
- La referida norma plantea tres ejes: (i) Promover la probidad. (ii) Asegurar el ejercicio ético de la profesión. (iii) Implementar sanciones efectivas.
- Sin embargo el contenido de los diversos artículos de la norma se desarrolla básicamente planteando los siguientes enunciados y regulación normativa: (i) donde denunciar a los abogados. (ii) Contenido ético en la formación de los profesionales de derecho. (iii) Rol preventivo y sancionador de los Colegios de Abogados, y cumplimiento del Código de Ética.
- Incluso en una de sus disposiciones complementarias modificatorias, busca modificar el Código Penal en los siguientes términos: *“Artículo 46-*

A: (...) *Constituye circunstancia agravante que el sujeto activo sea bachiller en derecho o abogado y cometa o participe en la comisión del delito en el ejercicio de su especialidad o profesión*".

Sobre la mencionada propuesta normativa la Junta Nacional de Decanos de los Colegios de Abogados del Perú, expresó su preocupación por la permanente "estigmatización" de la abogacía con conductas deshonestas y prácticas ilícitas.

Ya en anteriores reuniones de trabajo y coordinación, existía una preocupación por la existencia de un Registro Nacional de Abogados Sancionados, y no un registro integral de profesionales sancionados. Preguntándonos acaso si solo las prácticas deshonestas son exclusivas de los abogados.

Evidentemente la propuesta del Ejecutivo no desarrolla en mayor medida el primer eje vinculado a la "promoción de la probidad del Abogado", situación que se vincula directamente al reconocimiento de estímulos e incentivos, aspectos que no fluyen del proyecto normativo, que por el contrario deja muy claro su intención de agravar las sanciones contra los malos profesionales del derecho.

5. LEY DE LA ABOGACÍA PERUANA

El proyecto de *Ley de la Abogacía Peruana*, nacido del debate, aportes y experiencia de los abogados pertenecientes a los 32 Colegios de Abogados de la República, fue aprobado en la Junta Nacional de Decanos de los Colegios de Abogados del Perú, en la reunión extraordinaria de fecha 15 de setiembre de 2018, y como se ha dicho anteriormente presentada ante el Congreso de la República el 24 de setiembre de 2018. (Proyecto de Ley N°3426-2018-CP)

La presente propuesta normativa consta de VIII Capítulos, 42° Artículos 3° Disposiciones Transitorias y una Disposición Final.

En esta se señala que la abogacía cumple una función social al servicio del derecho y la justicia, pudiéndose ejercer la profesión en el patrocinio de causas ante instituciones públicas o privadas, personas naturales o jurídicas, desempeñando la magistratura, la función notarial, la docencia universitaria, las responsabilidades de Estado y cargos directivos, así como la resolución de conflictos mediante mecanismos alternativos, y otras actividades.

Asimismo establece como **deberes** de los abogados los siguientes:

- *Defender con lealtad, eficiencia y diligencia los intereses de sus patrocinados.*
- *Observar en todo momento una conducta íntegra, honesta, ecuánime, digna y respetuosa del ordenamiento jurídico y del principio de autoridad.*
- *Guardar el secreto profesional, excepto los casos de propia defensa, autorización del cliente y/o mandato judicial.*
- *Ejercer la profesión orientada a la búsqueda de la paz y armonía social.*

- *Actuar con honestidad, prudencia y buena fe, evitando realizar actos que dificulten la correcta administración de justicia.*
- *Someterse a las disposiciones del Estatuto de su Colegio de Abogados y a las diversas normas reglamentarias.*
- *Contribuir al prestigio y el interés común de la profesión independientemente de la función que desarrolle.*
- *Capacitarse permanentemente y mantenerse actualizado en la legislación, la jurisprudencia, la doctrina y el derecho comparado.*
- *Inscribirse de forma obligatoria en el registro del Colegio de Abogados de su circunscripción.*
- *Usar la medalla del Colegio de Abogados en todo acto solemne e informes orales ante la judicatura.*
- *Sensibilizar a la ciudadanía en el respeto al Estado de Derecho, el orden constitucional, y la defensa de los Derechos Humanos.*
- *Luchar contra el ejercicio ilegal de la profesión.*
- *Defender los derechos de las poblaciones vulnerables y brindar especial atención a los derechos del niño, niña y adolescente, personas con necesidades especiales y adultos mayores.*
- *Adjuntar para el patrocinio de casos de forma obligatoria, la constancia de habilidad y la boleta única del litigante, las cuales serán expedidas por los Colegios de Abogados.*
- *Entre otras.*

Y como **Derechos** de los abogados:

- *Ejercer la profesión con independencia, dignidad, integridad y libertad, dentro de los diferentes ámbitos de desarrollo de la abogacía.*
- *Ser tratados con respeto y consideración en el ejercicio profesional.*
- *Ejercer la abogacía en todo el territorio nacional, debiendo para ello estar inscrito en su Colegio respectivo.*
- *Participar en la administración y gestión de los Colegios de Abogados, de acuerdo a las normas estatutarias y reglamentarias.*
- *A la inviolabilidad de su despacho, salvo autorización expresa de la autoridad competente.*
- *A percibir honorarios profesionales conforme a las disposiciones normativas vigentes.*
- *A renunciar al patrocinio de una causa, cuando medie deshonestidad, engaño, ilegalidad, fraude o negligencia por parte del cliente.*

- *A recibir una capacitación gratuita anual por parte de su Colegio de Abogados, siempre y cuando el abogado se encuentre al día en sus aportaciones.*
- *A la atención prioritaria en sede policial y sede jurisdiccional.*
- *A no ser víctima de barreras burocráticas por parte de los organismos públicos y privados que impidan el adecuado ejercicio del derecho a la defensa.*
- *Al debido proceso disciplinario sancionador en casos de infracción a la Ética Profesional.*
- *A no ser perseguido civil o criminalmente por haber solicitado la investigación de inconductas funcionales.*
- *Tener acceso irrestricto al Sistema Peruano de Información Jurídica –SPIJ, acceso que deberá ser gestionado a través del Colegio de Abogados de su circunscripción territorial.*

En cuanto al ejercicio **ético** de la profesión señala en su artículo 27° que:

“Los abogados deberán observar una conducta intachable de respeto, honestidad y ética profesional, cumpliendo las disposiciones previstas en la Constitución, la Ley y los Estatutos de sus respectivos Colegios y demás normas complementarias”.

Respecto a la tipificación de las **infracciones** establece faltas muy graves, graves y leves, siendo los órganos competentes para imponer las sanciones, en primera instancia el Consejo de ética, y en segunda instancia el Tribunal de Honor, pudiendo incluso ejecutar medidas cautelares que suspendan el ejercicio de la profesión, mientras dure las investigaciones.

De forma resumida y en líneas generales, el proyecto de Ley de la Abogacía está orientado principalmente a regular los siguientes aspectos:

- El ejercicio de la abogacía de forma integral.
- Establece una serie de principios para el ejercicio de la abogacía: honestidad, independencia, idoneidad, probidad, lealtad, confidencialidad, respeto al Estado de Derecho y los Derechos Humanos.
- Establece los requisitos para el ejercicio de la abogacía, los deberes y derechos de los abogados, señalando la prohibición del ejercicio profesional, para los condenados por delitos de terrorismo y corrupción, con sentencia firme.
- Establece la certificación del ejercicio de la abogacía, conforme a las normas del SINEACE.
- Exige la habilitación obligatoria para todos los profesionales del derecho y establece los impedimentos para el ejercicio como abogados patrocinantes.

- Establece el uso gratuito e irrestricto del SPIJ.
- Regula el secreto profesional
- Regula las funciones y atribuciones de los Colegios de Abogados, dentro de ellas la función ética y disciplinaria, de capacitación, de certificación profesional, de remitir información al registro de abogados sancionados entre otras.
- Establece la obligatoriedad del referéndum para Magistrados.
- Regula las funciones y atribuciones de la Junta Nacional de Decanos de los Colegios de Abogados del Perú, como ente articulador de la abogacía peruana.
- Regula las infracciones y sanciones para los abogados, estableciendo la posibilidad de la aplicación de medidas cautelares dentro del procedimiento disciplinario
- Establece las instancias y el procedimiento disciplinario sancionador contra los abogados infractores.
- Establece los mecanismos de participación de los abogados en los poderes públicos.
- Crea el registro nacional de abogados, y el registro nacional de especialidades jurídicas.
- Frena la intervención de INDECOPI en regulación de costos por derechos y practica forense, lo cual será de competencia de la JUDECAP, dejando sin efecto los procedimientos sancionadores en curso y establece solo la intervención de INDECOPI para reclamos de idoneidad del servicio en casos de perfeccionamiento profesional.

6. CONCLUSIONES

- El desempeño del abogado en primer lugar como oficio “*el llamado a defender*”, y luego como actividad profesional es de larga data, encontrándose sus antecedentes en la Orden de Abogados fundada por el Emperador Justino en Roma.
- Las primeras universidades del nuevo mundo, se enfocaron en la enseñanza del derecho, las artes y la teología, los letrados eran aquellos españoles o hijos de los españoles que accedían a los principales puestos dentro de la estructura virreinal.
- Las enseñanzas del derecho no variaron en mucho desde la Antigua Roma, hasta la mitad del siglo XIX, pasándose de enseñar letra a letra las Institutas de Justiniano a memorizar los diferentes Códigos.

- Es innegable el trascendente aporte de la abogacía peruana en las luchas por la emancipación, la libertad y el Estado de Derecho, fundamentado en el modelo constitucional norteamericano y francés.
- La primera agrupación de profesionales fue la de los abogados y es anterior a la conformación de la República.
- En nuestro país existe un marco jurídico disperso que regula el ejercicio profesional de la abogacía, incluso aún se aplica una norma que data del año 1910 y que establece la conformación de un Colegio de Abogados en cada distrito judicial, donde exista una Corte Superior de Justicia.
- Los últimos acontecimientos, nos han demostrado que lamentablemente los Colegios de Abogados no cuentan con las herramientas normativas e instrumentos legales, para encausar adecuadamente los procedimientos disciplinarios y aplicar sanciones efectivas contra los abogados infractores.
- También es necesario señalar que lamentablemente las instituciones que generan mayor desconfianza en la población están vinculadas al Sistema de Administración de Justicia, y están integradas por abogados.
- Entendemos que iniciativas como el Decreto Legislativo que crea el Registro Nacional de Abogados Sancionados o el proyecto de Ley de Probidad del Abogado, se orientan en función de la preocupación social, por el inadecuado ejercicio de los profesionales del derecho.
- Sin embargo consideramos que no se debe “estigmatizar” a nuestra profesión con actos de deshonestidad o corrupción que no son exclusivas de los abogados.
- La propuesta de *Ley de la Abogacía Peruana*, busca brindar una orientación integral al ejercicio profesional del derecho, estableciendo la certificación profesional, bajo los estándares de calidad establecidos por el SINEACE, asimismo busca establecer jerárquicamente a través de una norma con rango de *Ley*, el catálogo de las inconductas y sanciones, para los abogados infractores, entre otras importantes disposiciones.
- El proyecto de *Ley de la Abogacía Peruana*, ha nacido como producto del debate y aporte de los actores involucrados –los *abogados*, es una propuesta construida sobre la base de legislación comparada y el proyecto presentado por el CAL y archivado por el Congreso de la República el año 2007, dicha propuesta no es una iniciativa de reacción frente a la opinión pública y los acontecimientos mediáticos, sino es una necesidad real del foro, expresada durante los últimos años, frente a la dispersión normativa que regula el ejercicio de los profesionales del derecho.

7. REFERENCIAS

- Proyecto del Ley N°3426/2018-CP, “Ley de la Abogacía Peruana” presentado el 24 de setiembre de 2018 ante el Congreso de la República, por parte del Colegio de Abogados de Lima, en representación de la Junta Nacional de Decanos de los Colegios de Abogados del Perú.
- http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Proyectos_de_Ley_y_de_Resoluciones_Legislativas/PL0342620180924.pdf
- Proyecto de Ley N°3164/2018-CP, “Ley de Probidad del Abogado” presentado el 02 de agosto de 2018 ante el Congreso de la República por el Poder Ejecutivo.
- https://www.minjus.gob.pe/wpcontent/uploads/2018/08/PL_3164_20180802_INCENTIVAR-LA-PROBIDAD-EN-EL-EJERCICIO-DE-LA-ABOGACIA.pdf
- Constitución Política del Perú, promulgada el 29 de diciembre de 1993.
<http://www4.congreso.gob.pe/ntley/Imagenes/Constitu/Cons1993.pdf>
- Ley N°1367 promulgada el 20 de diciembre de 1910.
http://www.cal.org.pe/v1/wp-content/uploads/ley_creacion_CAL_2014.pdf
- TUO Ley Orgánica del Poder Judicial Decreto Supremo N°017-93-JUS. Promulgado el 28 de mayo de 1993.
<http://ocma.pj.gob.pe/contenido/normas/lopl.pdf>
- Decreto Ley N°25892. Diario Oficial El Peruano, 18 de noviembre de 1992.
- Decreto Ley N°25873. Diario Oficial El Peruano, 18 de noviembre de 1992.
- Código de Ética del Abogado. Resolución de Presidencia N°001-2012-JDCAP-P de fecha 14 de abril de 2012.
http://www.cal.org.pe/pdf/etica/2012/codigo_etica_abogado.pdf
- Derecho de los Abogados. (2006) autor: Raúl Chaname. Editorial UIGV.
- Historia del Perú Antiguo. (1964) autor: Luis E. Valcárcel. Editorial Juan Mejía Baca.
- Ideas sobre que es aprender (y enseñar) derecho en pregrado. (2002) autor: Marcial Rubio Correa. Editorial PUCP.
- Revista La Ley. (2012) Gaceta Jurídica. Los Abogados en el Perú.
<https://laley.pe/art/1215/los-abogados-en-el-peru>

ANÁLISIS LEGAL DEL RECONOCIMIENTO DE UNIÓN DE HECHO EN EL PERÚ

*Dra. María Antonieta Sánchez García**

1. RESUMEN

Abordaremos el tema sobre la unión de hecho desde sus antecedentes así como también nos encargaremos de definir la unión de hecho como “aquella unión entre un hombre y una mujer libre de impedimento legal, los cuales sin estar casados realizan deberes semejantes al matrimonio”.

La institución del concubinato está protegida por nuestra Constitución Política del Perú en su artículo 5 así como por nuestro Código Civil ,por ello estamos de acuerdo que esta institución debe ser respetada ya que en la actualidad observamos que la mayoría de familias está conformada por uniones de hecho.

En nuestra legislación se establece que para el reconocimiento de la unión de hecho este debe tener un tiempo de duración de dos años, y este debe ser prolongado, es decir, para proceder a dicho reconocimiento la solicitud debe cumplir una serie de requisitos y uno de esos requisitos es poder comprobar la convivencia de dos años continuos o prologados. El reconocimiento puede hacerse por vía notarial o por vial judicial, una idea que llama mucho la atención es porque en el reconocimiento por vía notarial debe necesariamente presentarse ambos solicitantes y porque en el reconocimiento por vía judicial puede realizarse por una de las partes.

En el presente trabajo en análisis haremos comparaciones del porque tanto para la prescripción adquisitiva de dominio en vía notarial así como para el desalojo por vía notarial, estos procesos pueden ser promovidos por una de las partes y porque el reconocimiento de la unión de hecho no puede hacerse por un solo solicitante.

* Doctora en Derecho por la Universidad Inca Garcilaso de la Vega, Maestra en Derecho Civil y Comercial por la UIGV. Postgrado de especialización en Derecho de contratos y daños por la Universidad de Salamanca. Cursos de PEE-ESAN en derecho corporativo. Conciliadora Extrajudicial. Docente universitaria y asesora legal corporativa.

Desde mi humilde parecer esto si constituye una barrera además que hacer el reconocimiento por vía notarial es costoso de alguna forma también constituye una barrera, ya que un derecho por el solo hecho de ser fundamental no debería estar sometido a un costo o precio. En este caso el derecho fundamental es la familia porque como sabemos la unión de hecho es una realidad, y todos tenemos derecho a que nuestras familias sean respetadas.

ABSTRAC

We will address the issue of the de facto union from their background as well as we will define the de facto union as “that union between a man and a woman free of legal impediment, who without being married perform duties similar to marriage.”

The institution of the concubinage is protected by our Political Constitution of Peru in its article 5 as well as by our Civil Code, for that reason we agree that this institution must be respected since at present we observe that the majority of families is conformed by unions of fact.

In our legislation it is established that for the recognition of the de facto union this must have a duration of two years, and this must be prolonged, that is, to proceed with said recognition the application must meet a series of requirements and one of those requirements is to be able to check the coexistence of two continuous or extended years. The recognition can be done by notary or by judicial road, an idea that draws much attention is that in the recognition by notarial procedure must necessarily submit both applicants and because the recognition by judicial can be carried out by one of the parties.

In the present work in analysis we will make comparisons of why both for the acquisition of possession in a notarial way as well as for the eviction by notary, these processes can be promoted by one of the parties and because the recognition of the de facto union can not be done by a single applicant.

From my humble opinion this if it constitutes a barrier in addition to making the recognition by notary is expensive in some way also constitutes a barrier, since a right by the mere fact of being fundamental should not be subject to a cost or price. In this case, the fundamental right is the family because, as we know, the de facto union is a reality, and we all have the right to have our families respected

PALABRAS CLAVES: Unión de hecho, Notario, Concubinos.

2. INTRODUCCIÓN

Años atrás nuestra sociedad era muy conservadora, la unión de hecho o denominado también concubinato fue muy cuestionado debido a prejuicios vinculados a una concepción tradicional de familia ligada exclusivamente al

matrimonio. Sin embargo, nosotros somos objetivos y realistas, es por ello que sabemos que esta figura existió mucho antes que el matrimonio, a pesar que legalmente no había norma que la regule.

La consecuencia de la falta de reconocimiento conllevaba a que los miembros de dicha familia no gozaran de derechos ni de obligaciones, además eran considerados hijos ilegítimos.

A partir de la Constitución de 1979 que las uniones de hecho tuvieron reconocimiento asimismo, estipulaba que todos los hijos tenían el mismo derecho quedando totalmente prohibido mencionar el estado civil de los padres, es decir, su filiación.

Es preciso hacer mención que la Constitución del Perú (1993) establece en su artículo 5, lo siguiente: “La unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable”.

Como sabemos la familia es la célula fundamental de la sociedad es por este motivo que el estado debe brindarle todas las garantías que considere pertinente para protegerla, la familia ya sea producto del matrimonio o de una unión de hecho debe encontrarse amparada, vamos a observar en el presente trabajo como con el paso del tiempo la unión de hecho trajo consigo los derechos que van adquiriendo los miembros de dicha familia.

Finalmente explicaremos las dos maneras que existe para poder realizar el reconocimiento de la unión, y estableceremos tanto el aspecto negativo como positivo de cada una de ellas. También ahondaremos respecto de la nueva ley de desalojo así como la prescripción adquisitiva de dominio y bajo qué punto queremos hacer que estos dos temas mencionados anteriormente tengan relevancia respecto a la unión de hecho.

3. SITUACIÓN PROBLEMÁTICA

1. Diferenciar la unión de hecho en vía notarial y vía judicial, para que de esa manera podamos determinar cuál de las vías mencionadas es la más conveniente y en qué caso resulta más óptimo la aplicación de una de ellas. Sabiendo además que por la vía judicial el proceso sería mucho más lento y menos costoso, mientras que por vía notarial el reconocimiento de la unión sería mucho más rápido y a la vez mucho más costoso.
2. Determinar porque para el Procedimiento Notarial de prescripción adquisitiva de dominio, así como para la nueva Ley de Desalojo Notarial solo se necesita la solicitud de una sola persona (un solicitante) mientras que para el reconocimiento notarial de la unión de hecho se necesita de manera obligatoria la solicitud de ambos solicitantes (los concubinos),es

decir no puede hacerlo solo un solicitante, a partir de lo expuesto podemos inferir que exigir que ambos solicitantes asistan ante el notario es una barrera, ya que por diversos motivos alguno de los solicitantes no se encuentra y por ello no se podría reconocer su unión de hecho.

4. ANTECEDENTES

El Código Civil Peruano de 1852 señalaba que el concubinato era una causal de separación de los casados, sin embargo, no lo estableció como una institución, es por ello, que no tenían derechos y deberes; así mismo, el Código Civil de 1936 tampoco regulo dicha figura.

En el año 1970 el denominado Tribunal Agrario reconoció el derecho de los concubinos estableciendo en una de sus sentencias que el concubino debería de reconocer los derechos de la concubina. Luego las leyes 8439 y 8569 establecieron que la concubina pueda recibir una compensación por el tiempo de servicio de aquel trabajador fallecido; es preciso mencionar que esta ley no nombraba de manera expresa la denominación de concubina.

De lo mencionado podemos inferir que la figura de unión de hecho en ese momento no tenía regulación legal en el código civil, pero de alguna forma en otras fuentes si tenía reconocimiento de suma importancia.

Ya con la Constitución de 1979 se regula por vez primera la unión de hecho y posterior a ella lo realiza el Código Civil de 1984 en el cual en su artículo 326 nos manifiesta que la unión de hecho debe realizarse entre personas de distintos sexo, es decir, varón y mujer, siempre y cuando no estén impedidos legalmente, debiendo cumplir deberes semejantes al del matrimonio y que dicha unión por lo menos hayan durado dos años continuos.

El Código Civil de 1984 equipara la figura de la sociedad de bienes fruto de la unión de hecho con la sociedad de gananciales del matrimonio, además de ello establece las causales del término del concubinato.

Es preciso mencionar que lo estipulado en el Código Civil de 1984 fue respaldado por la Constitución de 1993 en su artículo 5, en el cual se equipara la comunidad de bienes con las sociedades gananciales.

Es preciso mencionar que desde nuestra perspectiva es correcto que se haya regulado la unión de hecho porque es una realidad que muchas familias hoy en día viven.

5. MARCO TEÓRICO

I. Conceptos Generales:

La unión de hecho es aquella cohabitación que se da entre un hombre y una mujer sin haber contraído matrimonio civil, siempre y cuando tengan fines parecidos a estos, como por ejemplo procrear hijos, hacer una

vida en común, pero sin compromiso ni efectos legales respecto de los concubinos. También es denominado amancebamiento.

Gonzales (2015) señala:

La unión de hecho es el estado por el cual dos personas, hombre y mujer, hacen vida en común por el transcurso de dos años continuos, en forma análoga al matrimonio y sin encontrarse impedidos legalmente de contraerlo. La consecuencia de ello es que los bienes adquiridos durante su vigencia tienen la condición de sociales. (p.1621)

Las uniones no matrimoniales antiguamente eran vistas con desconfianza además algunos manifestaban que iba en contra de la moral, ya que consideraban que era una situación de falta de compromiso. Sin embargo nosotros en la actualidad observamos que la figura del concubinato tiene un gran porcentaje en comparación con el matrimonio, es decir, la mayoría de parejas han optado por convivir sin estar casado, y como sabemos la ley es una herramienta que permite regular la conducta humano, es por ello que el legislador tiene el deber de pronunciarse sobre dicha figura jurídica que es la unión de hecho.

Baqueiro y Buenrostro (1994) señala:

Al lado de la unión matrimonial, que es el acto y estado jurídico reconocido por el derecho como generador de efectos no solo respecto de la pareja y de los hijos, sino también en relación con otros parientes, se han dado y existen actualmente otras uniones más o menos permanentes que se asemejan al matrimonio, pero a las cuales el derecho no les ha concedido efectos, o si bien, se los ha otorgado en términos limitados. Una unión con estas características es el concubinato por el cual podemos entender la unión libre y duradera entre un hombre y una mujer que viven y cohabitan como si fueran casados y que puede producir o no efectos legales. (p.121)

Existen dos clases de uniones de hecho. La primera clase de concubinato es la perfecta o regular en el cual un hombre y una mujer libre de impedimento legal conviven por un tiempo continuo y prolongado con un aproximado de más de dos años. Esta forma de concubinato es tutelada por la ley. Producto de la Ley 30007 que modifica el artículo 326 del Código Civil, los concubinos no solo tienen derechos gananciales sino que también, en caso de muerte de uno de los concubinos tienen el derecho a heredar.

La segunda clase de concubinato es la imperfecta o irregular en cual se lleva a cabo entre un varón y una mujer que se encuentran impedidos de

contraer matrimonio un ejemplo de ello sería dos casados o una soltera con un casada.

Nos manifiesta el artículo 326 del Código Civil que cuando no se reúna las condiciones establecidas en el artículo en mención el interesado tiene expedido únicamente la acción de enriquecimiento.

Aguilar (2016) señala:

La unión de hecho genera una dinámica a partir de la cual se originan dependencias entre convivientes, y es común que se dé el caso en el que uno de ellos se ocupe de las labores que exige el hogar, dejando de lado el ámbito laboral, mientras que el otro cumple la tarea de brindar los medios económicos que sustenta la vida en comunidad, esta sinergia incluye pues la ayuda mutua. (p.159)

Estamos de acuerdo con que nuestra regulación actual proteja el patrimonio entre los concubinos porque hecho da lugar a una sociedad de bienes sociales los cuales debe ser tutelados.

Peralta (1993) señala:

Entonces solo por vida interpretativa, se puede afirmar que la sociedad de bienes es el régimen patrimonial de la sociedad de hecho en el que puedan existir bienes propios de cada concubino y bienes comunes de la sociedad concubinaria, respectivamente. (p.97)

De lo expuesto decimos que el concubino es un fenómeno social, es por ello que no puede desarrollarse al margen de la ley, además dicha figura jurídica debe constar de garantías para así proteger a los sujetos más débiles de la relación concubinaria. Otro aspecto resaltante es que como sabemos el Estado debe proteger a la familia y por tanto si no se protege a la unión de hecho se estaría atentando contra la estabilidad familiar. Es por ello que nuestra Carta Magna protege y regula sobre la unión de hecho y además le otorga un conjunto de derecho para que así los miembros de dicha unión se encuentren tutelados.

II. Regulación legal de la unión de hecho:

La Constitución de 1979 regula por vez primera la unión de hecho y posterior a ella lo realiza el Código Civil de 1984 en el cual en su artículo 326 nos manifiesta que la unión de hecho debe realizarse entre personas de distintos sexo, es decir, varón y mujer, siempre y cuando no estén impedidos legalmente, debiendo cumplir deberes semejantes al del matrimonio y que dicha unión por lo menos hayan durado dos años continuos.

El Código Civil de 1984 equipara la figura de la sociedad de bienes fruto de la unión de hecho con la sociedad de gananciales del matrimonio, además de ello establece las causales del término del concubinato.

Peralta (1993) señala:

La unión concubinaria puede terminar de dos maneras: normal y anormalmente. (pg.99).

Respecto a la primera forma podemos decir que es aquella que termina con la realización del matrimonio civil en el cual se transforma en una unión de derecho. Mientras que la segunda forma de terminar la unión concubinaria es a través de las causales establecidas en el artículo 326 las cuales son: el acuerdo mutuo, la muerte, la ausencia y la decisión unilateral.

- a. En primer lugar tenemos al acuerdo mutuo, se presenta cuando ambos concubinos deciden de manera voluntaria y consensuada dar por finalizada la relación.
- b. En segundo lugar tenemos a la muerte, es aquella donde se produce la muerte de uno de los concubinos dando por terminada la sociedad de bienes.
- c. En tercer lugar tenemos a la ausencia, la ausencia de uno de los miembros de la unión de hecho genera el fenecimiento de la sociedad de bienes.
- d. Y por último la decisión unilateral, es aquella donde una de las partes decide dar por concluida la relación; el concubino abandonado podrá solicitar ante el Poder Judicial una suma de dinero por concepto de indemnización, es preciso hacer relevancia que dicho pedido es de manera independiente de los bienes por concepto de unión de hecho.

Vigil (2014) señala:

Los bienes que han sido adquiridos dentro de la unión concubinaria se reputan sociales o comunes, aun cuando hubiesen sido adquiridos por uno solo de ellos y puestos únicamente a su nombre, por ser este el único que sostenía a la familia, o hayan sido adquiridos por ambos, o no habiendo contribuido a la economía del hogar convivencia, por egoísmo haya exigido se pongan en su nombre, luego de pagarse las cargas que pesan sobre la sociedad, el remanente que queda se divide por igual entre ambos concubinos.(p180)

Es preciso mencionar que lo estipulado en el Código Civil de 1984 fue respaldado por la Constitución de 1993 en su artículo 5:

Artículo 5.-La unión estable de un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, da lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto sea aplicable.

Desde mi perspectiva la finalidad del constituyente al establecer en nuestro ordenamiento jurídico la figura de la unión de hecho fue idónea, ya que cada vez se observaba a los varones aprovecharse de dicha situación para dejar en desamparo patrimonial a su pareja y enriquecerse de manera indebida, a pesar, que dicho patrimonio había sido obtenido producto del esfuerzo de ambos convivientes. Es por ello que dicho artículo tiene como finalidad evitar el empobrecimiento de una de las partes y el enriquecimiento de la otra.

Aguilar (2016) afirma:

Para que se pueda estar ante la figura del concubinato, esta debe tener una comunidad de vida, lo que implica convivencia entre un hombre y una mujer, compartiendo mesa y lecho, la misma que debe ser permanente, prolongada en el tiempo, esto es que sea estable y duradera, debe ser consensual, voluntaria aceptada por los dos, notaria y pública, a la vista de todos, las regulaciones con terceros lo hacen como si fueran casados, y por último, singular que significa una relación de pareja exclusiva y excluyente.(p.152)

La Constitución del Perú del 1993 precisa en el artículo 4 que el Estado quien tiene el deber de brindar tutela a la familia, sin embargo no establece que tipo de familia es a la que brindara protección, es por ello que protegerá a las familias producto del matrimonio así como aquellas que han ido fruto de la unión de hecho.

Si comparamos la figura del matrimonio con el concubinato encontraremos lo siguiente:

- a. El matrimonio es una unión de derecho; mientras que el concubinato es una unión de hecho.
- b. En el matrimonio se presenta un consentimiento expreso; mientras que en el concubinato hay un consentimiento tácito.
- c. Los cónyuges pueden optar por dos tipos de regímenes: de separación de patrimonios (cada uno conserva la propiedad de dicho bienes) o de sociedades de gananciales (son bienes sociales aquellos que no son propios); mientras que en el concubinato solo están sujetos a las sociedades gananciales.

III. La unión de hecho y derecho sucesorios:

La Ley N°30007 publicada el 17 de abril del 2013 modifica determinados artículos del Código Civil y del Código Procesal Civil, dicha ley tiene como la

finalidad reconocer los derechos sucesorios de los miembros de uniones de hecho.

Para la ley antes mencionada solo tendrán reconocimiento de derechos sucesorios las parejas heterosexuales siempre que cumplan con los requisitos establecidos en el artículo 326 del Código Civil los cuales son:

- a. Voluntariedad de unirse; es decir debe estar libre de coacción.
- b. Conformada por un varón y mujer; la unión debe ser heterosexual.
- c. No tener impedimento legal; es decir, aquellas causas que impiden que la situación de hecho se torne en derecho.
- d. La unión debe realizarse para poder alcanzar una finalidad y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio; de ello se infiere que debe existir vida en común, fidelidad, lealtad, asistencia, así como alimentar y educar a los hijos, y ayudar al desarrollo y progreso de su hogar.
- e. Duración de por lo menos dos años continuos, este periodo debe ser prolongado en el tiempo.

Gracias a la Ley N°30007 se ha incorporado al artículo 326 del Código Civil un último texto, el cual nos indica que los miembros de la unión de hecho tendrán tanto derechos como deberes sucesorios y serán similares a los del matrimonio.

Mencionaremos algunos de ellos:

- a. Una persona solo puede disponer del tercio de sus bienes ya que lo demás de su patrimonio les corresponde a sus hijos, descendientes, cónyuge o miembro de la unión de hecho.
- b. El que no tiene cónyuge, ni tampoco miembro de una unión de hecho, ni otro tipo de parientes podrá disponer de todos sus bienes.
- c. La legítima del cónyuge o miembro de la unión de hecho es independiente del derecho que le corresponde por concepto de gananciales proveniente de la liquidación de la sociedad de bienes del matrimonio o de la unión de hecho.
- d. Si el cónyuge o sobreviviente contra nuevo matrimonio, vive en concubinato o muere, los derechos concedidos respecto a la casa-habitación se extinguen, quedando expedida la partición del bien.
- e. Si el causante o miembro de una unión de hecho, no ha dejado descendientes ni ascendientes son derecho a heredar, la herencia corresponde al cónyuge sobreviviente.

Podemos concluir que según el artículo 4 de la Ley N°30007 al haber incorporado un párrafo al artículo 326 se ha producido una modificación

indirecta, ya que las normas no se aplicaran solamente al cónyuge sino también al integrante de una unión de hecho.

Una figura de gran relevancia es sobre los herederos forzosos, en tanto que ahora el concubino es un legitimario, por ello, el causante no puede prescindir de su compañero o compañera al momento de tomar alguna decisión sobre su patrimonio, esto es producto de la modificación del artículo 724 del Código Civil el cual, les ha dado a los miembros de las uniones de hecho, el carácter de herederos forzosos además estos se verán beneficiados ya que el causante que tenga hijos u otros ascendientes, o cónyuge o sea miembro de una unión de hecho solo podrá disponer de su tercio de libre disposición.

Como ya hemos hecho mención la sociedad de bienes que se produce dentro del concubinato se está equiparando a la sociedad de gananciales, por ello, si el concubino fallece, se liquidara esta sociedad con las normas de las sociedades gananciales

Otra novísima noticia es que gracias a la modificación del artículo 816 respecto a los órdenes sucesorios ahora los sobrevivientes de la unión de hecho son herederos de tercer orden en correspondencia con el cónyuge.

Y por último otra modificación de gran importancia es que las uniones de hecho inscritas en vía notarial o reconocida por vía judicial serán inscribibles en el registro Personal (al artículo 2030 del código civil se agregara en un inciso 10).

IV. Inscripción de las uniones de hecho en los Registros Públicos:

Existía una gran dificultad para reclamar derechos provenientes de la unión de hecho, ya que ello implicaba un proceso judicial para dicho reconocimiento; sin embargo, ahora gracias a la ley 29560 (publicada el 16 de julio del 2010, la cual amplía la ley 26662) los notarios públicos tienen competencia para poder intervenir en asuntos no contenciosos en el cual se solicite el reconocimiento de la unión de hecho. La primera ley en mención modifica el artículo primero de la Ley 26662, la cual manifiesta:

Artículo 1.-Asuntos no contenciosos.-Los interesados pueden recurrir indistintamente ante el poder Judicial o ante el Notario para tramitar según en los siguientes casos:

(...)

8. Reconocimiento de la unión de hecho
9. Convocatoria a junta obligatoria anual
10. Convocatoria a junta general

Gracias a dicha norma legal se reconocerá los derechos sucesorios a favor de los miembros de la unión de hecho inscritas en el Registro Personal

en correspondencia con la Ley de Competencia Notarial de Asuntos no Contenciosos o reconocidas por la vía judicial.

Nos dice también la norma que el integrante sobreviviente puede solicitar el reconocimiento judicial de la unión de hecho si antes del fallecimiento del causante no se hubiera realizado la inscripción registral, por tanto, dicho reconocimiento lo hace el conviviente supérstite, el cual tiene vocación hereditaria en mérito al artículo 5 de la Constitución así como del artículo 326 del Código Civil.

Como hemos podido observar esta Ley lo que hace es completar los supuestos establecidos en la Ley 26662, gracias a esta ley el reconocimiento de la unión de hecho se podrá hacer por vía notarial o vía judicial, según crean conveniente los miembros de la unión de hecho.

Para poder solicitar el reconocimiento de la Unión de Hecho debemos de remitirnos al artículo 46 de la Ley 29560:

Artículo 46. Requisitos de la Solicitud.-La solicitud debe de incluir lo siguiente:

1. Nombres y firmas de ambos solicitantes
2. Reconocimiento expreso que ambos conviven no menos de 2 años de manera continua
3. Declaración expresa de los solicitantes que se encuentran libres de impedimento patrimonial 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 la unión de hecho tanto del varón como de la mujer, expedido por el registro personal de la oficina registra donde domicilian los solicitantes.
6. Declaración de dos testigos indicando que los solicitantes conviven dos años continuos o más.
7. Otros documentos que acrediten que la unión de hecho tiene por lo menos dos años continuos.

Transcurrido quince días desde la publicación del último aviso, sin que se haya formulado oposición, el notario extiende la escritura pública con la declaración del reconocimiento de la unión de hecho de los convivientes. Luego de ello el notario remite partes al registro personal del lugar donde domicilian los solicitantes.

Es preciso mencionar que se permite que se deje sin efecto la unión de hecho mediante escritura pública en la cual podrá liquidarse el patrimonio social.

Gonzales (2015) señala:

La falta de inscripción del título formal de unión de hecho no impide que el bien deba ser reputado como social. (p.1622)

De lo mencionado concluimos que para que exista reconocimiento de la unión de hecho es necesario que ambos concubinos muestren conformidad, porque como ya hemos mencionado dicho reconocimiento implica que se debe presentar varios requisitos para acreditar la comunidad de vida por más de dos años de manera continua. Pero es de alguna forma una barrera que necesariamente tengan que presentarse ambos solicitantes, porque no solo un solicitante puede dirigirse al notario y se pueda reconocer la unión de hecho.

De la problemática expuesta en líneas atrás, desde mi punto de vista el reconocimiento de la unión de hecho en vía notarial si debería realizarse solo con la solicitud de una de las partes, podemos hacer comparaciones como por ejemplo en la prescripción adquisitiva de dominio en vía notarial solo se necesita la solicitud de una persona así como por ejemplo en la Nueva Ley de Desalojo Notarial solo se necesita la solicitud de una parte (el propietario), y también para el reconocimiento de la Unión de Hecho por Vía Judicial también se puede realizar con la demanda de una de las partes.

De ello se desprende que en otros procesos en Vía Notarial si se pueden realizar con la solicitud de una de las partes, entonces el que en la unión de hecho en vía notarial sea necesario la solicitud de ambos (concubinos), si sería un obstáculo, ya que por diversas razones uno de los concubinos no se encuentra, entonces esta pareja no podrá realizar el reconocimiento de su unión de hecho.

También sería una barrera que el reconocimiento de la unión de hecho sea muy costosa, es por ello que muchas parejas por carencias económicas no pueden regularizar su reconocimiento.

V. Reconocimiento de las uniones de hecho en vía Judicial

Del reconocimiento de la unión de hecho en vía judicial podemos decir que la mayoría de casos se inicia cuando uno de los convivientes fallece o debido a la decisión unilateral de uno de sus integrantes de dar por concluida la convivencia.

Uno de los problemas de tomar esta vía es la amplia variedad de pruebas que debería de presentarse además que al ser un proceso de conocimiento demoraría mucho tiempo, es por este motivo que estamos de acuerdo en que se plantee como pretensión principal el reconocimiento de la unión de hecho y como pretensión accesoria la liquidación de gananciales.

De lo expuesto podemos decir que el reconocimiento de unión de hecho es meramente declarativa ya que reconoce una situación de hecho pre existente y sus efectos se retrotraen al inicio de la convivencia (es decir todos los bienes que han sido adquiridos desde el inicio de la convivencia).

Debemos agregar que la unión de hecho o concubinato está reconocida en nuestra Constitución ya que busca tutelar a la familia el cual es un derecho fundamental, en ese sentido podemos inferir que la acción que permite el reconocimiento de la unión de hecho no puede estar sujeta a plazos, porque los derechos humanos por su propia naturaleza son imprescriptibles.

VI. Prescripción adquisitiva de dominio

La prescripción adquisitiva de dominio en vía notarial resulta procedente cuando el interesado carece de título adquisitivo (solo cuanto con la posesión a su favor), o aun si tiene título adquisitivo, el transmitente no es el titular con derecho inscrito. El Decreto Supremo N°035-2006-VIVIENDA señala que: “procede tramitarse notarialmente la prescripción adquisitiva de dominio, cuando el interesado acredita posesión continua, pacífica y pública del inmueble por más de 10 años. Esto se aplica tanto a inmuebles inscritos también a los no inscritos, cuya zonificación sea urbana.

Existen dos supuestos prescripción:

La prescripción ordinaria: Opera cuando el poseedor cuenta con justo título y buena fe, necesitando completar solo cinco años de posesión.

La prescripción extraordinaria: No se cuenta con título o buena fe, por lo que el poseedor deberá acreditar la posesión por diez años.

La ley 27157 atribuye a los notarios la tramitación de procedimientos de prescripción adquisitiva, en la ley hecha mención se establece que el solicitante (solo una parte) requiere probar la posesión por diez años

De lo expuestos en líneas atrás podemos deducir que solo un solicitante (de manera unilateral) puede realizar dicho procedimiento.

VII. Ley de Desalojo Notarial

Esta ley regula el procedimiento especial desalojo con intervención notarial, el cual ayudara a brindar garantía a los propietarios que alquilan sus inmuebles ya que podrán desocuparlo de manera inmediata en caso de incumplimiento de pago.

El vencimiento del plazo del contrato de arrendamiento o incumplimiento de pago de la renta, será motivo suficiente para solicitar la presencia de un notario, quien solo considerará las constancias de transferencia o depósito de los pagos realizados a través de una cuenta bancaria acordada por las partes.

El notario constatará el cumplimiento de las condiciones del contrato de arrendamiento y luego dejara constancia del vencimiento del contrato o de resolución del mismo por falta de pago. Asimismo, enviara una copia legalizada del expediente al juez de Paz Letrado, del distrito donde se ubique el inmueble.

Dentro del plazo de tres días hábiles de recibido el expediente, el Juez de Paz Letrado emitirá la resolución y cursará oficio a la Policía Nacional, para disponer del desalojo o el descerraje, en caso de resistencia.

Es necesario mencionar que este tipo de contrato debe contener una cláusula de allanamiento a futuro, asimismo una cláusula de sometimiento expreso a lo establecido por la presente ley para que el notario constate las causales de vencimiento del plazo del contrato o la resolución por falta de pago de la renta.

Nos dice la presente Ley que para la solicitud de desalojo se debe presentar este por escrito, señalando el nombre del propietario o el de aquel que tenga derecho a la restitución del bien inmueble, es decir, nuevamente observamos que este procedimiento se realiza solo por una de las partes entonces la unión de hecho en vía notarial también debería ser reconocido por una de las partes.

De ello se desprende que en otros procesos en Vía Notarial si se pueden realizar con la solicitud de una de las partes, entonces ,el que en la unión de hecho en vía notarial sea necesario la solicitud de ambos (concubinos), si sería un obstáculo, ya que por diversos razones uno de los concubinos no se encuentra, entonces esta pareja no podrá realizar el reconocimiento de su unión de hecho.

6. CONCLUSIONES

1. La unión de hecho es aquella cohabitación que se da entre un hombre y una mujer sin haber contraído matrimonio civil, siempre y cuando tengan fines parecidos a estos, como por ejemplo procrear hijos, hacer una vida en común, pero sin compromiso ni efectos legales respecto de los concubinos. También es denominado amancebamiento.
2. Existen dos clases de uniones de hecho. La primera clase de concubinato es la perfecta o regular en el cual un hombre y una mujer libre de impedimento legal conviven por un tiempo continuo y prolongado con un aproximado de más de dos años. Esta forma de concubinato es tutelada por la ley. La segunda clase de concubinato es la imperfecta o irregular en cual se lleva a cabo entre un varón y una mujer que se encuentran impedidos de contraer matrimonio un ejemplo de ello sería dos casados o una soltera con un casada.

3. Elementos que debe cumplir la unión de hecho: Voluntariedad de unirse; es decir debe estar libre de coacción, debe estar conformada por un varón y mujer; la unión debe ser heterosexual, no debe tener impedimento legal; es decir, aquellas causas que impiden que la situación de hecho se torne en derecho.
4. El reconocimiento de la unión de hecho se podrá hacer por vía notarial o vía judicial, según crean conveniente los miembros de la unión de hecho.
5. Del reconocimiento de la unión de hecho en vía judicial podemos decir que la mayoría de casos se inicia cuando uno de los convivientes fallece o debido a la decisión unilateral de uno de sus integrantes de dar por concluida la convivencia.
6. Para que el reconocimiento de la unión de hecho por vía notarial la solicitud debe ser presentada por ambos convivientes, además deben cumplir los requisitos estipulados en el artículo 46 de la Ley 29560.
7. Se desprende que en otros procesos en Vía Notarial (como en la prescripción adquisitiva de dominio así como en la nueva ley de desalojo en vía notarial) si se pueden realizar dicho procedimiento con la solicitud de una de las partes, entonces, en la unión de hecho en vía notarial también debería darse dicho reconocimiento con la solicitud de una de las partes, ya que por diversos razones uno de los concubinos no se encuentra, entonces esta pareja no podrá realizar el reconocimiento de su unión de hecho, y se estaría vulnerando su derecho a la protección de su familia.

7. BIBLIOGRAFÍA

- Aguilar Llanos, B. (2016). *Tratado de Derecho de Familia*. Lima, Perú: Grupo Editorial Lex y Iuris.
- Gonzales Barrón, G. (2015). *Derecho Registral y Notarial*. Lima, Perú: Ediciones Legales E.I.R.L.
- Calderón Puertas, C. (2010). *La Familia*. Lima, Perú: Motivensa SRL
- Baqueiro Rojas, E. y Buenrostro Báez. (1994). *Derecho de familia y sucesiones*. México: Editorial Harla.
- Vigil Curo, C. (2014). *Derecho Civil VI. Familia*. Lima, Perú. Fondo Editorial de la UIGV.
- Peralta Andia, R. (1993). *Derecho de Familia en el Código Civil*. Lima, Perú: Editorial Idemsa.

CONSIDERACIONES BIOCÉNTRICAS EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL Y DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

Dr. Juan Ernesto Gutiérrez Otiniano¹

Abstract

In the present study, we sought to demonstrate that the biocentric approach continues to gain strength in the Latin American sphere and its effects on a normative and jurisprudential level progressively impact the way of conceiving constitutional justice, concluding that the concept of “fundamental right” under its imprint also reaches nature and sentient beings and its recognition represents in a way, the process of reconciliation between human beings and biodiversity.

Keyword

Biocentrism, Anthropocentrism and fundamental rights.

Resumen

En el presente estudio, se buscó demostrar que el enfoque biocéntrico sigue tomando fuerza en el ámbito latinoamericano y en forma progresiva sus efectos de nivel normativo y jurisprudencial impactan en la forma de concebir la justicia constitucional, concluyéndose que, el concepto “derecho fundamental” bajo su impronta alcanza también a la naturaleza y seres sintientes y su reconocimiento representa en cierto modo, el proceso de reconciliación entre seres humanos y biodiversidad.

Palabras claves

Biocentrismo, Antropocentrismo y derechos fundamentales.

1 Doctor en Derecho, Profesor Principal de la Universidad Autónoma del Perú. E-mail de contacto: juangutierrezotiniano@outlook.es

I. INTRODUCCIÓN

Los siguientes constructos: Derechos Humanos, derechos fundamentales, derechos subjetivos, contienen una dosis compuesta de antropocentrismo, encontrando sus raíces en diversas experiencias registradas en las primeras civilizaciones. En esa línea, Polo (2012) afirmó que sobre la determinación de lo que se engloba bajo el concepto de “Derechos Humanos”, no existe- obviamente en la doctrina correspondiente a su estudio, no falta quien aún hoy en día, defina los derechos humanos como aquellos que pertenecen al hombre como tal. Esta tautología ha sido justificada desde Cicerón hasta Hegel con base en la supuesta evidencia de una naturaleza común a todos los hombres.

Una de ellas, es ubicada en el antiguo Egipto, en que se esgrimiera la máxima: “no calumnies a ninguna persona, importante o no”; “no te burles del ciego, no te burles del enano, ni hagas daño a un cojo”, haciendo patente relativa preocupación por los demás. Asimismo, Mesopotamia, fue escenario de aplicación de los primeros códigos normativos: Código de Uruk Agina (2350 A. C), Ur-Nammu (2050 A.C), y su correlato, el Código de Hammurabi.

En Grecia, Aristóteles en su obra “Ética para Nicómaco” esbozó una diferencia entre justicia legal justicia natural, concluyendo que la esencia del hombre es su racionalidad. Michilini (2014), señaló que los principales aportes griegos a la concepción actual de Derecho Humanos fueron el desarrollo de un pensamiento basado en la razón, un principio de moral universal, así como el concepto de dignidad y la idea de libertad política, estos dos últimos sin embargo ceñidos a los ciudadanos, puesto que la sociedad griega permitía la esclavitud y sólo otorgaba derechos a los miembros de la polis.

Roma, en su etapa de República (intermedia entre la etapa monárquica y de imperio) se gestó el ahora conocido derecho internacional, tomando como base el derecho natural; sin embargo, las características socio políticas de la época no pueden constituir un estupendo aporte en el desarrollo de los ahora universalmente conocidos como Derechos Humanos.

Sin duda, el mejor aporte al desarrollo de las ideas sobre derechos fundamentales fluye del constitucionalismo inglés, francés y norteamericano, que han sido determinantes para su reconocimiento y cuyas instituciones básicas se fueron insertando en los primeros textos constitucionales del mundo.

Recasens (2008), refirió que la noción esencial de derecho subjetivo, la cual es común a todas las manifestaciones del mismo, pues, según se ha razonado, en todas ellas- a pesar de sus diversidades- hallamos un elemento común, que es el siguiente: por virtud de la norma, una situación o conducta de un ajeno (el titular de un derecho subjetivo) es un supuesto determinante de la existencia o de la actualización de deberes jurídicos en otros sujetos. En ese sentido, plantea la existencia- al menos teórica de tres formas de derecho subjetivo- 1) como re-

verso material de un deber jurídico de los demás; 2) como pretensión, y; 3) como poder de formación jurídica.

Ferrajoli (2007) sostuvo que, derechos fundamentales, serían todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del estatus de personas, de ciudadanos o personas con libertad de obrar.

En la actualidad, no se hace más referencia a los derechos fundamentales como derechos subjetivos, sino como valoraciones objetivas. En esta línea de pensamiento se encuentra el profesor de la Universidad de Cádiz y Carlos III de Madrid, Dr. Miguel Revenga Sánchez.

Los Derechos Fundamentales, se asientan en un sistema de valores compartidos por un conjunto social, en virtud del cual adquieren su auténtica naturaleza de derechos públicos subjetivos mediante su positivización y plena garantía, incluso frente al legislador con la Constitución Normativa que es la expresión del más avanzado estadio del constitucionalismo. De esta manera, los derechos fundamentales consiguen vincular a todos los poderes públicos y por tanto, ser también indisponibles para el legislador, quien deberá respetar su contenido esencial, y tener eficacia directa siendo exigibles antes los tribunales de justicia de los Estados.

Los derechos protegen y satisfacen las necesidades más íntimas y básicas de los individuos nacidas de su libertad y dignidad. Precisamente por esta razón los Derechos Fundamentales legitiman en una u otra medida el poder establecido, de tal forma que el grado de su reconocimiento, respeto, protección y desarrollo se convierten en el parámetro decisivo para evaluar y justificar un concreto sistema jurídico.

Los Derechos Fundamentales, han merecido un estudio pluridimensional. Una de las doctrinas que explica esta característica es la doctrina de la doble faz o doble dimensión de los DDFF, originada en el texto constitucional de Weimar de 1919 y desarrollada a partir de los planteamientos de Kaufmann, Smend y Habberle adquiriendo notable influencia en la doctrina y jurisprudencia

- Derecho Subjetivo: es decir, su titularidad no sólo corresponde a los individuos aisladamente considerados, sino también en cuanto están insertos en grupos y organizaciones cuya finalidad sea específicamente defender ámbitos de libertad o realizar los intereses de los valores que forman el sustrato último de los derechos fundamentales, y;
- Dimensión Objetiva: por cuanto tienen una función legitimadora e informadora y axiológica del conjunto constitucional. Es decir, los derechos fundamentales tienen una dimensión institucional. Desde esta perspectiva los derechos fundamentales no son sólo los límites que los ciudadanos

pueden oponer a la acción del poder político, o las concretas facultades de exigir prestaciones de los poderes públicos que puedan conferirles, sino que son un conjunto de valores y fines directivos de la acción de los poderes públicos y marco general para el desarrollo de la convivencia social.

Todo el derecho estará inspirado por este sistema de valores incorporado a la Constitución como decisión básica y tanto del desarrollo como la interpretación y la aplicación de la Constitución y la ley tendrá que realizarse a la luz de los valores que los derechos fundamentales representan e incorporan. Por ello, el constitucionalismo democrático, ha desarrollado el principio del mayor valor de los derechos fundamentales y su concreción del principium libertatis, según el cual, en caso de incertidumbre sobre el estatuto jurídico de los derechos, hay que conceder siempre preferencia a la interpretación que ofrezcan las mayores garantías para sus titulares.

Los derechos y las libertades son interdependientes porque todos ellos comparten una misma sustancia cual es el respeto a la libertad y la dignidad humana.

Los derechos fundamentales, son complementarios porque se apoyan unos en otros, no son compartimentos estancos, sino que se interrelacionan mutuamente, de tal modo que el disfrute de unos supone el disfrute de otros. Así por ejemplo la libertad de expresión que necesita apoyarse en la libertad de pensamiento.

En nuestra experiencia colonial, la impronta de la Constitución de Cádiz de 1812 (conocida como la pepa, dado que fue aprobada un 29 de marzo de ese año en el día de San José), generó el reconocimiento de ciertos derechos a los criollos, un gran avance para la época. Sin embargo, no fue sino hasta 1823 que en el caso nacional se acoge una primera declaración de derechos conservados medianamente hasta nuestros días. En tal sentido, la concepción constitucional de los Derechos Fundamentales en el Perú y en América Latina en general puede compararse proficuamente con la concepción europea y puede ser interpretada a la luz de los principios propios del constitucionalismo social y democrático.

II. Un viejo paradigma constitucional: el carácter antropocéntrico en el proceso de impartición de justicia.

A la luz de lo preceptuado en el artículo 1° del Texto Constitucional Peruano de 1993, podemos reafirmar que es la persona el centro de atención del ordenamiento jurídico nacional. En consonancia con lo expresado líneas atrás, Landa (2010) afirmó que ...los derechos fundamentales en general son derechos subjetivos, pero que exigen un deber objetivo de protección tanto del Estado como de los particulares. Párrafos más adelante, aseveró “el nomen iuris no es irrelevante por cuanto, en tanto derechos fundamentales son esferas de derechos y libertades de todo ser humano, con los cuales nace y vive toda persona,

al punto que el Estado constituye en base a ello y la Constitución del Estado sólo los reconoce, no los crea (p.18)

Ahora bien, ante la amenaza o vulneración de un derecho constitucionalmente protegidos, o como se recoge en nuestra carta fundamental con el nombre de derechos fundamentales, los justiciables pueden emplear alguno de los procesos constitucionales de la libertad regulados en el Texto Único Ordenado del Código Procesal Constitucional para restituirlos o para requerir el cese de la amenaza.

Al respecto, Gutiérrez (2020), señaló: los Estados Iberoamericanos han recepcionado y adaptado, desde su génesis en sus textos normativos supremos, instituciones jurídicas de origen extranjero y que, conforme a las fórmulas de solución que se construyen frente a cada conflicto o incertidumbre jurídica mediante sus órganos especializados, adquieren matices singulares, inyectándole a hombres y mujeres del Derecho una fuerte dosis de creencia en una justicia de corte antropocéntrica. En dicho marco, una de sus manifestaciones “de tipo constitucional”, está destinada a restituir el estado de cosas anterior a la amenaza o vulneración de un derecho fundamental, así como a la defensa del orden jurídico constitucional, fines que reflejan el tránsito de una visión geocéntrica a otra de vertiente antropocéntrica siendo el eje de impulso, el reconocimiento de derechos universales al ser humano y que al ser positivizados en cada ordenamiento nacional, pasan bajo el formato de derechos fundamentales. Cabe señalar que, la experiencia antes mencionada, se evidencia en la legislación sustantiva y procesal constitucional de Tucumán en la República de Argentina (Código Procesal Constitucional, arts. 1, 2 y 3), así como en El Estado Plurinacional de Bolivia (Código Procesal Constitucional, arts. 46, 51, 58,64), Costa Rica (Ley de la Jurisdicción Constitucional, art. 2º), Guatemala (Ley de Amparo, Exhibición Personal y Constitucionalidad, art. 1º), Nicaragua (Ley de Amparo arts. 4 y 5) y Perú (Código Procesal Constitucional, art. II Título Preliminar) bajo el rótulo de acciones o recursos de índole constitucional. Como se trata de una legislación especializada con relativa juventud, cuyo punto de partida tiene lugar en el Derecho Procesal Civil, extiende sus alcances al campo procesal constitucional, propiciando que conceptos como capacidad para ser parte o capacidad procesal, legitimidad para obrar, entre otros, heredados y ampliamente abordados en la región, se asumen de forma permanente bajo un enfoque conservador, no obstante al carácter flexible y pro homine que se imprime en la jurisdicción constitucional mediante sus diversos mecanismos de realización (p. 38).

III. Mirada biocéntrica en el Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional y disciplinas conexas.

En el marco de la justicia constitucional de corte antropocéntrico, quienes pueden ser beneficiarios de los procesos constitucionales en la línea de restituir

ción de derechos fundamentales o cese de amenaza, son las personas, empero, salta a la vista biocéntrica algunos casos registrados en la comunidad internacional que representan un punto de quiebre en el viejo paradigma constitucional.

Uno de ellos, es el polémico caso registrado en Colombia sobre el oso de anteojos andino “chucho” que vivió 18 años en la reserva Río Blanco de la ciudad de Manizales- Colombia que fuera enviado en forma intempestiva al zoológico de Barranquilla quedando expuesto a mayor peligro de extinción por haber sido retirado de su hábitat natural, que ha llevado a la Corte Constitucional del referido país en pleno 2020 a tener pendiente la emisión de un fallo, luego que la sentencia en que ordenó la restitución del derecho a la libertad de chucho fuera revocada. Conforme ha reseñado Gutiérrez (2020), es un caso *sui generis* en ... en donde no solo se restituyó un derecho objeto de protección del *habeas corpus* sino que además se declaró en forma general que los animales son sujetos de derecho y esto como consecuencia del cambio normativo introducido en el citado país a partir de la ley 1774 del año 2016 reconociéndose a los animales no humanos la condición de seres que sienten y en tal sentido se recordó y reafirmó la especial protección que necesitan los animales para que no pasen por el sufrimiento y los tratos crueles propinados por el ser humano.

De modo reciente, El Tribunal Constitucional Peruano confirmó la constitucionalidad de las corridas de toros y peleas de gallos, preservando la vigencia de la Ley nro. 30407 promulgada en el año 2016. La citada norma legal, en buena cuenta extiende un manto de protección a seres sintientes (con motivo de la descosificación de animales), por ello, sería posible que a favor de ellos se promuevan procesos constitucionales en situaciones similares considerando que conforme al artículo 14 de la norma legal glosada, se reconoce la condición de seres sensibles a los animales vertebrados en situación de cautiverio, impidiendo su maltrato.

En Ecuador, en 2010 se registró un caso a partir del problema producido por la obra de ensanchamiento de la vía Vilcabamba-Quinara la cual para su construcción depositó grandes cantidades de piedras y material de excavación sobre el Río Vilcabamba, sin estudios de impacto ambiental, violando directamente los derechos de la naturaleza, aumentaba el caudal y provocaba riesgos de desastres por la crecida del río por lluvias en el invierno provocando además grandes inundaciones que afectaban a las poblaciones que viven en sus riberas y aprovechan su agua. En tal sentido, presentaron una acción ante la Corte Provincial de Justicia de Loja el señor Richard Frederick Wheeler y la señora Eleanor Geer Huddle, el 30 de marzo del 2011, a favor de la Naturaleza, particularmente a favor del Río Vilcabamba, y en contra del Gobierno Provincial de Loja. La Corte Provincial de Loja resolvió mediante acción de protección en los siguientes términos: Aceptar el recurso planteado y revocar la sentencia impugnada declarando que la entidad demandada está violentando el derecho que la Naturaleza tiene de

que se le respete integralmente su existencia y el mantenimiento de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos.

Por su parte, la Asamblea Legislativa Plurinacional de Bolivia (2012) mediante Ley n° 300 dictó el marco jurídico de protección de la madre tierra y desarrollo integral para vivir bien de cuyo artículo 4, se desprende el reconocimiento de derechos de la Madre Tierra como sujeto colectivo de interés público. (p. 3), siendo Madre Tierra la según lo definido por la Asamblea Legislativa Plurinacional de Bolivia (2012): ...el sistema viviente dinámico conformado por la comunidad indivisible de todos los sistemas de vida y los seres vivos, interrelacionados, interdependientes y complementarios, que comparten un destino común. La Madre Tierra es considerada sagrada; alimenta y es el hogar que contiene, sostiene y reproduce a todos los seres vivos, los ecosistemas, la biodiversidad, las sociedades orgánicas y los individuos que la componen. (p. 5).

Al respecto, Ramos (2019), señaló que un último modelo de constitucionalismo es el denominado naturalista, preocupado por la preservación de la naturaleza. Recoge la cosmovisión del mundo de los pueblos originarios sobre el buen vivir o el vivir bien. La naturaleza es un medio no para la explotación industrial o a escala, sino para el buen vivir. La naturaleza misma se torna en sujeto de derecho. Se avizora una visión más “biocultural”.

En el sentido de lo resuelto por la judicatura ecuatoriana, la Corte Constitucional de Colombia en la sentencia T-622 del año 2016 declaró que el río Atrato es sujeto de derechos, y ello implica su protección, conservación, mantenimiento y restauración.

El Ministerio Del Ambiente y Del Desarrollo Sostenible De La República De Colombia, ha reconocido que, La Corte Constitucional mediante la sentencia T-622 de 2016, reconoce al río Atrato como sujeto de derechos, con miras a garantizar su conservación y protección. Para ello, le ordena al Gobierno Nacional elegir un representante legal de los derechos del río, y mediante el decreto 1148 de 2017 el Presidente de la República designó al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible como representante legal. Adicionalmente, ordenó la conformación de una comisión de guardianes comprendida por un representante del Gobierno Nacional y uno de las comunidades; éstas últimas, en un proceso autónomo, escogieron a 14 representantes de 7 organizaciones comunitarias y conformaron un cuerpo colegiado de guardianes, el cual actuará como el representante de las comunidades; y el Ministerio de Ambiente actuará como el otro representante de la comisión de guardianes.

Cabe tomar en cuenta, el siguiente fundamento de la citada sentencia para interpretaciones posteriores: 9.32. En esa medida, dimensionando el ámbito de protección de los tratados internacionales suscritos por Colombia en materia de protección del medio ambiente, la Constitución Ecológica y los derechos biocul-

turales (fundamentos 5.11 a 5.18), que predicán la protección conjunta e interdependiente del ser humano con la naturaleza y sus recursos, es que la Corte declarará que el río Atrato es sujeto de derechos que implican su protección, conservación, mantenimiento y en el caso concreto, restauración. Para el efectivo cumplimiento de esta declaratoria, la Corte dispondrá que el Estado colombiano ejerza la tutoría y representación legal de los derechos del río en conjunto con las comunidades étnicas que habitan en la cuenca del río Atrato en Chocó; de esta forma, el río Atrato y su cuenca -en adelante- estarán representados por un miembro de las comunidades accionantes y un delegado del Estado colombiano. Adicionalmente y con el propósito de asegurar la protección, recuperación y debida conservación del río, ambas partes deberán diseñar y conformar una comisión de guardianes del río Atrato cuya integración y miembros se desarrollará en el acápite de órdenes a proferir en la presente sentencia.

Esta sentencia histórica declara a un río como sujeto de derechos y tiene un componente de participación que es de suma importancia, pues ordena la construcción de diferentes planes de acción en conjunto con las comunidades para resolver la crisis humanitaria, social y ambiental que presenta el río Atrato, sus afluentes y sus comunidades.

Bajo dicho enfoque, Gutiérrez (2020), concluyó que, La jurisdicción constitucional de la libertad a partir de la tendencia biocéntrica o geocéntrica demanda la revisión de conceptos como capacidad para ser parte, sujeto de derecho incluso los alcances de procesos de la libertad tan clásicos y de arraigo antropocéntrico como el habeas corpus o como se propone en otros ordenamientos bajo el rótulo de acción de tutela. Asimismo, El carácter tuitivo de la jurisdicción constitucional de la libertad demanda también la flexibilización de conceptos de raigambre humanista como son el de capacidad para ser parte o el de sujeto de derecho.

Finalmente, el biocentrismo también plantea desafíos en el terreno de la legislación medioambiental con fuerte impacto en el campo penal especial. Asimismo, la etiqueta asignada a los delitos contra el medio ambiente como de cuello blanco, será retirada en la medida que los Estados y de forma particular el peruano, anteponga la naturaleza como sujeto de derecho antes que mero bien jurídico protegido, situación que también alcanzaría a los ahora denominados seres sintientes.

Conclusiones

- Primera** : El concepto “derecho fundamental” bajo la impronta del biocentrismo alcanza también a la naturaleza y seres sintientes.
- Segundo** : El concepto “sujeto de derecho”, bajo el influjo del biocentrismo alcanza también a la naturaleza y seres sintientes.

- Tercera** : El reconocimiento de los derechos bioculturales, representan en cierto modo, el proceso de reconciliación entre seres humanos y biodiversidad.
- Cuarta** : El denominado Constitucionalismo Naturalista, vertiente que se impone en días actuales bajo la mirada geocéntrica, ecocéntrica o biocultural, no reemplaza el constitucionalismo dieciochesco o socialista bajo el cual se erigen los archiconocidos derechos fundamentales de la persona, antes bien, los complementa.

Referencias

- Asamblea Legislativa Plurinacional de Bolivia (2012). *Ley marco de la madre tierra y desarrollo integral para vivir bien*, recuperado de: http://www.fao.org/fileadmin/user_upload/FAO-countries/Bolivia/docs/Ley_300.pdf, el 27 de febrero de 2020.
- Ferrajoli, L (2007). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. 3° Ed. Madrid: Editorial Trotta.
- Gutiérrez, J (2020). *Tendencias en la justicia constitucional iberoamericana*. Desafíos en el derecho procesal general, publicado en Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje. Tomo XXXII- N° 01-2020-San Sebastián (España).
- Landa, C (2010). *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Ed. Lima: Palestra.
- Michilini, J (2014). *Los Derechos Humanos en el Derecho Internacional*. Ed. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas.
- Polo, L (2012). *Fundamentos filosóficos de los Derechos Humanos*. Recuperado de: <http://www.url.edu.gt /Portal URL /Archivos /83 / Archivos /Departamento%20de%20Investigaciones%20y%20publicaciones/ Articulos%20Doctrinarios/Derecho/Fundamentos%20filosoficos%20de%20 los%20Derechos%20Humanos.pdf>, el 27.02.2020.
- Ramos, C (2019) *Constitucionalismo y Derechos Fundamentales en América Latina: Tres modelos históricos*, publicado en lus Inkarri, Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Ricardo Palma. Año 8-enero 2019.
- Recasens, L (2008). *Tratado General de Filosofía del Derecho*. Ed. México: Editorial Porrúa.

LA RESPONSABILIDAD DEL “VENDEDOR”, “PROVEEDOR” O “PRODUCTOR” EN LA LEGISLACIÓN PERUANA Y ESPAÑOLA ANTE LA FALTA DE CONFORMIDAD DE LOS PRODUCTOS¹

Dra. Esther Torrelles Torrea*

SUMARIO:

1. Introducción. 2. La falta de conformidad como indicador de la responsabilidad. 3. Sujeto responsable de la falta de conformidad: el vendedor en España, el proveedor en Perú. 4. La acción directa del consumidor frente al productor y la acción de regreso del vendedor frente al productor. Art. 124 TRLGDCU. 4.1. El productor como responsable ante la falta de conformidad. 4.2. La incomprensión de las condiciones de responsabilidad establecidas. 4.3. Acción de regreso

1. INTRODUCCIÓN

La preocupación del legislador para que una compraventa sea “conforme” o “idónea”, según la terminología europea y peruana respectivamente, ha existido desde siempre. El concepto se ha ido modernizado y su regulación también, especialmente en el ámbito del derecho de los consumidores, que es la que abordaremos en el presente trabajo.

En Europa la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de mayo de 1999, *sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo*², fue una de las más importantes relativa al Derecho contractual interno de los Estados³, siendo a su vez, un importante impulso para la armonización del Derecho privado en la Unión Europea. En España su transposición fue diversa estando actualmente regulada dicha materia en el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto

* Profesora titular de Derecho civil de la Universidad de Salamanca

1 Este trabajo se integra en el Proyecto de Investigación titulado “Responsabilidad civil profesional y protección de los consumidores”, DER 2017-85129-P, Ministerio de Economía, Industria y Competitividad, (AEI/FEDER, UE).

2 DOCE L 171 de 7 de julio de 1999, p. 12. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A31999L0044>

3 Resaltó este carácter HONDIUS, Ewoud, “Kaufen ohne Risiko: Der europäische Richtlinienentwurf zum Verbraucherkonsum und zur Verbrauchergarantie”, *Zeitschrift für europäisches Privatrecht (ZeUP)*, 1, 1997, p. 131 ss.

refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y usuarios y otras leyes complementarias (en adelante TRLGDCU)⁴.

Aunque fue la primera vez que un acto normativo del legislador europeo afectó a uno de los contratos más importantes de Derecho privado como es la compraventa, sólo se refería a “determinados aspectos” del mismo, en concreto a la obligación de saneamiento por vicios ocultos. La importancia, sin embargo, fue vital, ya que la preocupación básica de la mayoría de los consumidores cuando adquieren un bien es que sea idóneo, adecuado o conforme a lo establecido en el contrato. Y si el producto adoleciera de algún defecto el deseo del consumidor es que se subsane tal anomalía.

Recientemente, en la fase de revisión de directivas que está viviendo Europa, esta Directiva 1999/44 ha sido derogada por la Directiva (UE) 2019/771 de 20 de mayo de 2019 relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes, por la que se modifican el Reglamento (CE) n° 2017/2394 y la Directiva 2009/22/CE y se deroga la Directiva 1999/44/CE (D.O.U.E. de 22 de mayo de 2019). En ella, siguiendo la estela de la directiva anterior, se regula la responsabilidad del vendedor frente al consumidor por cualquier falta de conformidad del objeto que exista en el momento de la entrega y se manifieste a lo largo de los dos años posteriores.

Hasta 1999 las intervenciones del legislador comunitario en el Derecho civil patrimonial se centraba en áreas nuevas, ajenas al núcleo del derecho contractual y por tanto carentes de regulación⁵, o en aspectos contractuales de ciertos “tipos” de contratos⁶, o en contratos concluidos en determinadas

4 <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-20555>

5 Es el caso, entre otras, de la Directiva 84/450/CEE del Consejo de 10 de septiembre, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de publicidad engañosa, que se modificó en diversas ocasiones estando regulado actualmente en la Directiva 2006/114/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006 sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa; o de la Directiva 94/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de octubre, relativa a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido, derogada por la Directiva 2008/122/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de enero de 2009, relativa a la protección de los consumidores con respecto a determinados aspectos de los contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio.

6 Estamos pensando, por ejemplo, en la Directiva 87/102/CEE del Consejo de 22 de diciembre, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito al consumo, modificada por la Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE y más recientemente modificada por la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial y por la que se modifican las Directivas 2008/48/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) n° 1093/2010.

O en la Directiva 90/314/CEE del Consejo de 13 de junio, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados, derogada por la Directiva (UE) 2015/2302 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2015, relativa a los viajes combinados y a los servicios de viaje vinculados, por la que se modifican el Reglamento (CE) n° 2006/2004 y la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo y por la que se deroga la Directiva 90/314/CEE del Consejo.

circunstancias o situaciones consideradas de particular vulnerabilidad para los intereses de los consumidores⁷.

Pero un dato que hay que destacar, es que todos los ámbitos y contratos regulados por el legislador comunitario se refieren a bienes de consumo, a formas de contratación vinculadas al consumo en masa de bienes y servicios. No a aspectos más amplios del Derecho contractual, porque se centra en la protección del consumidor más que en el “contratante” o “adquirente”, y ello básicamente por razones competenciales.

La materia objeto de las Directivas mencionadas, ni es nueva, ni está falta de regulación, ni ésta es escasa ni tampoco está exenta de tradición jurídica. Todo lo contrario, pues la temática relativa a los defectos en la compraventa hunde sus raíces en una tradición histórica que se remonta al Derecho romano, posee una regulación tanto en el Código civil, el Código de comercio y otras leyes más recientes como el TRLGDCU⁸.

Con las directivas mencionadas de 1999 y 2019 se retoca el resultado de siglos de evolución de la tradición jurídica europea y en concreto de los ordenamientos nacionales en materia del régimen de garantías edilicias o de vicios redhibitorios, para adaptarlo a las nuevas condiciones jurídicas y económicas y a las exigencias de un nuevo mercado único donde se hace preciso otorgar un alto nivel de protección y de confianza a los agentes protagonistas del mismo, los consumidores.

Con ello se facilitará la libre circulación del consumidor activo⁹ para poder realizar adquisiciones en cualquier Estado miembro, y se eliminarán las distorsiones generadas por la concurrencia de legislaciones resultantes de la disparidad de regímenes relativos a ventas de bienes de consumo.

Pero esta especie de cuña que supuso en su día la Directiva 1999/44 en el sistema tradicional jurídico relativo al saneamiento por vicios ocultos, no fue fruto de la espontaneidad, sino que tras ella subyacía el cambio que ha

7 A título de ejemplo, la Directiva 85/577/CEE del Consejo de 20 de diciembre, relativa a la protección de los consumidores en el caso de contratos celebrados fuera de establecimientos mercantiles; o la Directiva 93/13/CEE del Consejo de 5 de abril, sobre cláusulas contractuales abusivas; o la Directiva 97/7/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia, derogadas o modificadas por la Directiva 2011/83/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores.

8 ORTÍ VALLEJO, Antonio, “El nuevo régimen de los defectos de la cosa vendida en la Directiva 1999/44: criterios generales para su transposición”, *Aranzadi civil (ArC)*, nº 9, septiembre 2001, p. 16; idem en *Los defectos de la cosa en la compraventa civil y mercantil. El nuevo régimen jurídico de las faltas de conformidad según la Directiva 1999/44/CE*, Granada, 2002, p. 7.

9 Se considera consumidor activo aquél que cruza las fronteras para adquirir un bien en otro Estado miembro; en cambio, el consumidor pasivo es el que adquiere el producto de procedencia extranjera en su propio país (Cfr. PARDOLESI, “La Direttiva sulle garanzie nella vendita: ovvero, di buone intenzioni e risultati opachi”, *Rivista Critica di Diritto Privato (RCDP)*, 2-3, 2001, p. 441).

sufrido el Derecho de obligaciones en el siglo XX y el surgimiento de un nuevo foco de interés por parte del legislador: la protección del consumidor como parte débil del contrato. Si en el siglo XIX al legislador nacional le preocupaba la protección, por su situación de debilidad, de ciertas personas como los menores o discapacitados, un siglo después se ha preocupado por personas totalmente capaces, pero que los cambios socio-económicos les han colocado en una situación de inferioridad en la contratación frente a la prepotencia del empresario: el consumidor. Siempre han estado en situación de inferioridad y lo que hay es una fuerza cultural de protección a la parte más débil.

Perú no ha sido ajeno a este cambio y de ello nos percatamos en la lectura de los artículos 18 y ss del Código de Protección y defensa del Consumidor Ley nº 29571 (publicada el 2 de septiembre de 2010). Se habla de “idoneidad” (“entendida como la correspondencia entre lo que un consumidor espera y lo que efectivamente recibe”, art. 18), y de “falta de conformidad” (“falta de conformidad entre la publicidad comercial de los productos y servicios y éstos”, art. 19), términos que la ley parece tratar como sinónimos.

Mención especial merecen también los principios de Derecho contractual latinoamericanos en los que también tiene entrada la falta de conformidad¹⁰.

En el presente trabajo abordaremos la responsabilidad del vendedor y proveedor o productos ante a falta de conformidad, partiendo esencialmente de la reciente Directiva del 20 de mayo de 2019 y la legislación peruana. Para ello trataremos previamente y de forma breve la falta de conformidad.

2. LA FALTA DE CONFORMIDAD COMO INDICADOR DE LA RESPONSABILIDAD

Es posible que una vez adquirido un bien y entregado al comprador se descubra en el mismo una anomalía cualitativa, es decir, la existencia de algún defecto o vicio, o una calidad diferente de la que se esperaba, o la entrega de una cosa distinta de la que se pretendía.

En nuestro ordenamiento se han diseñado varias soluciones para proteger al comprador-consumidor. Saneamiento por vicios ocultos, falta de conformidad, productos defectuosos, garantías, incumplimiento, *aliud pro alio*, etc., todos son conceptos que directa o indirectamente arrancan o pueden arrancar de un mismo supuesto de hecho: las anomalías cualitativas de las cosas. La realización de ese supuesto de hecho tiene como consecuencia la activación de un conjunto de acciones con distintas peculiaridades. Sin embargo, hay que ser prudente

10 I. DE LA MAZA, C. PIZARRO, Á. VIDAL, *Los principios latinoamericanos de Derecho de los contratos. Texto, presentación y contenidos fundamentales*, BOE, Madrid, 2017. El artículo 86, norma con la que se inicia la Sección 1 (Del incumplimiento en general), define el incumplimiento del contrato, en los siguientes términos: (2) El cumplimiento imperfecto comprende toda disconformidad entre lo acordado y lo ejecutado por el deudor.

y cauto con tal afirmación, pues todos esos conceptos tienen peculiaridades específicas, y a veces se complementan y otras pueden repelerse, por lo menos así se considera a nivel doctrinal o jurisprudencial. Se trata, en todo caso de remedios parciales que han ido apareciendo para cubrir las carencias del sistema de protección ante la ausencia de un remedio amplio y flexible.

No hay que olvidar que existen varios modelos de compraventa en el ordenamiento jurídico español. Aparte del modelo diseñado en el Código civil y el del Código de comercio (con los mismos problemas que ha suscitado el Código civil), existe el del TR-LGDCU, el de la Convención de Naciones Unidas (CV), sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías. Además, el Derecho contractual europeo que ha ido promulgando principios que aluden al tema. Cada uno de estos modelos regula a su vez el problema de la entrega de bienes con anomalías cualitativas, intentando superar las carencias de los códigos decimonónicos. Sucede, sin embargo, que los mecanismos jurídicos para reaccionar frente a las anomalías cualitativas son complejos y no siempre coincidentes en los modelos anunciados, y, además, cada modelo está pensando en bienes que tampoco son del todo coincidentes.

De todas estas soluciones o modelos aquí interesa la falta de conformidad, especialmente el reflejado en la legislación de consumidores. Antes de la normativa de consumidores la protección del consumidor ante la compra de un producto que adolecía de algún vicio oculto se instrumentaba a través de las acciones edilicias (acción redhibitoria y acción estimatoria, arts. 1511 y 1513 Cc peruano y arts. 1484 ss Cc español). El problema de dichas acciones viene marcado por el breve plazo para ejercitarlas (en Perú según el art. 1514 Cc: tres meses si se trata de bienes muebles y seis meses de inmuebles; y en España seis meses desde la entrega del bien) y por los límites del concepto de vicio oculto. Esta brevedad generó en el Tribunal Supremo la defensa de la compatibilidad entre las acciones edilicias y las acciones generales del incumplimiento contractual.

Con su antecedente más remoto en la Convención de Viena de 1980, el TR-LGDCU se refiere a la “falta de conformidad”. Es un término con un alcance más amplio que el de “vicio oculto” ya que actúa como parámetro para delimitar la responsabilidad del vendedor en el caso de que el producto entregado no coincida con lo pactado. Se trata de una responsabilidad independiente de la culpa, dado que se adopta un sistema de responsabilidad objetivo. Ello es así porque el TR-LGDCU pretende asegurar la satisfacción normal que de un determinado producto pueda derivarse.

La obligación de entrega del vendedor incluye, entre otras, la obligación de que el objeto sea idóneo (exento de vicios y dotado de las cualidades necesarias) para el fin contractualmente fijado. Dado que esto no está tan claro en nuestro ordenamiento (art. 1461 Cc) y ha generado cierta disputa doctrinal,

se puso de relieve, con carácter general, la necesidad de reconocer legalmente que el programa típico económico de la prestación del vendedor incluye hacer al comprador propietario libre de cargas de una cosa de la calidad, cualidades o propiedades pactadas o, en defecto de pacto, de las adecuadas al uso al que normalmente se destina. La delimitación de la obligación de entrega y el cumplimiento contractual se hacen depender de una determinada configuración del objeto de la prestación. No se cumple sólo entregando puntualmente lo pactado, sino que además, lo entregado debe reunir las condiciones que ordinariamente le son propias¹¹.

Con la expresión “falta de conformidad” se ha adoptado una noción unitaria que comprende toda prestación inexacta, en la cual se absorben las varias hipótesis de vicios, ausencia de calidad, defectos de cantidad, tipo o modelo, o diversidad de bienes (*aliud pro alio*). Así pues, la falta de conformidad supone la integración de todas las manifestaciones de incumplimiento contractual o cumplimiento defectuoso, incluida la existencia de defectos en la cosa. Puede definirse la conformidad como la necesidad de que la cosa entregada por el vendedor se adecue a las exigencias cualitativas y cuantitativas que impone el contrato¹².

Desde el Derecho romano hasta el CV el Derecho regulador del incumplimiento ha estado dominado por la presencia de la regulación del contrato de compraventa como directriz para elaborar el sistema completo de consecuencias derivadas del incumplimiento de un deber contractual en general. La vía usual para que el comprador pudiera incumplir el contrato de compraventa ha sido el impago de la cantidad debida y para el vendedor la no entrega o entrega retrasada. Sin embargo, la discusión, desde siempre, se ha generado a partir de la cuestión de determinar si la entrega defectuosa debe considerarse incumplimiento o, por el contrario, generadora del régimen de saneamiento por vicios ocultos.

La cuestión es importante porque la calificación de incumplimiento puede permitir al comprador alejarse de la rigidez del régimen de saneamiento por vicios. Por eso, los ordenamientos, no sólo el nuestro, han acudido a la figura del *aliud* para aplicar las normas del incumplimiento. El problema es que nunca ha habido reglas claras para delimitar los defectos del *aliud*. Esta configuración conduce, sin embargo, a resultados insatisfactorios haciendo que el resultado final del juicio haya de depender de las particularidades arbitrarias fundadas en criterios abusivos e indefinidos.

11 LLACER MATA CÁS, “La responsabilidad del vendedor de cosa defectuosa: la transposición de la Directiva 1999/44/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo”, *Carta Mercantil*, nº 26, julio de 2001, p. 3.

12 BECH SERRAT, J., “Reparar y sustituir cosas en la compraventa: evolución y últimas tendencias”, *InDret*, Barcelona, Enero 2010, www.indret.com, p. 5

La fuente del conflicto anterior no es otro que la inexistencia de un concepto amplio y unitario de incumplimiento en los códigos de tradición romana, a diferencia del Derecho anglosajón donde se contiene una noción más pragmática de incumplimiento (*breach of contract*), donde se incluyen los supuestos de cumplimiento defectuoso y no se singulariza, por tanto, la figura del saneamiento.

Las diferencias entre ambos sistemas son muy significativas. Mientras que en el sistema continental o de tradición romana el contrato obligacional se concibe prioritariamente como un vínculo de genera deberes, en el otro prevalece la idea de garantía de un resultado a cargo del deudor sobre la idea de deber o de obligación y permite una construcción unitaria de la responsabilidad contractual en torno a la noción de ruptura del contrato (*breach of contract*) que agrupa a todos o a casi todos los problemas referentes a la falta de realización o ejecución de los “términos del contrato” (ausencia de cumplimiento, cumplimiento defectuoso, retraso, etc.), por lo que abarca todo lo que implique que el contrato no se ha desenvuelto en su realización o cumplimiento en los términos previstos en él.

Pues bien, es hacia este sistema angloamericano hacia el que se orientan las nuevas regulaciones contractuales, por ejemplo, entre otros, los *Principios de UNIDROIT* y los *Principles of European Contract Law* (PECL), el DCFR y también en su día el CV. En ellos se encuentra un enunciado que comprende todas las formas de incumplimiento contractual: el término *non performance* (art. 7.1.1 de los Principios UNIDROIT, y art. 8:101 de los PECL) como aglutinador de cualquier tipo de incumplimiento de los deberes contractuales, sin tener en cuenta la manera en que el incumplimiento ha tenido lugar. Es un concepto que cubre todas las vías de no ejecución de cualquier obligación derivada del contrato, ya sea un cumplimiento defectuoso, un cumplimiento fuera de tiempo debido, la violación de una obligación accesoria, etc. Esta evolución supone una ruptura frente a los sistemas civiles europeos y representa una tendencia más adecuada a instaurar un completo catálogo de definición de incumplimiento. Así pues, el objeto de la *non performance* como concepto es unificar las diferentes maneras de incumplimiento de los deberes contractuales.

La Directiva 1999/44/CE con la falta de conformidad pretendió acercar el Derecho civil continental al Derecho anglosajón y en el mismo espíritu se mantiene la Directivas 2019/771. Esto lo consigue con la ampliación del concepto de vicio oculto a costa del propio del incumplimiento contractual, con una aplicación (incluso preferente) de los mecanismos propios del incumplimiento para la corrección de la anomalía, ya que la conformidad con el contrato se consigue reparando o sustituyendo el bien y sólo en el supuesto de resultar estos mecanismos infructuosos, se acudirá a la reducción del precio o a la resolución del contrato. Por tanto, el acercamiento entre vicio e incumplimiento es evidente, pero se trata de un acercamiento de la parte al todo, ya que la falta de

conformidad es un supuesto de *non performance*, ya que éste último concepto también abarca la falta de entrega, la entrega en lugar distinto o plazo diferentes al estipulado, etc., cuestiones estas últimas no reguladas en la Directiva.

Así pues, el *non-conforming performance* es una noción amplia que abarca todo tipo de *breaches* (incumplimiento) consistente en un incumplimiento (*debtor's failure*) atribuido al deudor distinto de la falta de entrega. El *non-conforming performance* (cumplimiento defectuoso) y el *no performance at all* (ausencia de cualquier prestación), se aglutinan en el concepto de *non-performance*.

A través de la categoría de la “falta de conformidad” instaurada en la Directiva -siguiendo los pasos del CV e indirectamente los del *Common law*-, se aproxima el supuesto de vicios y el de incumplimiento (aunque se realice sin un expreso pronunciamiento al respecto), unificando a la vez sus remedios e incluso acumulando a los mismos la indemnización de daños y perjuicios (a pesar de que éstos se relegan a la decisión de las legislaciones nacionales).

Sin embargo, el panorama que se dibuja en nuestro ordenamiento con la postura adoptada por el legislador español ante la transposición de la Directiva y reflejado ahora en el TR-LGDCU es desconcertante. Nos acercamos a la figura de la *non-performance* a través de la incorporación de los vicios en el concepto general de incumplimiento, pero ahí se detiene el proceso; y además este acercamiento ya lo ha ido realizando la jurisprudencia, por lo que pocas novedades nos ha aportado el TR-LGDCU. Se perpetúan los conflictos existentes hasta el momento: más de un modelo de compraventa con remedios no siempre coincidentes. Es el ámbito subjetivo y objetivo de la compraventa el que determinará la normativa a aplicar. Debería haberse aprovechado la ocasión para retocar el Código civil.

Por lo que a nosotros no interesa, es preciso detenernos en la entrega (“el vendedor estará obligado a entregar”, art. 114 TR-LGDCU). El concepto de entrega y las obligaciones que del mismo dimanar, no sólo es decisivo para establecer el momento del pago del precio y en su caso de la transmisión de los riesgos, sino que pone en juego, además, la obligación del comprador de proceder a la recepción del bien realizando todos los actos que razonablemente quepa esperar de él para que el vendedor pueda efectuar la entrega. Además, es en el momento de la entrega cuando debe apreciarse la existencia o no de conformidad, sin embargo, el hecho de que el defecto deba estar presente en el momento de la entrega no supone que deba manifestarse necesariamente en ese momento, basta que el defecto exista en potencia, incluso si el mismo se manifiesta en un momento posterior.

En Perú, como anunciábamos en un inicio, también se ha hecho eco de la falta de conformidad en la Ley 29571, aunque usa indistintamente la palabra “idoneidad” o “falta de conformidad”.

3. SUJETO RESPONSABLE DE LA FALTA DE CONFORMIDAD: EL VENDEDOR EN ESPAÑA, EL PROVEEDOR EN PERÚ.

La regulación española de consumidores no define al vendedor y así se pone de manifiesto en la EM III, donde se afirma que “aunque no se define, por remisión a la legislación civil, es quien interviene en un contrato de compraventa, en el caso de esta ley, actuando en el marco de su actividad profesional”. Sin embargo, sí nos señala quien es el “empresario”: aquella persona física o jurídica que actúa en el marco de su actividad empresarial o profesional, ya sea pública o privada, (art. 4 TR-LGDCU); el “proveedor”: el empresario que suministra o distribuye productos en el mercado, cualquiera que sea el título o contrato en virtud del cual realice dicha distribución (art. 7 TR-LGDCU); y el “productor” (art. 5 TR-LGDCU). El término empresario engloba al “vendedor” (arts. 118, 119, 123.5); “productor” (art. 124), “garante” (art. 125.3.b)¹³.

Sí define al vendedor la Directiva 2019/771: “toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúa, incluso a través de otra persona que actúe en su nombre o por su cuenta, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresa, oficio o profesión, en relación con los contratos regulados por la presente Directiva” (art. 2.2)¹⁴, advirtiendo en el considerando 23 que “los prestadores de plataformas pueden ser considerados vendedores a los efectos de la presente Directiva si actúan con fines relacionados con sus propias actividades y en calidad de socio contractual directo del consumidor en la compraventa de bienes”.

La SAP A Coruña 10 julio 2006, parte de la definición de vendedor de la Dir. 1999/44/CE y señala que de esta definición se extraen dos notas que caracterizan a este sujeto. La primera de ellas es la condición de empresario o profesional: ha de tratarse de una persona -física o jurídica en este caso- que vende bienes de consumo en la órbita de su actividad en el mercado. El vendedor es, por lo tanto, el empresario que aparece siempre en el polo opuesto del consumidor dentro de la relación jurídica de consumo, y frente al cual precisamente se pretende proteger al consumidor de productos para uso privado. En segundo lugar, el empresario debe estar ligado con el consumidor a través de un contrato. El empresario a

13 BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Comentarios al art.4 TR-LGDCU, en *Comentario del Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, Coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Thomson-Aranzadi, 2009, p. 103.

14 La Dir. 1999/44/CE en su art. 1.2.c también definía al vendedor: “cualquier persona física o jurídica que, mediante un contrato, vende bienes de consumo en el marco de su actividad profesional”. La Directiva 2011/83/UE sobre derechos de los consumidores de 25 de octubre de 2011, en sede de garantías, prefiere usar la expresión “comerciante” en vez de “vendedor” (y en el art. 2.2 lo define como “toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe, incluso a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresa, oficio o profesión en relación con contratos regulados por la presente Directiva”).

estos efectos ha de ser, en consecuencia, el que directamente vende los bienes al consumidor, quedando fuera de la definición todos los sujetos anteriores de la cadena de producción-distribución del bien.

En todo caso, quedan excluidas de la condición de vendedor las actuaciones de éste fuera de su actividad profesional, es decir, las ventas privadas y aisladas de bienes que son de consumo pero no contribuyen o no forman parte del ámbito propio de su actividad, ya que en tal supuesto actuará como particular (por ejemplo, el distribuidor de pan que decide vender una de las furgonetas que utiliza en su actividad)¹⁵; y también quedan excluidos los contratos entre profesionales o comerciantes y las ventas realizadas por un vendedor no profesional. Esta última exclusión tiene su fundamento en la ausencia de desigualdad en el respectivo poder de negociación de las partes dado el carácter no profesional del vendedor y ante ventas operadas por un vendedor no profesional, la combinación de las normas de Derecho general sobre fraude, error y sobre los deberes de información precontractual parecen más adecuadas para controlar la posible conducta oportunista de dicho vendedor no profesional. Toda la normativa especial está prevista para proteger al consumidor frente al profesional, no para los contratos entre particulares –o consumidores- que se siguen rigiendo únicamente por el Código civil.

Ahora bien un vendedor no puede alegar la ausencia de tal condición por el hecho que se dedique ocasionalmente a la venta de vehículos, cuando su actividad principal es el alquiler de los mismos. Una parte de su actividad empresarial, aunque no la principal, es la venta de vehículos, lo que constituye una actividad residual y complementaria de lo que es objeto principal de su negocio, por lo que la venta de vehículos usados se encuentra incluida en el marco de su actividad empresarial (SAP Santa Cruz de Tenerife 12 julio 2006). Ni tampoco puede alegar la ausencia de tal condición de vendedor por el hecho de vender un vehículo “quad” que consta administrativamente a nombre de un tercero (SAP Zaragoza 22 abril 2008).

El vendedor será responsable por falta de conformidad a pesar de que exista una entidad aseguradora que cubre los riesgos de defectos de un producto. La posible responsabilidad de quien garantiza no excluye la propia del vendedor (al igual que el aseguramiento de un vehículo no excluye la responsabilidad de su conductor). En estos casos el consumidor puede pedir responsabilidad, en todo caso, al vendedor, y si lo desea, también a quien garantice las consecuencias de una falta de conformidad, sin perjuicio de las posibles acciones de repetición entre vendedor y garante. Esta garantía sería un añadido en beneficio del

15 BUSTO LAGO, ALVAREZ LATA, PEÑA LÓPEZ, Reclamaciones de consumo. Derecho de consumo desde la perspectiva del consumidor, edit. Aranzadi, Navarra, 2005, p.65.

comprador pero en ningún caso limita, restringe ni elimina la responsabilidad de quien vende (SAP Madrid 14 julio 2008).

Sin embargo, en caso de duda, si se trata de un comisionista que actúa en nombre propio y omite el domicilio del vendedor, aquél responderá frente al consumidor (SAP Castellón 26 febrero 2008). En caso contrario hay que estar al art. 247.1 Cco.

A veces la responsabilidad del vendedor se extiende. Así, la SAP Guipúzcoa 10 abril 2006 establece que si por avería de una motocicleta se produce un accidente que le causa daños y la grúa que traslada el vehículo del lugar del accidente al taller también provoca daños en el chasis, se considera que el taller-vendedor ha de proceder a la reparación de todos ellos por ser el responsable del accidente (aunque en el supuesto finalmente se declara la resolución del contrato solicitada).

Así pues, en Europa el sujeto responsable de la falta de conformidad es el vendedor (como afirma, por ejemplo, el art. 10.1 de la Directiva 2019/771, “el vendedor será responsable ante el consumidor por cualquier falta de conformidad que exista en el momento de la entrega del bien y se manifieste en el plazo de dos años a partir de ese momento”; aunque puede desvincularse de tal responsabilidad en el supuesto previstos en el art. 7.2.4 de la Directiva. Según esto queda desvinculado, a primera vista el fabricante o productor de los bienes de consumo. Por productor se entiende “todo fabricante de un bien, importador de un bien en la Unión o persona que se presenta como productor indicando en el bien su nombre, marca u otro signo distintivo” (art. 2.3 Directiva 2019/771)¹⁶.

La responsabilidad del vendedor no ha estado exenta de críticas, puesto que en un proceso de producción en masa como el que vivimos en la actualidad, la falta de conformidad en el producto suele escapar de la esfera de control del vendedor, siendo materialmente imputable al productor, quien a tenor de la norma comunitaria no está en primera línea de tal responsabilidad. Además, el productor o fabricante es quien puede tener mayor interés en la eficacia de la garantía y quien se encuentra en mejores condiciones de prestarla a través de unos buenos servicios técnicos de reparación y asistencia a los consumidores al ser quien mejor conoce el producto. Cabe añadir también que, si es el vendedor el que responde, en el caso de tratarse de una compra transfronteriza, las dificultades pueden incrementarse puesto que el consumidor deberá contar con los datos necesarios de identificación y radicación del vendedor o comerciante y su establecimiento, cosa que en ciertas ocasiones puede

16 La responsabilidad del vendedor fue objeto de fuertes críticas por parte del European Consumer Law Group (ECLG), es decir, el grupo de juristas especializados en la materia de consumo procedentes de diversos países europeos, por considerarla incoherente con el hecho de que el fabricante es el verdadero responsable de los vicios o defectos de los bienes que produce y distribuye en el mercado. (Cfr. LETE ACHIRICA, “La Directiva sobre la venta y las garantías de los bienes de consumo de 25 de mayo de 1999 y su transposición en el Derecho Español”, *Actualidad Civil*, n. 42, 1999, pp. 1369-1370).

ser difícil, pues puede resultar más fácil de localizar y dirigirse al fabricante que al vendedor, dada la comercialización masiva actual.

Además, puede suceder que el vendedor final haya desaparecido del mercado antes del transcurso del plazo de los dos años, o que éste resulte ser insolvente.

Sin embargo, la decisión comunitaria, favoreciendo probablemente el ejercicio de los derechos que asisten al consumidor dada su cercanía con el vendedor, no impide la posibilidad de que éste último pueda acudir a su derecho de repetición frente al productor, confiando la regulación de todos estos aspectos a la normativa nacional (art. 18 dir 2019/771)¹⁷.

En la antigua ley de consumidores española nada se precisaba en torno a la responsabilidad directa del productor o fabricante (su art. 11.2 sólo afirmaba que “el productor o suministrador deberá entregar una garantía que, formalizada por escrito...”), no obstante, los tribunales entendían que la responsabilidad de dichos sujetos era solidaria¹⁸. La jurisprudencia entendía que había una concurrencia entre el vendedor y el fabricante, pero no es que efectivamente concurrieron al daño los comportamientos del fabricante o vendedor, sino que

17 Art. 18: “Derecho de repetición. Cuando el vendedor sea responsable ante el consumidor de la falta de conformidad resultante de una acción u omisión, en particular la omisión de suministrar actualizaciones de bienes con elementos digitales, de conformidad con el artículo 7, apartado 3, de una persona en fases previas de la cadena de transacciones, el vendedor podrá emprender acciones contra la persona o personas responsables en la cadena de transacciones”.

El legislador comunitario de la Directiva 1999/44 viene a justificar esta decisión afirmando que la responsabilidad del vendedor es “la solución tradicional consagrada en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros”, circunstancia que no le ha de impedir a éste la posibilidad de “entablar acciones contra el productor, el vendedor anterior o contra cualquier otro intermediario de la cadena contractual salvo que hubiese renunciado a ese derecho” (considerando 9).

En la Directiva 2019/771, se afirma que “el vendedor debe poder emprender acciones contra la persona responsable en fases previas de la cadena de transacciones (...), la presente Directiva no debe afectar al principio de libertad contractual entre el vendedor y otras partes de la cadena de transacciones. Los detalles sobre el ejercicio de este derecho, en particular contra quiénes y cómo se deben emprender dichas acciones, así como si dichas acciones son de naturaleza obligatoria, deben ser establecidos por los Estados miembros. La presente Directiva no debe regular la cuestión de si también el consumidor puede reclamar directamente contra una persona que interviene en fases anteriores de la cadena de transacciones, excepto en aquellos casos en que el productor ofrezca al consumidor una garantía comercial con respecto a los bienes” (considerando 63).

18 Destaca por su interés la STS de 20 de octubre de 1990 (R.JA 8028). En este supuesto la garantía del vehículo comprado por el consumidor la había dado el fabricante y sin embargo, el consumidor la exigió del vendedor/concesionario, excepcionando éste falta de legitimación pasiva. El consumidor interpuso recurso de casación y según el TS, los arts. 11 y 27.1.a) LGDCU establecen una responsabilidad solidaria de carácter legal a favor del consumidor, enumerándose como deudores obligados a todas aquellas personas que hubieren concurrido al daño; en el presente caso el fabricante, el importador y el vendedor o suministrador, solidaridad a la cual el consumidor no había renunciado.

También las Audiencias Provinciales afirman la responsabilidad solidaria del productor y suministrador de la garantía: SAP Orense, de 15 de diciembre de 1993 (El Derecho 1993/13234), SAP Tarragona, de 16 de diciembre de 1993 (AC 1118); SAP de Asturias, de 13 de febrero de 1998 (El Derecho 1998/4562); SAP Burgos, de 23 de octubre de 1998 (El Derecho 1998/29539), etc. En contra SAP de Murcia de 24 de febrero de 1997 (RA 469), donde se afirma que el art. 27.1 LGDCU es una norma de legitimación pasiva que no establece la solidaridad en relación con la responsabilidad; para determinar dicha solidaridad ha de analizarse cada supuesto concreto, en el sentido de constatar si hubo concurrencia de comportamientos. Sólo si varias personas concurren en la causación del daño, se responderá solidariamente (art. 27.2 LGDCU).

el mero hecho de haber intervenido en la fabricación y en la distribución de los bienes permite defender la concurrencia de aquéllos. Si ésta es la argumentación de los tribunales, hay que advertir que es criticable desde la perspectiva técnica, aunque no desde la efectiva protección del consumidor, ya que ni el art. 11.2 ni el 27.1.a) LGDCU establecían una responsabilidad solidaria por el mero hecho de haber participado en la cadena de producción y de distribución del bien de consumo hasta que el mismo llegara a manos del consumidor¹⁹. A pesar de ello algunos tribunales aplicaron dicha responsabilidad solidaria.

Sin embargo, hay una cuestión en la que hay que detenerse. Si se admite la responsabilidad del productor frente al consumidor que no haya contratado con él, sino con el vendedor, se contradice el principio de eficacia relativa de los contratos (art. 1257.1 Cc). ¿Cómo puede responder por insatisfacción de un contratante quien no es parte en el contrato celebrado con el consumidor?. Sucede, sin embargo, sorprendentemente que las declaraciones públicas de un sujeto, el productor, realizadas para promover la venta del producto, en las que tiene interés, puedan vincular al vendedor pero no a él.

Para superar la dificultad dogmática de la relatividad contractual, puede considerarse al vendedor como lo que es: parte en el contrato y obligado con él, y al productor garante de la satisfacción del interés del consumidor en ese mismo contrato. Esta posición de garante permite canalizar la protección del consumidor dentro del marco del contrato y articular las responsabilidades concurrentes del vendedor y del productor. Un marco jurídico adecuado para exigir esta responsabilidad es el de la garantía. Ser garante no es otra cosa que cubrir un determinado riesgo, en este caso el riesgo de la insatisfacción del interés contractual del consumidor²⁰.

19 Estos artículos se referían a los sujetos responsables de forma disyuntiva y el art. 27.2 establecía el régimen de responsabilidad solidaria sólo si los legitimados pasivos habían concurrido efectivamente en la causación del daño. FENYO PICÓN, “Cláusulas restrictivas...”, *op. cit.*, pp. 2469-2473. Véase la detallada argumentación doctrinal y jurisprudencial allí reproducida.

20 Ésta es la opinión de MORALES MORENO, “Declaraciones públicas y vinculación contractual (reflexiones sobre una Propuesta de Directiva)”, *Anuario de Derecho Civil*, 1999-I., p. 285. Al parecer de LETE ACHIRICA, “La Directiva...”, *loc. cit.*, p. 1370, al no existir en nuestro ordenamiento una acción directa del comprador frente al fabricante, sólo cabría acudir a la figura del contrato a favor de tercero o promesa de hecho ajeno, en cuya virtud una de las partes, en nombre propio, promete a la otra la prestación que debe cumplir una tercera persona extraña al contrato. Aplicándolo en materia de garantías, la responsabilidad del fabricante, en los términos declarados por el vendedor, sólo surgiría si aquél consintiese en ese sentido. En caso contrario el vendedor estaría obligado a indemnizar al comprador por los daños y perjuicios que le causase la falta de conformidad del bien vendido. La tesis de este último autor también la recoge AVILÉS GARCÍA, “Problemas de derecho interno que plantea la incorporación y aplicación de la directiva 1999/44/CE sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo”, *Actualidad Civil*, nº 4, 2000, pp. 1201-1202, y añade que la responsabilidad directa del productor podría justificarse “o bien como una exigencia de la buena fe, y que constituiría una manifestación de la responsabilidad por la confianza o, si acaso, en segundo lugar, como un supuesto de responsabilidad objetiva o de atribución de riesgo. (...) la garantía del productor debería circunscribirse al interés del cumplimiento o satisfacción del contrato, excluyéndose así de la misma tanto la indemnización por los daños subsecuentes, personales o materiales, que tengan su origen en un producto adquirido defectuoso (habría que aplicar aquí la LRPC de 6 de julio de 1994) como también aquellas otras indemnizaciones que puedan derivarse de daños puramente patrimoniales, de difícil cálculo, y cuyo cumplimiento podría conducir a una responsabilidad económicamente insoportable”.

En cualquier caso, cabe advertir que la responsabilidad atribuida al vendedor en el actual TRLGDCU no excluye responsabilidad directa del fabricante, pues su art. 124.1 regula una acción contra el productor: “cuando al consumidor y usuario le resulte imposible o le suponga una carga excesiva dirigirse frente al vendedor por la falta de conformidad de los productos con el contrato podrá reclamar directamente al productor con el fin de obtener la sustitución o reparación del producto”.

La legislación peruana, sin embargo, considera que es el proveedor el que responde por la idoneidad y calidad de los productos y servicios ofrecidos (art. 19 de la Ley nº 29571 Código de Protección y defensa del consumidor), definiendo al proveedor en su art. 4 como “Las personas naturales o jurídicas, de derecho público o privado, que de manera habitual fabrican, elaboran, manipulan, acondicionan, mezclan, envasan, almacenan, preparan, expenden, suministran productos o prestan servicios de cualquier naturaleza a los consumidores. En forma enunciativa y no limitativa se considera proveedores a:

1. Distribuidores o comerciantes.- Las personas naturales o jurídicas que venden o proveen de otra forma al por mayor, al por menor, productos o servicios destinados finalmente a los consumidores, aun cuando ello no se desarrolle en establecimientos abiertos al público.
2. Productores o fabricantes.- Las personas naturales o jurídicas que producen, extraen, industrializan o transforman bienes intermedios o finales para su provisión a los consumidores.
3. Importadores.- Las personas naturales o jurídicas que importan productos para su venta o provisión en otra forma en el territorio nacional.
4. Prestadores.- Las personas naturales o jurídicas que prestan servicios a los consumidores.” Artículo IV Código de consumo. Observamos que la protección del consumidor es más amplia, observando en este caso con más claridad una responsabilidad solidaria entre todos los miembros de la cadena de producción.

Observamos que la regulación peruana es más envolvente. El concepto de proveedor aglutina al distribuidor o comerciante (a quien en España se considera “vendedor”), al fabricante, importadores, o prestadores. Con ello se beneficia más al consumidor pues parece permitir que se dirija contra cualquiera de los miembros de la cadena pues todos se aglutinan bajo el concepto de “proveedor”.

4. LA ACCIÓN DIRECTA DEL CONSUMIDOR FRENTE AL PRODUCTOR Y LA ACCIÓN DE REGRESO DEL VENDEDOR FRENTE AL PRODUCTOR. ART. 124 TRLGDCU

En la legislación de consumo española, como se ha indicado, se reconoce una acción del vendedor que ha respondido por la falta de conformidad frente al fabricante. Impuso esta acción la Directiva de 1999, y ahora la Directiva de 2019

vuelve a incidir en la misma. Así, el art. 18 de la Directiva 2019/771, contempla la posibilidad de que el vendedor responsable frente al consumidor disponga de acciones contra la persona responsable en la cadena de transacciones, sea el productor o cualquier vendedor intermedio, atribuyendo a la legislación nacional su determinación, así como las acciones y las condiciones de ejercicio correspondientes. Obsérvese que la Directiva (tal como hacía la de 1999) no califica técnicamente esta acción, por lo que no tiene que tratarse necesariamente de una acción de regreso²¹.

El precepto remite al Derecho interno que deberá determinar el responsable/ es frente a los que el vendedor podrá emprender la acción; la cuantía por la que el vendedor podrá accionar; si los responsables son varios, habrá que determinar cómo responde frente al vendedor (si puede exigir el todo frente a cualquiera de ellos, o sólo en proporción a su participación en la falta de conformidad); todo lo concerniente al plazo de la acción; etc. La cuestión, por tanto, es más compleja de lo que pueda parecer.

En todo caso, el Ordenamiento jurídico español ya tiene actualmente regulada la acción directa del consumidor frente al fabricante ante una falta de conformidad y la acción de regreso del vendedor que ha respondido de la falta de conformidad frente al fabricante en su art. 124 TRLGDCU. Veremos si con la transposición de la Directiva 2019/771 se mantiene la regulación actual o se modifica. El estudio de estas acciones merece un análisis más detallado.

4.1. El productor como responsable ante la falta de conformidad

EL TR-LGDCU distingue al “vendedor” del “productor”, considerando a este último como responsable de una falta de conformidad con ciertas peculiaridades, otorgando al consumidor una acción directa contra el mismo.

La definición de productor no se recoge en este artículo sino en el art. 5 TR-LGDCU²². Se define al productor como “al fabricante de un bien o prestador de un servicio o su intermediario, o al importador del bien o servicio en el Territorio de la Unión Europea, así como cualquier persona que se presente como tal al indicar en el bien, ya sea en el envase, el envoltorio o cualquier otro elemento de protección o presentación, o servicio su nombre, marca u otro signo distintivo” (art. 5 TR-LGDCU). Esta distinción resulta eficaz para

21 Las exigencias de la Directiva estarían cubiertas siempre que el vendedor dispusiera de alguna acción contra el responsable de la falta de conformidad que le permitiera reintegrarse de los costes incurridos en el cumplimiento. Pero por no constituir una acción de este tipo, las exigencias del art. 18 no quedarían satisfechas por una “llamada en garantía” (similar a la prevista en el art. 1483 Cc para los supuestos de saneamiento por evicción en la compraventa), es decir, por el solo hecho de permitir que el vendedor demandado por el consumidor pudiera llevar a pleito a los restantes intervinientes en la cadena de distribución a fin de que estos pudiesen coadyuvar en la defensa del vendedor demandado.

22 BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Com. art. 5 TR-LGDCU, p. 107 lo critica considerando más oportuno haber conservado la definición en el art. 124.

determinar el sujeto obligado a responder frente al consumidor ante la falta de conformidad del bien con el contrato. Se ha incluido al prestador de servicios, al intermediario y la circunstancia de que la identificación del productor o fabricante aparente puede realizarse en el propio bien, envase, envoltorio o cualquier otro elemento de protección o presentación del mismo.

El art. 124 TR-LGDCU sólo menciona al productor como responsable. Es por ello que la SAP Madrid 8 mayo 2008 no aplicó la legislación de consumo al ejercitar la acción contra el servicio técnico y no contra el vendedor o el productor. Destaca también la SAP Murcia 30 mayo 2006 en la que se afirma que el vendedor y productor son responsables directos frente al consumidor, que su responsabilidad es objetiva y quedan obligados al saneamiento de defectos que puedan ser imputables a otros intervinientes en la correspondiente cadena o proceso de producción, distribución y comercialización. Incide en la responsabilidad solidaria frente al consumidor de todos los intervinientes en el proceso de producción, distribución y venta.

Sin embargo, la definición no menciona al distribuidor, y a este respecto la SAP Valencia, 16 junio 2008, en la que el vendedor demanda al distribuidor de la marca Hyundai de TVE por una falta de conformidad de la que tuvo que hacerse cargo, el demandado alega que no le alcanza la condición de productor, pues sólo es distribuidor del bien por lo que la acción debe ejercitarse contra el fabricante del televisor. Pero la Sala, de los hechos deduce que si el demandado es el distribuidor de esos productos, necesariamente tiene la condición de importador, figura asimilada a la de fabricante, por lo que está legitimada pasivamente en el ejercicio de la acción de repetición por ser la entidad que vendió el producto al demandante quien a su vez lo vendió al consumidor, de ahí que deba responder frente aquél de la falta de conformidad. Además, ofreció garantía comercial.

La regla general del TR-LGDCU es que la responsabilidad por falta de conformidad corresponde al vendedor. En este sentido, en la SAP Madrid 3 abril 2008, la adquirente de un armario y cama reclama la rebaja del precio por falta de conformidad dado que no procedió la reparación en un plazo razonable. El vendedor alega que el retraso en la subsanación de las deficiencias es imputable al productor. El juez considera que resulta legalmente irrelevante dicho argumento dado que es el vendedor quien responde frente al consumidor y en todo caso tiene el derecho de repetir contra el productor. Se considera que el criterio legal exige al vendedor una especial diligencia en su labor de intermediario, encaminada a motivarle en el seguimiento de la reclamación formulada por su cliente, instando y requiriendo a sus proveedores para lograr un servicio eficaz y completo, por eso, la conducta pasiva y amparada en que son otros los causantes del retraso, se sanciona con la responsabilidad objetiva del precepto. Por

esto procede la indemnización de 300 por el retraso en la reparación de los muebles (como rebaja del precio).

En la SAP Ourense 22 septiembre 2008, se absuelve al fabricante del vehículo por carecer de legitimación pasiva. El único legitimado pasivamente es el vendedor en virtud del principio de relatividad. Considera que es cierto que como excepción a este principio, se permite al consumidor dirigirse contra el productor con el fin de obtener la sustitución o reparación en caso de falta de conformidad pero no lo es menos que la facultad se supedita a que resulte imposible o suponga una carga excesiva dirigirse frente al vendedor, circunstancias que en la sentencia no se dan.

En un sentido similar, en la SAP Vizcaya 18 junio 2007 relativa a un vehículo que sufre condensación en uno de los faros, se demanda al vendedor y no procede la estimación de la demanda frente a Volkswagen Audi España SA ya que la acción contra el productor sólo se contempla en el supuesto que “al consumidor le resulte imposible o le suponga una carga excesiva dirigirse frente al vendedor”, lo que no sucedía en el caso, dado que el vendedor ha sido también demandado.

También sigue este criterio la SAP Sevilla 16 junio 2005, donde el actor demanda conjuntamente al vendedor y fabricante de un teléfono móvil. La Sala considera que no procede dirigirse contra el fabricante pues considera que según el art. 10 LGVBC, la reclamación frente al fabricante procede cuando resulta imposible o excesivamente gravoso dirigirse frente al vendedor.

Sin embargo, subsidiariamente, el consumidor y usuario podrá dirigir sus reclamaciones “directamente” frente al productor (los argumentos favorables para reclamar directamente contra el productor están claramente expuestos por MARIN LÓPEZ, Com. art. 124, p. 1563). La SAP Navarra 13 febrero 2009 la califica de acción subsidiaria respecto de la del vendedor, “o más bien residual”. La interposición de la acción está supeditada a determinadas condiciones: a que le resulta imposible dirigirse contra el vendedor (por ejemplo, que el vendedor haya desaparecido –es el caso de la SAP Barcelona 5 diciembre 2007 donde el “consumidor” no pudo contactar con el vendedor y se dirige al fabricante de un ordenador para reclamar la sustitución de una placa base; haya sido declarado insolvente o en concurso, o en el caso de la exoneración del art. 116.1.d) TR-LGDCU), o le suponga una carga excesiva dirigirse frente a éste (puede deberse a que el vendedor rehúse persistentemente ocuparse del problema -como se manifiesta en la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo relativa a la aplicación de la Directiva 1999/44/CE (...), incluido el examen de si procede introducir la responsabilidad directa del productor de 24 de abril de 2007 COM (2007) 210 final-). Y aunque no lo diga la norma, la reclamación directa está restringida o limitada a las faltas de

conformidad que atañen a la actividad del productor. Con ello se evita que vendedor y productor se culpen mutuamente de responsabilidad (MARCO MOLINA). Estas circunstancias que permiten reclamar directamente al productor concurren en la SAP Madrid 6 julio 2007 al ser sumamente gravoso el dirigir la reclamación frente al vendedor ante los tribunales de Andorra por la compra de un amplificador, porque si ya lo es presentarla ante los Tribunales de Madrid estando el domicilio del actor en Lugo, es mucho más gravoso el hecho de tener que acudir ante los tribunales de otro Estado, en el que es discutible que exista una legislación protectora de los consumidores.

La acción de reclamación frente al productor es una acción directa que se otorga al consumidor, acción ya augurada con anterioridad al TR-LGDCU²³. La responsabilidad del productor, al igual que la del vendedor, es objetiva, respondiendo independientemente de su culpa. La SAP Castellón 11 abril 2004 señala que la responsabilidad es extracontractual, aunque situada en un contexto general de relaciones contractuales, y la acción prevista para exigir esa responsabilidad es directa, lo que implica que no se tengan que ejercitar después o simultáneamente a la que proceda contra el vendedor. Esta sentencia considera apropiado responsabilizar al vendedor ante una falta de conformidad puesto que se trata de una responsabilidad contractual, por incumplimiento, que únicamente puede ser imputable a quien interviene en el contrato e incumple en los términos legales la obligación que le corresponde. Sin embargo, las características de los bienes que constituyen su objeto y la incidencia que en los negocios de venta tienen los procesos de fabricación y distribución, justifican que se amplíe en determinados casos la protección del consumidor para extender la responsabilidad más allá de los límites estrictamente contractuales, haciendo partícipes de ella, en determinados supuestos y condiciones, a otros agentes que si bien no han tenido intervención directa en el contrato (y a los que, en principio, no puede afectarles según el art. 1257 CC), tampoco pueden considerarse ajenos por completo al incumplimiento contractual que genera la responsabilidad.

El apartado segundo del art. 124 advierte que la responsabilidad del productor “cesará, a efectos de este título, en los mismos plazos y condiciones que los establecidos por el vendedor”, lo que significa que habrá que tener presente la regulación general del régimen de garantías (arts. 114 ss TR-LGDCU).

Ahora bien, si el consumidor reclama frente al productor se restringen sus derechos puesto que sólo podrá exigirle la sustitución o reparación del producto. La exclusión de los remedios sinalagmáticos se justifica en el fin perseguido por la acción directa, pues el control sobre la conformidad

23 PASCUAU LIAÑO, *La acción directa en Derecho español*, 1990, p. 145.

reposa sobre el productor y en la prohibición del enriquecimiento sin causa pues el productor debería reembolsar prestaciones ya satisfechas por el vendedor cuando el productor no las ha recibido²⁴. La SAP Castellón 11 abril 2008 considera que esta limitación de las reclamaciones del consumidor al productor no contemplando la posibilidad de que el consumidor pueda exigir al productor ni la rebaja del precio ni la resolución del contrato deben considerarse acertadas, ya que el productor no ha participado en el contrato de compraventa, de ahí que este último no responde en los mismos casos que el vendedor, ni tampoco su responsabilidad se extiende a todos los mecanismos de reparación de los que dispone el consumidor frente al vendedor, sin perjuicio de la ausencia de una relación contractual entre el consumidor y el productor, por lo que no cabe la resolución de un contrato inexistente entre ambos. En el mismo sentido SAP Navarra 13 febrero 2009.

La norma no contempla la posibilidad de reclamar al productor una indemnización por daños y perjuicios. No hay inconveniente que se solicite al amparo del art. 117 TR-LGDCU²⁵.

Quizás hubiera sido más adecuado regular expresamente una responsabilidad solidaria tal como se venía reconociendo por nuestros tribunales antes del TR-LGDCU²⁶. Sin embargo, alguna sentencia ya se ha pronunciado por la solidaridad en el TR-LGDCU, así la SAP Murcia 25 septiembre 2008 afirma que la responsabilidad del vendedor y productor o fabricante es solidaria existiendo, en todo caso, un derecho de reprobación (art. 124 TR-LGDCU).

4.2. La incomprensión de las condiciones de responsabilidad establecidas

El apartado segundo del art. 124 añade que el productor responde frente al consumidor cuando la falta de conformidad se refiere al origen, identidad o idoneidad de los productos, de acuerdo con su naturaleza y finalidad y con las normas que los regulan. Esta responsabilidad cesa en los mismos plazos y condiciones que los establecidos por el vendedor.

El problema es interpretar sistemáticamente los párrafos 1 y 2 del art 124 TR-LGDCU. Resulta interesante la SAP A Coruña 21 mayo 2007, en la que, siendo ponente Bustos Lago, recogía en la misma las posturas doctrinales existentes al respecto dado que la doctrina jurisprudencial no se ha manifestado sobre ello. Así, siguiendo la misma, se afirma:

- a) Para algunos autores²⁷ la responsabilidad del productor, aun por defectos de conformidad del bien a él imputable, sólo surge de

24 GARCIA VICENTE, “La acción contra el productor: el Art. 10 de la Ley 23/2003, de 10 de julio de garantías en la venta de bienes de consumo”, *Anuario de Derecho Civil*, 2007- I,” p. 55.

25 en el mismo sentido MARIN LÓPEZ MJ, Com. art. 124 TR, p. 1568.

26 en el mismo sentido MARIN LÓPEZ MJ, Com. art. 124 TR, p. 1564.

manera directa frente al adquirente consumidor cuando concurra, de manera cumulativa la imposibilidad o carga excesiva de dirigirse al vendedor). Estos autores consideran que es el productor y no el vendedor el responsable, también, de la falta de conformidad cuando ésta se refiera al origen, identidad o idoneidad de los bienes, de acuerdo con su naturaleza, finalidad y con las normas que los regulan, siempre que la falta de conformidad sea imputable al productor, en el sentido de que sean defectos cuya causa resida en la producción o se origine dentro de su esfera de control. Ahora bien, la imputación de una responsabilidad al productor diferenciada de la del vendedor es, para quienes ofrecen esta primera interpretación del precepto, independiente del reconocimiento del derecho del consumidor a dirigirse directamente contra él. Así las cosas, el consumidor se puede dirigir contra el productor siempre que le resulte imposible -en aquellos casos en que el vendedor haya desaparecido del mundo jurídico o haya sido declarado en concurso de acreedores- o excesivamente gravoso dirigirse contra el vendedor -se encuentra domiciliado en otro Estado-. Esta disociación, en beneficio del consumidor, entre la legitimación pasiva y la responsabilidad última por la falta de conformidad, es la que obliga al legislador a instituir un régimen de acciones de regreso a favor del vendedor. De esta manera, quien haya respondido frente al consumidor tiene un plazo de un año - que se contará, como es regla general en las acciones de regreso, desde que se hizo el pago- para repetir del responsable último de la falta de conformidad. La depuración de responsabilidades entre los intervinientes en la cadena de distribución se realiza en función de la culpa, o de quien dependa en último extremo la falta de conformidad.

- b) Otros autores²⁸, por el contrario, parece que, cuando el defecto del bien sea imputable al productor -lo que sucede cuando el defecto de conformidad se refiera al origen, a la identidad o a la idoneidad de los bienes de consumo, de acuerdo con su naturaleza y finalidad y con las normas que los regulan-, el consumidor podrá elegir entre reclamar el saneamiento al vendedor y que éste posteriormente, en vía de regreso, se resarza con el productor de lo pagado, o bien ejercitar directamente la acción contra el productor que, en este caso, carecerá de acción de regreso contra el vendedor, pues el saneamiento es de su cuenta. En efecto, el vendedor responde frente

27 M. J. MARÍN LÓPEZ, MOSCOSO TORRES, COSTAS RODAL.

28 DÍAZ ALABART, PEÑA LÓPEZ, REPRESA POLO.

al consumidor de las faltas de conformidad en todo caso, al margen de la atribución de responsabilidad última al productor. Esta solución puede plantearse como dudosa cuando la falta de conformidad afecte a la identidad del bien, pero no cuando se refiera a su origen o a defectos en el proceso de fabricación del bien de consumo.

Esta última interpretación encuentra, al menos, los siguientes argumentos que militan a su favor: 1º) Se trata de la transposición de una Directiva de mínimos, por lo que nada obsta que los legisladores nacionales otorguen a los consumidores niveles adicionales de protección, como resulta de la previsión de una acción directa, al menos, en algunos supuestos, frente al productor. 2º) El vendedor interviene exclusivamente en la fase de comercialización y no en la de producción o fabricación, por lo que resulta razonable que no le sea imputable, cuando menos exclusivamente, la falta de conformidad del producto o bien de consumo, 4º) La interpretación sostenida es una interpretación “pro consumatore” que, como principio general, informa toda la legislación consumerista y la interpretación y aplicación de las normas de Derecho de consumo que hayan de realizar los órganos jurisdiccionales.

Expresado todo lo anterior, la sentencia solicita la sustitución de una piscina prefabricada defectuosa al vendedor y al fabricante, y afirma que de conformidad con los corolarios de la admisión de la acción directa del consumidor / adquirente frente al fabricante/productor en el supuesto enunciado en la ley, no puede estimarse la falta de legitimación pasiva “ad causam” del fabricante del producto de consumo cuya falta de conformidad constituye el fundamento de la acción ejercitada. Así las cosas, la falta de relación contractual entre el fabricante y el adquirente del bien de consumo, no es obstáculo a la legitimación pasiva de aquél cuando, a tenor de las previsiones de la ley los defectos de conformidad sean imputables precisamente al fabricante o al productor. Comoquiera que el vendedor responde en todo caso frente al comprador / consumidor, nada obsta el ejercicio conjunto de la acción derivada del incumplimiento contractual frente a ambos responsables de la falta de conformidad.

4.3. Acción de regreso

El precepto finaliza con un tercer párrafo regulando una acción de regreso del vendedor contra el responsable de la falta de conformidad para ver reembolsados los gastos que ha realizado para subsanar dicha falta de conformidad. También podría solicitar una indemnización por daños y perjuicios si los hubiera habido.

La finalidad de la acción de regreso o reembolso es doble: tutelar al vendedor que ha respondido frente al consumidor de una falta de conformidad de la que no es responsable, y conseguir distribuir la carga

económica de la responsabilidad por falta de conformidad atribuyéndola a aquél que sea responsable de la misma²⁹.

La legitimación activa se concede a favor de quien haya respondido frente al consumidor y usuario (como norma general el vendedor) y la legitimación pasiva corresponde al responsable de la falta de conformidad, que puede ser cualquiera de la cadena contractual³⁰. Si son varios los responsables de la falta de conformidad, la responsabilidad se repartiría entre ellos³¹. En este sentido, la SAP Valencia 16 junio 2008 ante la alegación del distribuidor de carecer de legitimación pasiva ante la reclamación del vendedor en vía de regreso por haber resuelto la compraventa de un televisor defectuoso con un consumidor a quien le vendió el producto, afirma que en la compraventa destinada a un producto de consumo se distinguen dos clases de obligaciones. La que el vendedor tiene respecto a su comprador y la del vendedor respecto al productor. El demandado entiende que es distribuidor, no productor, por lo que la acción no procede contra él. Sin embargo, la Sala considera que en tanto distribuidora de esos productos necesariamente tiene la condición de importador, figura asimilada la fabricante, por lo que está legitimada pasivamente en el ejercicio de la acción de repetición por ser la entidad que vendió el televisor al vendedor quien a su vez lo vendió al consumidor, de ahí que deba responder frente a aquel de la falta de conformidad del bien con el contrato.

Si el productor responde directamente de la falta de conformidad, cabe preguntarse si dispone de acción de regreso. Si se considera que el consumidor puede reclamar directamente contra el productor según el art. 124.2, aunque a él no le sea imputable el defecto, sí podrá interponer una acción de reembolso. Sin embargo, si la acción directa sólo cabe cuando el productor le es imputable en términos objetivos la falta de conformidad, no podrá ejecutarla³².

El plazo para interponer la acción de repetición es de un año cuyo inicio se computa a partir del momento en que se completó el saneamiento, es decir, desde que el vendedor haya procedido a la reparación, sustitución, rebaja del precio o resolución. Esta acción tiene el propósito de distribuir de modo definitivo la carga económica de la responsabilidad por falta de conformidad sobre quien fuera el responsable en la cadena de producción o distribución³³.

29 MARIN LÓPEZ MJ, Com. art. 124 TR, p. 1570.

30 GARCÍA RUBIO, "El derecho de regreso del responsable frente al consumidor en la ley 2372003, de 10 de julio, de garantías en la venta de bienes de consumo", Noticias de la Unión Europea, 2006, n. 263, p. 30.

31 DIAZ ALABART, "Los plazos", p. 229.

32 MARIN LÓPEZ, Com. art. 124, p. 1571.

33 GARCÍA VICENTE, "La acción contra el productor", loc cit, p. 59.

Quizás hubiera sido oportuno que la duración de la acción coincidiera con la que dispone el comprador para ejercitar a falta de conformidad y que tanto las acciones del consumidor como las acciones de regreso se pudieran redimir en un solo pleito. Además, lo ideal sería excluir la responsabilidad exclusiva del vendedor, y hablarse del sujeto obligado, entendiéndose que lo es el productor, importador, productor aparente y vendedor o distribuidor y regular una acción de regreso entre ellos³⁴.

34 CARRASCO-CORDERO-MARTINEZ, “Transposición de la Directiva comunitaria sobre venta y garantías de los bienes de consumo. Propuesta de regulación, textos articulados y bibliografía” (Segunda parte), EC, nº 52, 2000, p. 131-134.

LIBRE DETERMINACIÓN DEL PUEBLO DE PUERTO RICO*

Dr. Carlos Iván Gorrín Peralta**

Mientras los derechos de todos los pueblos, especialmente el derecho a la autodeterminación e independencia, no sean debidamente reconocidos y respetados, no habrá paz verdadera y duradera. Paulo VI¹

LA POLÍTICA TERRITORIAL DE LOS ESTADOS UNIDOS

Desde el 1898, durante más de la mitad de su vida como nación, los Estados Unidos de América han sometido a Puerto Rico a un régimen colonial. Aunque los documentos fundacionales de la república estadounidense proclamaban que los gobiernos justos derivan su legitimidad del consentimiento de los gobernados,² su constitución delegó al Congreso el poder de gobernar vastas extensiones de terrenos anexados por tratado o adquiridos por compra o conquista.³ Las fronteras de la nación se fueron desplazando hacia el oeste desde la compra de la Luisiana en 1803 hasta la anexión de Hawái en 1898. Todas las anexiones siguieron el mismo patrón: los territorios anexados eran parte de los Estados Unidos, serían colonizados por estadounidenses que disfrutarían los mismos

* Este trabajo ha sido aceptado para publicación en el volumen conmemorativo de la Cátedra UNESCO de Educación para la Paz, Facultad de Educación, Universidad de Puerto Rico, Recinto de Río Piedras, en proceso de edición y publicación durante el 2019.

** Catedrático, Facultad de Derecho, Universidad Interamericana de Puerto Rico. Ex presidente de la Federación Interamericana de Abogados (1994-1995). Vicepresidente de la Academia Interamericana de Derecho Internacional Comparado; cigorin@derecho.inter.edu.

1 Paulo VI, *Allocution en réponse aux vœux du corps diplomatique* (21 décembre 1973), *Documentation Catholique*, 20 janvier 1974, page 53, citado en José A. De Obieta Chalbaud, *El derecho humano de la autodeterminación de los pueblos* 239 (Edit. Tecnos 1985).

2 Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América. (*"Governments are instituted among Men, deriving their just powers from the consent of the governed."*).

3 Const. EE. UU. art. IV, § 3 (*"... The Congress shall have power to dispose of and make all needful Rules and Regulations respecting the Territory or other Property belonging to the United States."*).

derechos que tenían en sus estados de origen, y cuando se dieran las condiciones idóneas, los nuevos territorios serían admitidos como nuevos estados.

En el 1898 ocurrió algo distinto. La Guerra Hispanoamericana le brindó a los Estados Unidos la oportunidad de reunificar la nación luego de la Guerra Civil y lograr importantes objetivos económicos y militares mediante la inserción en el mercado asiático y el control del acceso caribeño al istmo de Panamá, donde ya se proyectaba un canal interoceánico. Los retazos del viejo imperio español —Filipinas, Guam, Cuba y Puerto Rico— brindaron la ocasión de adelantar estos intereses. No se perseguía ampliar las fronteras de la nación, sino controlar las nuevas posesiones política, económica y militarmente.⁴ En vista de estos objetivos diferentes, el instrumento legal de anexión —tratado de paz suscrito en París— es distinto a los anteriores.⁵ España cedió la soberanía sobre Puerto Rico a los Estados Unidos, pero el tratado no indica que sería parte de la nación, ni que se convertiría en estado. Su condición política y los derechos de sus habitantes estarían sujetos a la discreción política del Congreso.

Poco después, la Corte Suprema resolvió los llamados Casos Insulares, que constitucionalizaron la diferencia entre los anteriores *territorios incorporados* y *los nuevos territorios no incorporados*.⁶ Todos estarían sujetos al poder congresional pero estos no serían parte de los Estados Unidos, la Constitución no sería de aplicación *ex proprio vigore* y sus habitantes no tendrían los mismos derechos constitucionales. El Congreso podría gobernar los territorios sin la inconveniencia de todos los límites que el texto constitucional impone al poder legislativo.

Durante la primera mitad del siglo XX, el Congreso ejerció su poder plenario mediante leyes orgánicas que crearon el gobierno que regiría a Puerto Rico. Bajo la Ley Foraker de 1900 y la Ley Jones, de 1917 Puerto Rico se caracterizó por extrema pobreza, dependencia económica, subordinación política, indoctrinación y persecución de la disidencia. El modelo colonial generó insatisfacción creciente en el pueblo de Puerto Rico mientras diversas fuerzas políticas se debatían entre propuestas de independencia plena y la admisión de Puerto Rico como un estado federado. La fuerza dominante era el independentismo.

4 Bartholomew H. Sparrow, *The Insular Cases and the Emergence of American Empire* 57-78 (Univ. Press of Kansas 2006).

5 Treaty of Peace between the United States of America and the Kingdom of Spain. 30 Stat. 1754.

6 Para una relación de los *Casos Insulares* más significativos para Puerto Rico y diversos autores que los han comentado, véase Carlos Iván Gorrín Peralta, *Puerto Rico and the United States at the Crossroads*, en *Reconsidering the Insular Cases: The Past and Future of the American Empire* 183 (Gerald L. Newman & Tomiko Brown-Nagin eds. Harvard Univ. Press 2015).

ELABORACIÓN DE UN MITO

Con la creación de la Organización de Naciones Unidas se canalizó el repudio internacional a los horrores de la guerra mundial, y surgió el propósito de mantener la paz mundial mediante la promoción de los derechos humanos. Se fraguó un consenso internacional contra el colonialismo y en apoyo al derecho de libre determinación de todos los pueblos. Esta nueva realidad externa y la creciente insatisfacción dentro de Puerto Rico provocaron que los Estados Unidos decidieran introducir cambios en la forma de gobernar al territorio. Designaron un primer gobernador puertorriqueño; luego dispusieron que el gobernador fuera electo por el pueblo. Pero no era suficiente.

En 1950, el Congreso autorizó que una convención constituyente redactara una “constitución” para el gobierno local. La Ley 600 de ese año permitió la creación del “Estado Libre Asociado de Puerto Rico”.⁷ La convención elaboró un proyecto, el pueblo lo avaló en referéndum y fue aprobado por el Congreso en 1952.⁸ El historial revela que el objetivo era obtener el consentimiento del pueblo a la relación territorial, sin alterar la relación política, jurídica y económica.⁹ Durante varias décadas se esgrimió la idea de que en virtud de un “pacto” (*compact*) la relación había cambiado, que Puerto Rico había dejado de ser un territorio y que el Congreso ya no ejercería poderes plenarios bajo la cláusula territorial. Los Estados Unidos lograron la aprobación de una resolución por la Asamblea General de Naciones Unidas que les eximió de rendir informes anuales sobre el progreso hacia la descolonización del territorio, aduciendo que Puerto Rico había logrado gobierno propio.¹⁰

Ese periodo inicial coincidió con crecimiento económico producto de la prosperidad de la posguerra. Se atrajo inversión de capital estadounidense —objetivo que había existido desde la anexión en 1898— mediante incentivos contributivos tanto a corporaciones que establecían operaciones industriales en Puerto Rico, como a inversores privados que adquirirían bonos de Puerto Rico y de sus corporaciones públicas libres de impuestos federales.

A partir de los años sesenta, comenzó a descenderse el velo de respetabilidad; la colonia fue quedando al desnudo. Los esfuerzos desplegados por el Partido Popular Democrático para “desarrollar” o “culminar” el ELA, resultaron infructuosos. Algunas decisiones judiciales —incluso de la Corte Suprema de los

7 Pub. L. No. 81-600, 64 Stat. 319 (1950) (2015).

8 Pub. L. No. 82-447, 66 Stat. 327 (1952).

9 Para extractos de ponencias e informes del proceso legislativo, véase Raúl Serrano Geys, *Derecho constitucional de Estados Unidos y Puerto Rico*, Vol I, pág. 488 (Col. de Abogs. de P.R. 1986).

10 Res. A. G. 748 (VIII). La votación fue de 26 a favor (43.3%), 16 en contra (26.6%) y 18 abstentidos (30%). *Id.*, a pág. 563.

Estados Unidos¹¹ — empezaron a abandonar la teoría de que se había suscrito un pacto bilateral en 1952 y que Puerto Rico había dejado de ser un territorio. En 1989 el Congreso comenzó a considerar legislación que nunca aprobó, para facilitar la libre determinación de Puerto Rico, reclamando como autoridad su poder bajo la cláusula territorial de la Constitución para disponer del territorio y aprobar todas las leyes que estime convenientes.

Ya a principios del actual siglo, algunos defensores tradicionales de la relación existente comenzaron a aceptar que la relación continuaba siendo territorial. Se reveló que el concepto de “compact” dispuesto en la Ley 600 era una ambigüedad intencional para argumentar en Puerto Rico que la legislación creaba un pacto, mientras se le explicaba a los miembros del Congreso que se trataba de una retórica de pacto, sin la sustancia.¹²

Una comisión designada por tres presidentes de los Estados Unidos —Bill Clinton, George W. Bush y Barack Obama—rindió informes reveladores en los años de 2005, 2007 y 2011. Todos indican que Puerto Rico es un territorio no incorporado de los Estados Unidos, sujeto todavía a los poderes plenarios del Congreso, al punto de que se puede derogar cualquier medida de autogobierno e incluso ceder el territorio a otro país, sin consultar a los habitantes.¹³

LA AVENTURA COLONIAL FRACASÓ

Durante algunas décadas la economía de Puerto Rico creció como resultado de incentivos contributivos y transferencias de fondos federales para programas sociales. La camisa de fuerza de la territorialidad promovió que los gobiernos incurrieran en una deuda pública que se tornó impagable. Los diversos gobiernos continuaron la práctica de emitir deuda no solo para sufragar obras gubernamentales, sino incluso para financiar gastos recurrentes y hasta pagar el servicio de la deuda misma. En la década de los años noventa, el Congreso decidió derogar gradualmente los incentivos contributivos federales a la inversión de capital estadounidense en Puerto Rico, los cuales terminaron finalmente a mediados de la primera década de este siglo, cuando comenzó a decrecer la economía.

El cuadro económico imperante es tenebroso. Cerca de la mitad de la población está bajo el nivel de pobreza y depende de ayudas gubernamentales.¹⁴

11 *Harris v. Rosario*, 446 U.S. 651 (1980).

12 José Trías Monge, *Como fue – Memorias*, 144 (edit. U.P.R. (2005)).

13 President’s Task Force on Puerto Rico’s Status, *Reports by the President’s Task Force on Puerto Rico’s Status*, 7 (White House 2005); President’s Task Force on Puerto Rico’s Status, *Reports by the President’s Task Force on Puerto Rico’s Status*, 5–6 (White House 2007); President’s Task Force on Puerto Rico’s Status, *Reports by the President’s Task Force on Puerto Rico’s Status*, 17–18 (White House 2011).

14 Según el Negociado del Censo de los EE. UU., el 45% de la población estaba bajo el nivel de pobreza en el 2013 y el 48% en el 2014.

El ingreso per cápita ha sido por siete décadas un tercio del de los EE. UU.,¹⁵ y alrededor de la mitad de la tasa del estado más pobre.¹⁶ El desempleo oficial ronda alrededor de 10 a 14%.¹⁷ Durante más de una década, Puerto Rico ha tenido una tasa negativa de crecimiento económico, una de las más bajas del mundo.¹⁸ Los impuestos se han disparado.¹⁹ La emigración ha causado que la población del país se haya reducido en más de 10% durante doce años.²⁰ El gobierno está quebrado, la deuda pública se ha degradado a nivel de chatarra y no hay acceso a los mercados de crédito para la emisión de nueva deuda.²¹ Demás está decir que se han multiplicado los problemas sociales en las áreas de educación, salud, crimen, adicción a drogas, servicios sociales y corrupción gubernamental.

La territorialidad y la depresión económica culminaron en el 2016. La Corte Suprema de los Estados Unidos resolvió un caso penal originado en Puerto Rico en el que el acusado, previamente procesado en la Corte Federal por el mismo delito, reclamó que la protección constitucional contra la “doble exposición” impedía que el gobierno de Puerto Rico volviera a acusarlo. La Corte Suprema de los Estados Unidos resolvió en *Puerto Rico v. Sánchez Valle*²² que un estado puede acusar nuevamente a una persona acusada previamente por el gobierno federal porque su autoridad deriva de una fuente separada de soberanía. Pero Puerto Rico carece de soberanía propia; su poder para acusar a una persona surge de una constitución aprobada por el Congreso y no de una soberanía separada. Puerto Rico sigue siendo un territorio no incorporado y su gobierno ejerce autoridad por permiso del Congreso, no por mandato soberano del pueblo.

-
- 15 Hacia fines del 2013, el PNB per cápita en los EE. UU. era de \$53,720, mientras que el de Puerto Rico era de \$19,310. World Bank, *GNI Per Capita*, UNDATA, <http://data.un.org/> Estas cifras sugieren que el PNB per capita en los EE. UU. es casi tres veces el de Puerto Rico (2.8), una brecha que se ha mantenido durante cincuenta años. Id.
 - 16 Misisipi todavía tiene el PNB per capita más bajo de todos los estados. Véase U.S. Dep’t of Commerce, *Mississippi*, Bureau of Economic Analysis, <http://bea.gov/regional/bearfacts/pdf.cfm?fips=28000&areatype=STATE&eotype=3> (accedido el 21 de mayo de 2017).
 - 17 *Statistical Appendix of the Economic Report to the Governor and to the Legislative Assembly*, Gov’t Dev. Bank for Puerto Rico (2015), <http://www.gdbpur.com/economy/documents/ApendiceEestadistico2015.pdf>. Peor aun es la bajísima participación de la fuerza laboral de alrededor de 40 por ciento, una de las más bajas en el mundo. *Countries with Lowest Labor Force Participation Rate—Bottom 5 World*, IECONOMICS, <http://ieconomics.com/lowest-5-labor-force-participation-rate> (accedido el 21 de mayo de 2017).
 - 18 Desde el 2006, la economía ha registrado un crecimiento negativo del PNB real. Commonwealth of Puerto Rico Office of the Governor Planning Board, pág. A-6. La recesión de la última década ha resultado en una actividad productiva de escasamente el 86 por ciento de lo que era hace diez años. Id.
 - 19 Desde noviembre de 2006 el gobierno ha tratado de reducir su déficit presupuestario con impuestos. Véase Commonwealth of Puerto Rico, General Concepts of the Sales and Use Tax, Department of the Treasury, <http://www.hacienda.gobierno.pr/downloads/pdf/publicaciones/publicacion/PUBLICACION%2006-05-1.pdf> (accedido el 10 de noviembre de 2006). <http://www.hacienda.gobierno.pr/downloads/pdf/publicaciones/publicacion/PUBLICACION%2006-05-.pdf>.
 - 20 Véase censo.estadisticas.pr/EstimadosPoblacionales (accedido el 27 de mayo de 2017). Luego de los huracanes, la emigración ha incrementado.
 - 21 D. Andrew Austin, *Puerto Rico’s Current Fiscal Challenge*, Congressional Research Service, 11 de abril de 2016.
 - 22 136 S. Ct. 1863 (2016).

Mientras se desarrollaba el drama de ese caso penal, ya los bonos de Puerto Rico habían sido degradados como “chatarra”, el gobernador había declarado que la deuda era impagable y el país había perdido acceso al mercado de bonos para la emisión de deuda pública. La legislatura aprobó legislación para que las corporaciones públicas y los municipios pudieran recurrir a un tribunal para lograr la reestructuración de su deuda pública.²³ Pero la Corte Suprema de los Estados Unidos, en *Puerto Rico v. Franklin California Tax-Free Trust*²⁴ resolvió que la ley era inconstitucional. En 1984 el Congreso había excluido a Puerto Rico²⁵ de la disposición del Código de Quiebras de los Estados Unidos que le permite a un estado autorizar el inicio de un proceso de reestructuración de deuda de sus municipios y corporaciones públicas.²⁶ Interpretó la Corte que en virtud de esa ley, el Congreso había “desplazado” toda legislación de Puerto Rico que persiguiera la misma finalidad. No había recurso judicial para enfrentar la crisis fiscal provocada por la deuda pública.

LA RESPUESTA IMPERIAL

Todo dependería de que el Congreso actuara para evitar que una vorágine de pleitos contra el gobierno de Puerto Rico paralizara e imposibilitara sus operaciones. Unos días después el Congreso y el presidente aprobaron una ley artificiosamente titulada “*Puerto Rico Oversight, Management, and Economic Stabilization Act*” or “*PROMESA*”²⁷ bajo la cláusula constitucional que le delega al Congreso poderes plenarios para reglamentar a los territorios.²⁸

La ley creó una junta de siete miembros designados por el presidente y el liderato congressional²⁹ que puede modificar cualquier ley o decisión del gobierno territorial.³⁰ PROMESA es, entonces, la más reciente manifestación de gobierno colonial. La ley apuesta a la colonialidad como solución a las condiciones que ha impuesto la territorialidad, pero la solución a la crisis que enfrenta el país no se

23 Ley para el cumplimiento de deudas y la recuperación de las corporaciones públicas de Puerto Rico, Ley Núm. 2014-71, 13 L.P.R.A. § 111 *et seq.*

24 *Puerto Rico v. Franklin California Tax-Free Trust*, 136 S. Ct. 1938 (2016).

25 Según 11 U.S.C. §101(52) Puerto Rico no es un “estado” para fines de cualificar como deudor bajo el Código de Quiebra de los EE. UU.

26 11 U.S.C. § 903(1).

27 130 Stat 550, 48 U.S.C. § 2101 *et seq*

28 48 U.S.C. § 2121(b)(2).

29 *Id.* § 2121(e)(1)(A) y § 2121(e)(3). Cabe señalar que en *Aurelius Investment et al. v. Commonwealth et al.* ___ F.3d ___ (1st Cir. 2919) (Juez J. Torruella), la Corte de Apelaciones de los Estados Unidos para el Primer Circuito resolvió que la fórmula que dispone PROMESA para la designación de los miembros de la Junta viola la disposición de la Constitución de los Estados Unidos que regula el nombramiento de funcionarios federales. Habrá que ver si la Corte Suprema confirma o revoca esta decisión. Pero lo más significativo es que la decisión no cuestiona de forma alguna los poderes casi omnímodos de la Junta en virtud de la ley federal, e incluso caracteriza a sus miembros como “procónsules romanos”.

30 *Id.* § 2144(a)(5)–(6).

puede lograr con la reiteración del mismo régimen colonial responsable de la actual situación, sino en su repudio.

La creación del llamado “estado libre asociado” en 1952 no cambió la relación territorial/colonial. El gobierno de Puerto Rico siempre ha operado bajo el poder revocatorio del gobierno de los Estados Unidos, que ha fomentado mediante la persecución y la dependencia económica, la ideología del miedo y la impotencia.³¹ Se creó una ilusión de libre determinación, un espejismo que se ha esfumado dejando solo el estéril desierto de una relación colonial asfixiante.

LUZ AL FINAL DEL TÚNEL: EL DERECHO A LA LIBRE DETERMINACIÓN DE LOS PUEBLOS

El derecho constitucional que ha sostenido la “legalidad” del régimen ha entrado en contradicción con el derecho internacional a la libre determinación de los pueblos reconocido por la comunidad internacional, y con las obligaciones que los propios Estados Unidos han asumido hacia fines del siglo XX.

El derecho a la libre determinación tiene sus orígenes en el siglo de la ilustración y las revoluciones liberales de los siglos XVII y XVIII, incluida la guerra de independencia de los Estados Unidos. El principio se concreta en el término “libre determinación de los pueblos” a principios del siglo XX, y se convierte en norma de derecho internacional reconocida en la Carta de Naciones Unidas y en pactos internacionales de derechos humanos.³² La comunidad de naciones lo ha reconocido como norma de derecho consuetudinario internacional mediante la adopción de múltiples resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas.³³ Diversas autoridades de derecho internacional señalan que el consenso entre las naciones reconoce la libre determinación como una norma vinculante que ningún estado puede derogar, por razón alguna, incluyendo el consentimiento del pueblo colonial.³⁴ Por último, la Corte Internacional de Justicia lo ha reconocido en diversas decisiones.³⁵

31 Para una dramática condena judicial de la persecución sistemática del independentismo en Puerto Rico y sus repercusiones, véase *Noriega Rodríguez v. Hernández Colón*, 122 D.P.R. 650 (1988) (Opinión de conformidad del Juez Asociado Hon. Antonio Negrón García).

32 Carta de Naciones Unidas, artículo 1(2); *Pacto Internacional de Derechos Humanos Civiles y Políticos*, Res. A.G. 2200B (XXI); *Pacto Internacional de Derechos Humanos Económicos, Sociales y Culturales*, Res. A.G. 2200A (XXI)

33 La Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) invoca el mandato de la Carta de Naciones Unidas. La Resolución 1514 (XV) (1960) reconoce el derecho de los pueblos y la obligación de los poderes coloniales de tomar medidas en territorios que no han alcanzado el autogobierno, para moverlos hacia la independencia. La Resolución 1541 (XV) (1960) define las opciones de completo autogobierno. La decisión debe tomarla el pueblo en votación libre y justa. Puede decidir entre: (1) constituirse como estado soberano (independencia); (2) asociarse libremente con un estado independiente; (3) integrarse a un estado independiente ya en existencia. La Resolución 2625 (XXV) (1970) dispone, entre múltiples disposiciones relativas a las relaciones de amistad entre los pueblos y principios articulados en expresiones previas de la AG, que los estados tienen la obligación de “[p]oner fin rápidamente al colonialismo, teniendo debidamente en cuenta la voluntad libremente expresada de los pueblos de que se trate.

34 Antonio Cassese, *Self-Determination of Peoples: A Legal Reappraisal* 11 (Cambridge Univ. Press 1995); Joshua Castellino, *International Law and Self-determination* 11 (Martinus Nijhoff Publishers 2000).

35 La Corte Internacional de Justicia ha reiterado el valor imperativo del derecho en sus pronuncia-mientos sobre Namibia (1971), Sahara Occidental (1975), Timor Oriental (1995) y muy recientemente en el caso de las Islas Chagos (2019).

El derecho internacional consuetudinario forma parte del derecho de los Estados Unidos.³⁶ Además, los tratados internacionales suscritos por dicho país forman parte de “la ley suprema de la nación”, en unión a la Constitución y las leyes federales.³⁷ Esos tratados incluyen el Pacto Internacional de Derechos Humanos Civiles y Políticos, propuesto por la Asamblea General de Naciones Unidas desde el 1966, y que entró en vigor para los Estados Unidos en 1992, luego de la firma del Presidente Jimmy Carter y la aprobación del Senado, a recomendación del Presidente George H. W. Bush.³⁸ Dicho tratado reconoce en su primer artículo el derecho a la libre determinación de todos los pueblos, y además dispone que los estados partes promoverán y respetarán el ejercicio del derecho.

En vista de que el Pacto Internacional forma parte de “la ley suprema de la nación”, el derecho a la libre determinación es una norma de derecho federal que le crea al gobierno de los Estados Unidos la obligación afirmativa de promover y respetar la libre determinación del pueblo de Puerto Rico. El Congreso tiene, conforme a la cláusula territorial de la Constitución, el poder de “disponer del territorio”. Sin embargo, en repetidas ocasiones ha rehusado aprobar legislación para permitir el ejercicio del derecho. Ha reiterado el poder que le reconoce el régimen constitucional de ejercer poderes plenarios sobre Puerto Rico. Al así hacerlo, los Estados Unidos violan sus obligaciones internacionales. Lamentablemente, las cortes de los Estados Unidos son renuentes a aplicar las normas del derecho internacional. Como regla general, entienden que los tratados no son “autoejecutables” sin legislación habilitadora que los haga efectivos.³⁹

Hay que buscar nuevas avenidas para viabilizar el derecho del pueblo a su libre determinación. Cada vez que uno de los sectores políticos del país intenta realizar gestiones ante el gobierno de los Estados Unidos sin contar con el concurso de las otras fuerzas políticas, la reacción siempre ha sido que tenemos que ponernos de acuerdo en alguna propuesta específica para que el Congreso pueda actuar. Esta postura incumple con la obligación afirmativa de promover

36 *The Paquete Habana* (1900); *U.S. v. Belmont* (1937).

37 Según la cláusula de supremacía de la Constitución de los EE. UU., Art. VI, cl. 2.: “Esta Constitución, y las leyes de los Estados Unidos que se aprueben bajo esta; y todos los tratados hechos o que se hagan bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la ley suprema del país...”.

38 138 *Cong. Rec.* S4781-01 (daily ed., April 2, 1992).

39 La doctrina de la no autoejecutabilidad de los tratados se remonta al principios del siglo XIX. *Foster v. Neilson*, 27 U.S. 253 (1829). Se ha reiterado en innumerables ocasiones. La más reciente reiteración fue en *Medellín v. Texas*, 552 U.S. 491 (2008), cuando la Corte Suprema llegó al extremo de negarle efectividad a una sentencia de la Corte Internacional de Justicia en las cortes de los Estados Unidos. Para una exposición y crítica de la doctrina véase Carlos Iván Gorrín Peralta, *Constitucionalismo colonial y autodeterminación de Puerto Rico*, 51 *Rev. Jur. U.I.P.R.* 7, 30-31 (2016-2017), y autoridades ahí citadas, n. 120.

y facilitar el ejercicio de la libre determinación, pero políticamente les sirve para argumentar que no se resuelve el problema porque no nos ponemos de acuerdo, y además le sirve bien a las fuerzas inmovilistas del patio.

Hay que lograr unidad de propósito para vencer el inmovilismo. Cuando más cerca estuvo Puerto Rico de lograr resultados concretos en el Congreso fue durante el proceso de 1989 al 1991, cuando se discutió legislación federal para la celebración de un plebiscito vinculante. En aquella ocasión, aunque se contó con el concurso de los tres partidos políticos, no fue posible lograr la legislación, pero diez años más tarde un pueblo unido tras la causa de Vieques logró no solo que el gobierno detuviera los bombardeos a que fue víctima una de las islas del archipiélago puertorriqueño, sino que poco después cerrara la base naval de Roosevelt Roads. Ahora, casi veinte años después, quizá las condiciones son propicias.

En Puerto Rico, diversos grupos han propuesto que, contando con las diversas fuerzas políticas, se convoque una asamblea constitucional de estatus que proponga y negocie con el gobierno de los Estados Unidos las diversas opciones hacia una nueva relación. También se ha tratado de impulsar legislación federal que facilite el ejercicio de libre determinación. Diversos sectores han propuesto recurrir a la comunidad internacional para lograr que Naciones Unidas retome el caso de Puerto Rico y requiera de los Estados Unidos el inicio de un proceso de libre determinación. Otras personas y grupos se han propuesto aprovechar foros internacionales para recabar apoyo a la libre determinación de Puerto Rico.

Indudablemente, hay que provocar acción congresional para cambiar la relación. El Congreso tiene el poder constitucional para cumplir con la obligación internacional de facilitar y promover el ejercicio de la libre determinación del pueblo de Puerto Rico. No ha tenido la voluntad política de actuar porque el territorio sirvió bien los designios económicos que provocaron la anexión de Puerto Rico a fines del siglo XIX. Y a lo largo del siglo XX sirvió los propósitos estratégicos y militares de los Estados Unidos. Pero las condiciones actuales son distintas. Puerto Rico ya no tiene el valor estratégico luego de acabarse la guerra fría y los Estados Unidos han desmilitarizado gradualmente el país. Por otra parte, la crisis de la deuda pública y la quiebra del régimen colonial se ha agravado con la catástrofe de los huracanes Irma y María en el 2017. La relación con Puerto Rico comienza a identificarse como un problema que amerita acción del gobierno federal.

La solución inicial fue la de insistir en el modelo colonial con la aprobación de PROMESA y la imposición de la Junta de Supervisión Fiscal. Después de más de dos años, es poco lo que puede reclamar la Junta en términos de logro. Las nuevas condiciones presentan un cuadro propicio para que el Congreso redirija su política territorial hacia un proceso de libre determinación, disposición del

territorio y eventual renuncia a la soberanía, para que esta resida donde debe estar: en manos del pueblo de Puerto Rico.

Es preciso considerar únicamente opciones basadas en la soberanía real del pueblo, fuera del ejercicio de los poderes territoriales del Congreso de los Estados Unidos. La alternativa de la territorialidad, bajo la cual los Estados Unidos continúen ejerciendo la soberanía sobre el pueblo de Puerto Rico, no puede ser una de las opciones. Un problema nunca puede ser su propia solución. Hay que optar por alternativas basadas en la soberanía. Por supuesto siempre está la soberanía plena en la independencia. También, conforme al derecho internacional hay opciones de soberanía compartida. Una de ellas es la integración a un estado nacional, que en el contexto de los Estados Unidos, significa la admisión de Puerto Rico como un estado federado. También se ha reconocido como opción descolonizadora la libre asociación del pueblo dependiente con un estado nacional al que le delega el ejercicio de algunos poderes soberanos.

El gobierno de los Estados Unidos ha viabilizado las tres alternativas en momentos distintos: la independencia en las Islas Filipinas; la admisión de territorios incorporados como nuevos estados en treinta y siete ocasiones; y acuerdos de libre asociación con las repúblicas de Palau, las Islas Marshall y los Estados Federados de Micronesia. Al evaluar en qué medida estas opciones descolonizadoras pueden armonizar con los intereses nacionales de los Estados Unidos, el Congreso tendrá que considerar varios factores de naturaleza política.

En cuanto a la alternativa de admitir a Puerto Rico como un estado de la federación, el Congreso seguramente examinará los tres criterios políticos que invariablemente ha utilizado al admitir nuevos estados: (1) que una clara mayoría del pueblo del territorio ya deseara que se le admitiera como estado; (2) que dicho pueblo hubiera adoptado la cultura y valores políticos de los Estados Unidos; y (3) que el territorio contara con una economía que permitiera sostener su propio gobierno y hacer su aportación al tesoro nacional.⁴⁰

En cuanto a la opción de la libre asociación, habrá que considerar la idoneidad de aplicar a Puerto Rico este régimen diseñado para comunidades muy pequeñas cuya independencia no es viable.

En cuanto a la independencia, los Estados Unidos considerarán el fracaso económico del modelo colonial y ponderarán si sus intereses políticos y económicos son compatibles con el ejercicio exitoso de la plena soberanía. Así ha ocurrido en muchos otros países pequeños que han podido salir del

40 H.R. Rep. 85-624 (1957) 1958 U.S.C.C.A.N. 2933. Para un resumen de los procesos de admisión de nuevos estados, véanse Raúl Serrano Geys y Carlos Iván Gorrín Peralta, *Puerto rico y la estadidad: problemas constitucionales (Parte I)*, 40 Rev. Col. Abo. P.R. 521 (1979); *(Parte II)* 41 Rev. Col. Abo. P.R. 1 (1980); *(Parte III)* 42 Rev. Col. Abo. P.R. 1 (1981).

colonialismo mediante la negociación y la búsqueda de soluciones consensuadas para beneficio de ambas partes en otras latitudes como son los casos de las Bahamas, Irlanda, Malta, Panamá o Singapur.

Sea cual sea el destino final de Puerto Rico, algo queda claro. La territorialidad ha fracasado económicamente; no ha resultado en beneficio para Puerto Rico ni responde ya a los mejores intereses económicos, estratégicos y políticos de los Estados Unidos. El colonialismo denigra al colonizado y envilece al colonizador.⁴¹ Es tiempo de pasar la página de esta historia vergonzosa para comenzar un nuevo capítulo de dignidad, libertad, prosperidad y paz.

41 Rubén Berríos Martínez, *Puerto Rico's Decolonization*, 76 *Foreign Affairs* 100, 112 (1997).

LA PROMESA DE REPARACIÓN INTEGRAL COMO PARADIGMA SUPERADOR DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

*Principios y requisitos de su aplicación. Su frustración
sistemática en sociedades signadas por la exclusión jurídica**

Dr. Osvaldo R. Burgos**

Agradecimientos

Honorables autoridades del Congreso, autoridades de la Universidad de Napoli Parthenope, organizadores de estas conferencias, profesor Stathis Banakas, profesor Roberto Carleo, profesor, traductor y entrañable amigo Carlos Antonio Argurto Gonzáles, distinguidos colegas presentes:

Es un verdadero honor, para mí, disertar ante ustedes. Agradezco enormemente el esfuerzo y la consideración que significan haber propuesto y facilitado mi presencia en Nápoles, durante estos días. Espero, sinceramente, que lo que tengo para decir esté a la altura de las expectativas generadas.

Vengo desde el país de Maradona. De la ciudad –tierra de descendientes de miles y miles de italianos meridionales- en la que nacieron Ernesto Guevara, Lionel Messi y Ezequiel Lavezzi, entre otros. Pero no voy a hablar de revoluciones ni de fútbol, no teman. Vengo a hablar sobre derecho, claro. Aunque, tomando un poco el ejemplo de mis conciudadanos más famosos, me propongo cambiar el juego y subvertir los paradigmas de apreciación. Al menos, en los modos de aprehensión del daño y de su resarcimiento, que es el tema que nos ocupa aquí.

Rosario es una hermosa ciudad de poco más de un millón de habitantes, con un río ancho, fantástico. Allí, casi doscientas mil personas viven en condiciones

* Ponencia del autor al Congreso Internacional “La responsabilidad civil: los desafíos del siglo XXI”, organizado por la Universidad de Nápoles “Parthenope”, los días 20 y 21 de febrero de 2020.

** Abogado. Posgrado en Derecho de Daños, Doctorando en Derecho.
Miembro del Colegio de Abogados de Rosario (Santa fe, Argentina).
Miembro del Colegio Público de Abogados de Capital Federal (Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina).
Director del suplemento mensual on line Edición Santa Fe de Eldial.com
Integrante del Comité Internacional de Redacción de la Nueva Biblioteca “Observatorio de Derecho Civil”, Lima, Perú.
Autor incluido en el catálogo del G.L.I.N. (Global Legal International Network) publicación legal de la Biblioteca del Congreso de los EE.UU.
Consejero de la revista Derecho y Cambio Social, Lima, Perú.
Académico invitado al Consejo de Redacción de la publicación científica Revista Ibero Latinoamericana de Seguros, editada por la Universidad Javeriana de Bogotá, Colombia.

de siervos medievales (en casas de chapa, de cartones, sin cloacas, con pisos de tierra, sometidas a la ley de la fuerza y la necesidad) y alrededor de seiscientos duermen en las mismas calles por las que los demás paseamos. A mi criterio, al menos, eso es un problema jurídico. Grave. Y, como tal, exige una respuesta urgente. Vamos, entonces, al intento de articularla.

1. LA REPARACIÓN INTEGRAL COMO PROMESA FUNDACIONAL DEL DERECHO. ¿QUÉ ES? ¿CÓMO FUNCIONA?

El punto de partida del presente trabajo es postular a la reparación integral del daño como principio fundacional del derecho.

Entiendo que un simple ejercicio de imaginación debiera ser suficiente para graficar qué es lo que quiero decir cuando afirmo tal cosa:

Intentemos, por un segundo, imaginar una hipotética sociedad de hombres y mujeres exactamente iguales a nosotros, pero inmunes a toda posibilidad de daño. Un grupo de seres sin ninguna particularidad especial, salvo su extraña característica de no poder ser alcanzados por daños de ningún tipo, ni individual ni colectivamente.

Preguntémonos, ahora: ¿cuál sería la experiencia que esta gente tendría de la injusticia? Y luego, ¿para qué se esforzarían en construir un Derecho?

Desde Kelsen y su norma hipotética fundamental, las ficciones suelen servirnos para exponer, de manera incontrastable, aquello que es difícil pensar sin llevarlo hasta sus extremos. Así entonces, desde esta ingenua suposición inicial declinan algunas afirmaciones ineludibles y con importantísimas implicancias prácticas, según detallo:

- a) El daño no es la negación del Derecho sino su misma razón de existencia.
- b) El Derecho es una herramienta que sirve para avanzar sobre aquellas injusticias que cada sociedad considera como las más obscenas, en el periodo histórico por el que transcurre.
- c) La experiencia de injusticia y el consecuente com/promiso (es decir, la promesa compartida) de minimizar la inscripción de sus efectos disvaliosos en el entramado social, es lo que determina la conformación de lo que se tiene colectivamente por justo, en cada momento histórico determinado.
- d) El espacio de injusticia sobre el que, continua e incesantemente, se debe avanzar resulta ser, sin embargo, inconmensurable. Cada logro jurídico instauro un nuevo problema, cada respuesta a un problema inaugura nuevas preguntas.

En esta dinámica de continuo incesante, propia de la huella colectiva en la que cada vez se inscribe el rastro de las ideas comunes de lo justo, las injusticias obscenas cuyos impactos sociales se aprehenden y se minimizan dejan paso, en

el momento de su minimización a otras injusticias igualmente obscenas que solo permanecían ocultas tras ellas.

Veamos al pasar, ahora, algunos ejemplos notorios para graficar lo que queremos decir, cuando decimos esto:

- a) La violencia de género, por caso, jamás hubiera podido ser pensada colectivamente como problema, en un orden jurídico que mantuviera la incapacidad civil y política de la mujer.
- b) La dignidad vital de extranjeros y migrantes no hubiera sido nunca –y de hecho nunca lo fue- una cuestión jurídica posible en una sociedad que naturalizara la esclavitud.
- c) Los derechos de las infancias autopercebidas jamás habrían tenido lugar durante los siglos y siglos en los que niños y niñas eran poco más que bienes de uso y la autopercepción, ni siquiera una fantasía.

La concepción de justicia, lo sabemos, varía:

- a) a través del tiempo, cada vez más aceleradamente, y
- b) de las geografías, cada vez menos, dada la voluntad creciente de considerar al mundo todo como el espacio común de una sociedad global-.

En ese continuo fluir, la promesa compartida, ya no pasa por la intención de disciplinar al responsable que animaba a los códigos del S. XIX –y mucho menos, se agota en ella- sino que legitima su vigencia histórica en la decisión de no convivir con los daños y, luego, en la urgencia de minimizar la inscripción de sus efectos disvaliosos en el entramado social.

Tal intención supone, claramente, una sustitución paradigmática. Y esta sustitución paradigmática –este cambio del juego, esta alteración de los esquemas- se manifiesta, entre otras cosas, en la variación del foco de aquello que se tiene por justo y como tal, por exigible:

- a) Desde la protección del patrimonio hacia la protección de la persona.
- b) Desde la intención de disciplinar al responsable hacia la idea de reparación integral de la víctima.
- c) Desde la posibilidad de dañar y pagar las consecuencias del daño (situaciones estas que, recordemos, el legendario juez de la Corte norteamericana Oliver Wendell Holmes no dudó en asimilar expresamente) hacia la exigencia de irreductible respeto al principio superior de no dañar a nadie (*neminem laedere*).

Y valga aquí una aclaración adicional de suma importancia, sobre algo que suele pasarse por alto: aunque a veces tendemos a confundirlos, *neminem laedere* no es *alterum non laedere*. Una cosa es estructurar el sistema jurídico a partir del deber de no dañar a nadie y otra, muy distinta, es hacerlo desde

la obligación de no dañar al otro, de dos (que es lo que *alterum non laedere* significa). La diferencia es tan enorme como la distinción de construcciones de sentido, entre:

- a) Un Derecho pensado desde lo contractual –asimilable a lo patrimonial– en el que se asume que hay un “otro” siempre identificado o, al menos, identificable; y en el que lo no patrimonial ingresa, cuando existe, como excepción sancionatoria en mérito al agravio causado por la conducta del responsable y su gravedad.
- b) Un Derecho que intenta pensarse desde la simple y común obligación superior de abstenerse de causar daño, independientemente de si el daño se verifica en el marco de una relación contractual, o no; o si existe, o no, un “otro” identificado o identificable; en el que el reconocimiento se envía desde ese –otro– hacia –los otros– que cualquier nos/otros, como parte de la concepción intersubjetiva de la propia singularidad, implica.

No es por suma de parcialidades que se llega a una noción común de lo justo. No es por el respeto formal a la adición de ciertos derechos específicos que se articula una concepción colectiva de justicia. Funciona exactamente al revés; hay que partir desde la asunción material de la idea. La reparación integral expresa la decisión colectiva de no convivir con los daños. Todo lo injustificado es injusto; ningún daño es legal. Y luego, nadie es de nadie. Ninguna vida vale más, ninguna muerte vale menos.

Este último salto conceptual –el de comprometerse efectivamente con la vida de las personas– es el que se resisten a dar algunos sistemas jurídicos (el argentino, por ejemplo) que declaman su intención de articularse desde el respeto a la reparación integral, pero permanecen aferrados al confort de su tradicional lógica de responsabilidad civil y, en última instancia, calman su mala conciencia limitándose a cambiar etiquetas, ampliar relativamente la base de legitimación y aumentar algunos montos indemnizatorios.

Pensar, de verdad, en términos de reparación integral del daño, exige enviar la concepción del derecho desde el “*deber ser*” al “*poder hacer*”; tal y como proponen Amartya Sen y Martha Nussbaum en su conocido “enfoque de las capacidades” o, entre nosotros, italianos y sudamericanos, había anticipado ya, de alguna manera, el gran Carlos Fernández Sessarego, mi maestro tan querido, en su idea del “*derecho como libertad*”.

En definitiva, se trata en este envío de sustituir la ficción de *igualdad formal ante la ley*, por la asunción material de un *continuo e incesante compromiso de igualdad*. No es un paso menor, claro. Exige identificar un punto de inflexión, una instancia de no retorno. Y a partir de la asunción de ese no-regreso, adoptar la valentía de cambiar los problemas, de reformular las preguntas, de empezar a considerar aquellos “*rompecabezas*” –tal y como le gustaba decir a Thomas Kuhn–

que los esquemas tradicionales nos obligaban a obviar, como precio necesario para seguir brindándonos sus ciegas (y falsas) certezas.

2. LA SIMPLIFICACIÓN DE LOS PRESUPUESTOS DE RESARCIMIENTO / REPARACIÓN

Si en un esquema de responsabilidad civil los presupuestos para el resarcimiento son cuatro (daño, antijuridicidad, causalidad y factor de atribución); desde la perspectiva de la reparación integral, la obligación de reparar resulta ya exigible con la presencia de dos:

- a) El daño (que, como abundaremos, incluye también la realidad de su amenaza cierta)
- b) Un factor de atribución

Así, entonces:

- a) **La antijuridicidad no puede postularse como presupuesto de la reparación.** Porque si lo que se repara es todo daño no expresamente justificado; lo antijurídico, si es que tal concepto existe (discusión ardua, que no podemos dar hoy aquí) es la propia ocurrencia dañosa. Y, porque además –valga el caso de la compañía aseguradora, obligada dentro de los límites del contrato, por suficiente ejemplo- en un creciente número de casos, la obligación de reparar surge desde un comportamiento estrictamente jurídico -en el ejemplo, la firma de ese contrato y la intención de hacer de la asunción de los riesgos ajenos una operatoria habitual- y no de un comportamiento negatorio del derecho.
- b) **La causalidad no se sostiene como presupuesto autónomo. Es, antes que eso, un antecedente necesario del factor de atribución:** si dirijo la obligación de reparar hacia uno o unos sujetos jurídicos y no hacia otros, es porque reconozco, previamente, una causa que así lo determina.

Algo es importante señalar aquí: hay que diferenciar adecuadamente los dos usos que solemos confundir en el concepto de **la causalidad entendida como nexos entre un hecho y su imputación.**

1. la causalidad material (que tiene que ver con la conducta de acción u omisión en el momento de la irrupción dañosa) y
2. la causalidad jurídica (que puede o no coincidir con la anterior y supone, siempre, una atribución previa del riesgo).

En un sistema de reparación integral, articulado en base a la generalización del factor de atribución objetivo, lógicamente, la generalización consecuente de las causalidades jurídicas -volvemos aquí al ejemplo de la compañía aseguradora, pero incluimos ahora al Estado y a la exigibilidad de su responsabilidad positiva, también- resulta preferente a la material.

Ello así, en tanto supone, en primera instancia, la efectividad de la reparación –que es lo que el sistema jerarquiza- sorteando la posible insolvencia del causante material del daño. Y así entonces, desde esta nueva perspectiva, la clásica diferenciación entre daños continuados y daños permanentes resulta de ningún valor. Todo daño es continuado mientras permanezca sin su reparación íntegra; se genera y se regenera –desde sí mismo, con dinámica de autopoiesis- a cada momento en que sus consecuencias menoscabantes se presentan a la consciencia singular (siempre intersubjetiva) de la víctima.

3. LA VIABILIDAD CONCEPTUAL DE LA PREVENCIÓN DEL DAÑO

Situar como horizonte deseable la generalidad del factor objetivo de atribución y, por consecuencia, la generalización de la causalidad jurídica como antecedente, nos lleva directamente a la posibilidad conceptual de anticiparnos al daño y, en el reconocimiento de los riesgos de su manifestación potencial, prevenirlo. **Posibilidad ésta que, en los hechos, nos vemos obligados a aceptar como absolutamente imposible –y notoriamente forzada, cada vez que su introducción agregada tiene lugar- en un esquema de responsabilidad civil** en el cual, recordemos, el centro del sistema se asienta sobre quién debe responder por lo que ya ocurrió.

“Reparar”, etimológicamente derivado del latín *reparare*, alude –al menos en español, según las doce acepciones del diccionario oficial- tanto a la acción de “*desagraviar, satisfacer al ofendido*” –en la que se asimilaría a “*responder*”- como a la de “*remediar o precaver un daño o perjuicio*”.

“*Remediar*” o “*precaver*” señalan dos momentos distintos en la aprehensión del fenómeno del daño y su reparación íntegra. Volveremos específicamente sobre esto.

Por el momento, sería muy importante fijar expresamente lo ya dicho: En su envío o transmigración conceptual desde el “*alterum non laedere*” al “*neminem laedere*”, la acción jurídica de reparar podrá entonces dirigirse a la evitación de un daño que –si esa misma acción es eficiente en la obtención de los resultados que persigue- no llegará a producirse jamás.

Y así entonces:

- a) Mal puede exigirse para dar lugar a la reparación, la manifestación fehaciente del daño –volvemos aquí a la aclaración que hacíamos cuando situábamos al daño como presupuesto, incluyendo la realidad de su amenaza cierta-.
- b) El principio precautorio articula la primera instancia de la reparación y, así como resulta de introducción forzada en cualquier esquema de responsabilidad civil, configura el punto de partida necesario, para pensar la reparación integral.

Solo si la intención precautoria del primer momento de la reparación fracasa, al menos parcialmente, el daño irrumpirá en el entramado social, manifestándose como acontecimiento disvalioso. Luego, tras la efectiva producción del daño, la expectativa de reparación mutará su campo de sentido, pasando a ser entendida como exigencia de imposición de un –remedio eficaz” para minimizar o mitigar sus consecuencias.

Es decir que –a diferencia de simplemente –responder– por él– reparar un daño es, primero, evitar que se produzca y, solo después –una vez producido– minimizar o mitigar sus efectos.

4. CONSECUENCIAS TEÓRICAS Y PRÁCTICAS

Por razones de tiempo, no es posible desarrollar aquí las innumerables consecuencias teóricas y prácticas que implica la sustitución paradigmática superadora en el fenómeno del daño y su aprehensión jurídica. Sin embargo, sí podemos enumerar y describir brevemente aquellas que parecen de mayor evidencia:

- a) Si toda sustitución paradigmática, al decir de Kuhn, supone un cambio en el juego de lenguaje utilizado, que inaugura la posibilidad de resolver –rompecabezas– antes desdeñados por su imposible resolución; **una perspectiva de reparación integral permite afrontar aquellos daños a los que los sistemas de responsabilidad civil no dan solución alguna y, obviándolos, tienen por “ajenos al derecho”,** incrementando las cargas subjetivas de las víctimas obligadas a cargar con ellos y minando la credibilidad que el sistema de derecho en cuestión genera en aquellas personas victimizadas y su entorno.
- b) En la consolidación del “*neminem laedere*” como premisa fundamental y la institucionalización del principio precautorio como punto de partida ineludible, la reparación integral sitúa al derecho en el lugar de un com/promiso colectivo. Y en tanto tal, obliga al sistema jurídico a sostenerse sobre dos principios elementales:
 1. **Principio de optimización:** la credibilidad hace a la promesa y el sistema jurídico en el que el descreimiento se generaliza deja de regir materialmente (he aquí el problema de fondo en nuestras sociedades segregadas, en las que innumerables personas no tienen ya ninguna expectativa sobre el orden de legitimidad que los excluye y los invisibiliza).
 2. **Principio de completitud:** la promesa jurídica de reparación integral que sostiene el compromiso de no convivir con los daños, debe llegar a todos. Entonces, cuando hay miles, millones, de personas excluidas del com/promiso que para ellas no se cumple; la promesa que hasta

ellas no llega, termina –en la generación de inseguridades crecientes y en la retracción continua de las fronteras de legitimidad- por no llegar a nadie.

c) Asumida, entonces, la promesa y generalizado colectivamente el compromiso; la exigencia de reparación integral y la legitimación de su expectativa como acto restaurador –justificada por la decisión de no convivir con el daño y por el reconocimiento de este como real, desde la irrupción de su amenaza- se despliegan en cuatro momentos recursivos –no simplemente sucesivos- que marcan el rumbo del continuo incesante en el que nuestro sistema de Derecho, como representación histórica de la noción de justicia que adoptamos, reivindica su credibilidad. A saber:

1. **Prevención de la amenaza.** Sostenida, en lo genérico, por la imposición del *neminem laedere* y, en lo específico, por la exigibilidad del principio precautorio.
2. **Reconocimiento del daño.** Ante el fracaso total o parcial de la prevención, el reconocimiento del daño supone ya la minimización de sus efectos.
3. **Resarcibilidad.** Exige la reparación íntegra de todo daño, no expresamente justificado, que supere el umbral de la mera incomodidad que la coexistencia social supone.
4. **Desvictimización.** Expresa la finalidad misma de la promesa performativa del Derecho y su razón primordial de existencia.

Una sociedad de víctimas es inhabitable: si algo nos ha enseñado la historia es que la victimización supone una peligrosa tendencia a la atribución de impunidad. Y, así entonces, **mientras exista alguien condenado a construir su subjetividad desde el lugar de víctima, el principio de completitud estará siempre por cumplirse.**

Si observamos que en nuestras sociedades segregadas de sudamérica, las personas victimizadas, excluidas, resultan incontables, parece fácil ver por qué la vigencia del derecho se reduce a círculos de legitimidad cada vez más pequeños, cerrados sobre sí. Y luego, por qué, a uno y otro lado de esas fronteras internas, siempre provisionarias, acabamos por ser todos rehenes de los espacios “liberados”, resignados, por la perversa dinámica continua de retracción de lo legítimo

5. CONCLUSIONES

En la huella de este rápido repaso que el tiempo y las circunstancias nos han permitido –y con la promesa de volver a encontrarnos para ampliar el tema- es posible, sin embargo, inscribir el rastro de algunas conclusiones necesarias, urgentes, que se desprenden de todo lo que hemos logrado decir hasta aquí:

- a) Mientras no se asuma que la marginalidad de millones de personas y la marginación de los dañados de quienes el paradigma de “responsabilidad civil” se desentiende, son problemas inequívocamente jurídicos; la promesa del derecho no será verosímil y el derecho mismo, formalmente vigente, reducirá continua e incesantemente los límites de su aplicación material.
- b) En tanto sigamos escondiendo la **alarmante y exponencial exclusión jurídica** –resultado del empecinamiento del derecho en desconocer la marginalidad y la marginación que no entran en sus esquemas- tras la máscara fácil y autoabsolutoria de la exclusión social (si es “la sociedad” la que excluye, la exclusión es natural, nada podemos hacer con ella) la segregación de la sociedad, la invisibilidad de lo segregado y el descrédito de nuestros sistemas de Derecho, seguirán multiplicándose geoméricamente.

Y una aclaración vuelve a ser necesaria, ahora, sobre lo que intentamos decir: no hay exclusión social porque no existe otro lugar hacia el que puedan ir los excluidos –en una sociedad fruto de la exclusión, que a su vez excluya, y así sucesivamente, ad infinitum-. **En cada espacio de juridicidad solo cabe una única sociedad. Y en nuestras sociedades jurídicamente excluyentes hay una gran cantidad de personas que, siendo parte de ellas, no tienen derecho a nada.**

- c) Los límites de la responsabilidad civil, que –centrándose en el “responsable”, agota su perspectiva en la sanción- se demuestran a diario en la cotidianeidad de cada uno de aquellos –y son muchos- para quienes la amenaza debilitada y diferida de la ley carece de toda fuerza (los que “están jugados”) en tanto han sido condenados a vivir en contextos segregados por la legitimidad y, sojuzgados por la fuerza y por la necesidad, están sujetos a una permanente amenaza material inmediata.

Por eso, urge pensar el derecho como promesa –que, aunque incluye fundamentalmente la sanción como promesa negativa, no se agota en ella; sino que la considera una instancia necesaria de la promesa positiva que la precede y la sucede, justificándola-.

Solo ese cambio de paradigma nos permitirá dar el salto cualitativo desde declaraciones genéricas del tipo “*Todo niño tiene derecho a alentar un proyecto de vida que debe ser cuidado y fomentado por los poderes públicos para que se desarrolle en su beneficio y en el de la sociedad a la que pertenece*” (CIDH, caso “Niños de la Calle vs. Guatemala, 1999) –con la que pocos podrían no estar de acuerdo- hacia resoluciones específicas como la dictada por la Cámara en lo Contencioso Administrativo de la ciudad de La Plata, provincia de Buenos Aires en 1911, que ante la situación de una madre de tres hijos en indigencia, condena solidariamente a los estados –municipal y provincial- involucrados, ordenando

que: “1. Provean en un plazo que no excediera de los sesenta días una vivienda adecuada para la actora y sus tres hijos menores de edad. 2. Cubran su alojamiento hasta que se diera cumplimiento a la provisión que se ordenó. 3. Incluyan al grupo familiar en un régimen de subsidios mensual, con aptitud de satisfacer las necesidades de supervivencia de su familia”.

Y ello así, en tanto se entiende que “Si bien las condiciones de vida que son necesarias para el desarrollo del niño son responsabilidad primordial de sus padres, junto a esta última se encuentra la responsabilidad del Estado en garantizar las condiciones necesarias para que los padres puedan dar efectividad al derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social”.

d) Un derecho que excluye –y legitimar, naturalizar la exclusión, es excluir–, daña.

Cualquier sistema jurídico que no asuma la responsabilidad objetiva del Estado por la indigencia –en cuanto no conciba la situación de indigencia como un daño jurídico- y no le imponga positivamente la obligación de reparar la situación -en las dos instancias que, como hemos visto, incluye la reparación- previéndola para que no ocurra y, luego, minimizando sus efectos, en el otorgamiento de posibilidades concretas para revertirla; segrega, invisibiliza, reduce de hecho el territorio de su imperio y, genera una naturalización de la violencia –más allá de las fronteras internas que traza– y de la inseguridad –más acá– que termina tomando por rehenes a todos aquellos sobre los que rige.

e) En ese contexto, ampliar la base de legitimación activa para reclamar resarcimiento de los propios daños o instaurar la consideración del daño al proyecto de vida y el daño existencial como rubros resarcitorios -avances impuestos en la legislación argentina desde la sanción del Código Civil y Comercial Unificado de 2015 que sigue, en lo general, el esquema resarcitorio por el que he pugnado durante décadas, siempre en minoría y a veces en solitario- parece tan insuficiente como lo sería un buen analgésico frente al avance indetenible de una enfermedad terminal.

f) Mientras nuestra forma de pensar lo jurídico –que es, lo sabemos, nuestra institución colectiva más antigua y consolidada- niegue la promesa compartida de minimización de los daños que sostiene la expectativa común de justicia y siga aceptando el decirle a gran parte de la población que su situación de indigencia y segregación **resulta indiferente para la sociedad a la que pertenece –y a la que sigue y seguirá perteneciendo, con o sin su voluntad, y aunque la juridicidad insista en excluirla-** semejante privación de derechos, impedirá la vigencia real del sistema de Derecho que la naturaliza.

Sin completitud –cuando la promesa no llega a todos– no hay optimización –divorciado de la idea común de justicia, el derecho se expone a la generalización del descrédito–. Y, entonces:

- g) Cuando en una dinámica absurda y suicida de acumulación de poder y de riquezas a partir de la jerarquización de las vidas y de las muertes, insistimos en decirle a muchos que su existencia resulta irrelevante para el resto; ninguna relevancia tiene la existencia de nadie más.
- h) **Si el derecho, empeñándose en negar toda viabilidad cierta de un proyecto vital para mí y desentendiéndose absolutamente de mi situación de indigencia, me muestra y me demuestra en los hechos –a pesar de sus declaraciones formales de igualdad- que mi vida no vale y que mi muerte no importa; ¿por qué respetaría yo el derecho a la vida de los otros? ¿con qué argumento jurídico debieran importarme sus muertes?**

Esta es la pregunta que quisiera dejar planteada, para terminar mi disertación, ante ustedes. Gracias enormes, otra vez, por vuestro respeto y por vuestro interés en escucharme. Vuestra consideración, me honra. Infinitamente.

BREVES REFLEXIONES SOBRE EL OBJETO DE ESTUDIO Y LA FINALIDAD DEL DERECHO

*Dr. Carlos Fernández Sessarego**

1. PREOCUPACIÓN EN TORNO A LO JURÍDICO

Una mirada retrospectiva nos permite comprobar que han sido dos las preocupaciones cardinales que han estado siempre presentes en nuestro devenir existencial como juristas. Ambas tienen su origen en la época en que nos iniciamos como estudiantes de Derecho, en un ya lejano 1945 del siglo pasado. La primera de ellas, que en aquel entonces se nos presentaba como apremiante, se centraba en conocer cuál era el objeto de estudio de nuestra disciplina y, la segunda, se concretaba en saber cuál era su finalidad. Considerábamos en aquellos tiempos, que antes de iniciar una carrera profesional debíamos tener claridad y seguridad sobre cuál era ese objeto, así como también sobre la finalidad y utilidad del Derecho para la vida humana, para nuestro futuro personal. Estimábamos que, sin despejar dichas preocupaciones, no superaríamos nuestra inquietud, nuestro explicable auroral desconcierto.

Somos plenamente conscientes que ambos asuntos se dan por sabidos y, por consiguiente, pareciera del todo ocioso, y hasta impertinente, ocuparnos de ellos a la altura del siglo XXI. Sin embargo, nuestra experiencia de sesenta años en la docencia jurídica en varios países, tanto en pregrados como en postgrados, nos permite aseverar que ello no es del todo exacto. Desde nuestra perspectiva personal, tenemos la impresión –por no decir la certeza– que no todos los colegas, con quienes a diario tratamos en nuestro país, ni la inmensa mayoría de nuestros estudiantes están seguros sobre si sus respuestas a dichas dos cuestiones son las correctas o no tienen conciencia de su falsa apreciación. O, lo peor que puede suceder, es que el asunto ni les interesa ni les preocupa dado que profesan un extremo pragmatismo, propio del tiempo que vivimos.

Hemos verificado, en distintas ocasiones, que las respuestas en torno a dichas dos preocupaciones de parte de estudiantes, abogados y hasta cierto

* Doctor en Derecho, Universidad Nacional Mayor de San Marcos

sector de profesores que, por lo general, han arribado a un alto grado de especialización en una determinada materia, no son las mismas. A algunos, metafóricamente, les basta conocer el árbol sin interesarse por contar con una visión del bosque en el que aquel está implantado. Ellos, tal vez, no han tenido, durante sus estudios profesionales, la oportunidad de ahondar en la materia o han carecido de la necesaria vocación para profundizar en el conocimiento de dichos problemáticos como capitales asuntos. Una notoria mayoría, al menos en nuestro país, sigue considerando, por ejemplo, que la norma es el objeto de estudio del Derecho y que la justicia es la finalidad por él perseguida.

Estas inquietudes de estudiante nos obligaron a investigar sobre dichas cuestiones para encontrar una respuesta que nos tranquilizara, que nos despejara nuestras juveniles inquietudes por saber los alcances de la materia que empezábamos a estudiar.

2. LA BUSQUEDA DE RESPUESTAS SOBRE EL OBJETO DE ESTUDIO DEL DERECHO

Recordamos en esta ocasión que, en cuanto a la primera de dichas interrogantes en torno al cuál es el objeto de estudio del Derecho, fue grande nuestra sorpresa, seguida de un natural desconcierto, cuando el ilustre jusfilósofo peruano, Juan Bautista de La valle, que tenía a su cargo el curso de Introducción a Derecho en el primer año de Facultad, nos explicó –dándolo por sentado- que, según Hans Kelsen, dicho objeto eran las normas jurídicas pues, de conformidad con lo postulado por la Teoría Pura del Derecho, la vida humana social y los valores pertenecían a lo metajurídico. Se encontraban, por consiguiente, allende las fronteras del Derecho.

La reacción que nos suscitó la exposición del mencionado profesor, antes descrita, tenía como explicación el que, según nuestros estudios de Filosofía cursados en la Facultad de Letras de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, resultaba imposible extrañar al ser humano y a los valores, por él sentidos y vividos, de cualquier disciplina referida al conocimiento de las conductas del ser humano en la dimensión de sus relaciones sociales. Y, el Derecho, es una de ellas. Los seres humanos se encuentran inicialmente presentes en la realidad de la vida jurídica, a través de conductas humanas intersubjetivas. Es así que podemos decir que si Caín no mata a Abel no hay nada que valorar ni nada que normar. Ello nos pareció indiscutible, Sin conductas humanas intersubjetivas no es posible imaginar la existencia del Derecho.

Cuando, simultáneamente con las lecciones recibidas en el primer año de la Facultad nos introducimos con explicable curiosidad, en el conocimiento de la doctrina imperante en los años cuarenta del siglo XX, percibimos como bien se sabe, que existían tres diferentes respuestas sobre cuál es el objeto de estudio del Derecho: la jusnaturalista, la formalista y la sociológica, cada una de las

cuales reclamaba que los valores, las normas jurídicas o la vida humana social, respectivamente, se constituían como dicho objeto.

En el momento de nuestro ingreso a la facultad de Derecho imperaba en la doctrina la teoría formalista según lo expuesto por el eximio Kelsen. Ella dominaba notoriamente el escenario jurídico de aquel momento. Constituía el pensamiento mayoritario que encontrábamos en los textos jurídicos como en la casi generalidad de profesores de la materia. Esta realidad contribuyó a nuestro afán por investigar la materia, sin conocer que nos introducíamos en un campo por demás complicado para un estudiante de Derecho. Con la perspectiva que nos ofrece el tiempo, comprendemos que sin la preparación filosófica que teníamos nos hubiera sido imposible afrontar tan ardua tarea.

Nuestro inicial desconcierto se acrecentó cuando, leyéndola magnífica obra del filósofo hispano Xavier Zubiri, *Naturaleza, Historia, Dios*, comprendimos que, si la ciencia “no posee claridad previa acerca de lo que persigue, es que aún no es ciencia”. También entendimos que “todo titubeo en este punto es signo inequívoco de imperfección”, aunque esto “no quiere decir que la ciencia es inmutable”. Las expresiones de Zubiri justificaron y avalaron nuestras interrogantes y nos dieron, tal vez, el suficiente valor para iniciarnos en la ambiciosa tarea estudiantil de hallar las respuestas que aquietaran nuestras dos juveniles inquietudes, las cuales, como está dicho, considerábamos indispensables y previas a todos los conocimientos dogmáticos de los que éramos receptores.

Luego de leer el mencionado libro de Xavier Zubiri percibimos, con mayor claridad, que nuestra disciplina jurídica no podía titubear en un tema tan importante como era el de saber cuál de los tres objetos antes aludidos –vida humana social, normas o valores- se constituía como el propio de su estudio. Estimábamos a nuestro entender, en coincidencia con lo expresado por el filósofo hispano, que no era posible que una ciencia tuviera, simultáneamente, tres distintos objetos de conocimiento. Ello significaba, evidentemente, un signo de imperfección, de inmadurez de nuestra disciplina. Ante esta situación, nuestro empeño como estudiantes, a pesar de nuestras explicables limitaciones, fue el plantearnos el difícil reto de reflexionar sobre este problema con la audaz intención de desentrañarlo, de ser ello posible. Fueron cuatro largos años que, de 1945 a 1949 del siglo pasado, le dedicamos a la lectura de cuanto libro de Teoría del Derecho y de Filosofía que, relacionados con el tema de nuestra inquietud, encontrábamos en la nutrida Biblioteca de nuestra Facultad. Después de muchas fatigas culminamos nuestra tarea a fines del último de los años antes señalados. Considerábamos que habíamos logrado superar nuestra juvenil inquietud. Conseguimos hallar una respuesta que, aunque fuere provisional, nos

1 ZUBIRI, Xavier, *Naturaleza, Historia, Dios*. Poblet. Buenos Aires. 1948. Pag. 135

permitía comprender mejor en qué consistía la estructura del Derecho y cuál era su finalidad. A partir de esta necesaria comprobación pudimos obtener la indispensable claridad intelectual para continuar nuestro trabajo sobre bases que estimábamos firmes y confiables.

3. LA FILOSOFÍA DE LA EXISTENCIA COMO SUSTENTO DE NUESTRAS REFLEXIONES

Por aquellos años cuarenta del siglo XX, como estudiantes de la Facultad de Letras de la Universidad Nacional de San Marcos, habíamos revisado algunas obras de Kant, Fichte, Husserl, Dilthey, Kierkegaard, así como las de los mayores exponentes de la filosofía de la existencia de la primera mitad del siglo XX, tales como Jaspers, Marcel, Zubiri, Sartre, Heidegger. Habíamos conocido y aprovechado los hallazgos de la Teoría Ecológica del Derecho concebida por el notable jusfilósofo argentino Carlos Cossio, así como consultado ciertas obras de jusfilósofos como Recaséns Siches, Del Vecchio, García Maynez, Radbruch y Legaz y Lacambra, y las de los filósofos Husserl, Dilthey, Julián Marías, Max Scheler, Francisco Romero, entre otros. Recordamos que el libro de Scheler, *El puesto del hombre en el cosmos*², fue, en 1943, uno de los primeros que cayó en nuestras manos. La obra de Kelsen no podía faltar entre las obras que estudiamos con la mayor atención.

Recordamos que algunos de los libros de los autores de la escuela de la filosofía de la existencia, antes mencionados, que empezaban a ser traducidos al castellano. Los leímos con avidez. Nos deslumbró una escuela filosófica que tuviera al ser humano en el centro de sus reflexiones. Sentimos que un aire nuevo había ingresado a los predios filosóficos. Tampoco podemos dejar de mencionar el entusiasmo que nos despertó la lectura del libro *El concepto de la angustia*³ del danés Søren Kierkegaard quien, interesado en conocer la psicología del pecado, se tropieza con la libertad. Extraordinario hallazgo que reforzó nuestros conocimientos en aquellos años.

Todas aquellas lecturas constituyeron el principal bagaje con el que nos atrevimos a afrontar, con entusiasmo y perseverancia, no exentos de un cierto temor, la ardua tarea que, impulsados por nuestra curiosidad intelectual, nos habíamos impuesto sin tener plena conciencia de la hondura y complejidad del asunto a descifrar.

La nueva concepción del hombre como un ser libertad fue la base, la clave y el sustento de nuestras reflexiones enderezadas a precisar, de ser ello posible, el objeto de estudio de nuestra disciplina. Teníamos ante nuestra

2 SCHELER, Max, *El puesto del hombre en el cosmos*. Poblet. Buenos Aires. 1938.

3 KIERKEGAARD, Soren, *El concepto de la angustia*. Losada. Buenos Aires. 1943.

mirada un ser humano que ya no era tan sólo un “animal racional” sino un ser libre y estructuralmente coexistencial y temporal. Todo ello nos permitió que lo describiéramos como siendo “una unidad psicosomática constituida y sustentada en su libertad”. Libertad que nos hace seres espirituales. Nos habíamos liberado -¡al fin!- de las enseñanzas recibidas en la escuela secundaria en el sentido que el hombre era un “animal racionar Es decir, que su ser era la razón, la que lo distinguía de los demás entes del mundo en el que nos ha tocado vivir. Habíamos superado las enseñanzas de Boecio quien, en el siglo VI d.C., cuando el Imperio Romano llegaba a su ocaso, pre-sentaba al hombre como una “sustancia indivisa de naturaleza racional”. Concordamos con la primera parte de su afirmación, más no con la segunda. De ahí que pensáramos el Derecho en función de la persona humana inserta en su comunidad.

Para precisar la distinción entre el “ser humano” y los demás animales nos fue útil, en gran medida, la lectura del citado libro de Max Scheler titulado El puesto del hombre en el cosmos.

Después de hondas cavilaciones, de dudas, de angustiosos despertares, motivados e inspirados, en gran medida, entre otros, por el pensamiento de Sóren Kierkegaard y de Carlos Cossio⁴, en lo que de ellos considerábamos aprovechable para nuestra búsqueda, y la de los valiosos aportes de la filosofía de la existencia sobre la naturaleza del ser humano, llegamos a obtener una respuesta a la primera de nuestras inquietudes. Ella nos satisfizo y nos devolvió la calma. Nos permitió tener una sólida base conceptual para el desarrollo de nuestros estudios y, más tarde, de nuestras investigaciones. No nos hemos apartado de esta línea de pensamiento que hace de la persona el centro de la preocupación filosófica y jurídica.

Es del caso señalar que consideramos que no hubiéramos alcanzado las conclusiones expuestas sin contar con una base filosófica, de un lado y, del otro, sin partir de la observación de la realidad de la vida viviente. La filosofía nos permite ver a pesar de la niebla o la bruma que se interponen entre nuestro conocimiento y los entes cuya naturaleza pretendemos escudriñar.

4. CONCEPCIÓN TRIDIMENSIONAL DEL DERECHO

La exposición y justificación de aquella inédita res-puesta, que afanosamente encontramos durante nuestro paso por las aulas de la Facultad de Derecho, se desarrolló en nuestra tesis para obtener el grado de Bachiller en Derecho, titulada Bosquejo para una determinación ontológica del Derecho, la que fuera presentada en 1950 ante la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional

4 COSSIO, Carlos, La Teoría Ecológica y el concepto jurídico de libertad. primera edición. Abeledo- Perrot. Buenos Aires. 1948 y segunda edición 1964.

Mayor de San Marcos. En ella llegamos a la conclusión que el Derecho tenía como objeto de su estudio la interacción -no la simple yuxtaposición- de vida humana social, valores y normas jurídicas. Es decir, que el objeto del Derecho es una realidad de estructura tridimensional, por lo que su concepto describe esta peculiar situación. Recordamos que, salvo nuestro maestro, José León Barandiarán, los demás cuatro miembros del Jurado, a pesar de felicitar-nos por el esfuerzo desplegado, no concordaron, en absoluto, con nuestra propuesta. Años después comprendimos que ello era natural pues no podían aceptar que un estudiante rebatiera la tesis formalista, sustentada principalmente en Kelsen, que, como está dicho, dominaba la doctrina de aquellos años y que ellos compartían a plenitud.

Sin conocernos ni haber tenido contacto alguno, el profesor de la Universidad de San Paulo, Miguel Reale, en su libro de 1953 nominado *Filosofia do Direito*, llegaría a similar planteamiento que el contenido en nuestra tesis de Bachiller de 1950. A él se le debe la designación de Teoría Tridimensional del Derecho con la que se conoce el hallazgo en mención.

Si bien, en términos generales, alcanzamos similar resultado, existen algunas diferencias entre el desarrollo del pensamiento de Reale y el nuestro. Ellas han sido precisadas por algunos de los críticos y comentaristas de la mencionada Teoría. En este sentido, por ejemplo, el destacado filósofo peruano David Sobrevilla Alcázar encuentra que, para Reale, la articulación de hecho, valor y norma es dialéctica desde que surge del antagonismo entre el hecho y el valor para la aparición de la norma. Reconoce, en cambio, que la articulación que proponemos en la citada tesis “está constituida por la aplicación de la teoría de la significación de Edmund Husserl”⁵.

Otras diferencias que han sido halladas por los comentaristas se refieren al hecho que nuestra posición encuentra su raíz, punto de partida y apoyo, en la Filosofía, mientras que Reale parte de la Jusfilosofía para la construcción de la Teoría Tridimensional. De otro lado, Reale privilegia la norma como el elemento más importante de la trilogía, mientras que, para nosotros, lo es la vida humana, la conducta humana intersubjetiva. Consideramos que la secuencia del Derecho se inicia, siempre y necesariamente, en la relación humana intersubjetiva, la que se produce en la vida comunitaria, la cual, después de ser valorada, se concreta, como permisión o prohibición, en la norma jurídica.

5 SOBREVILLA ALCÁZAR, David, en el Prólogo al libro del autor, *El derecho como libertad*, denominación con la que se publica la parte medular de la tesis *Bosquejo para una determinación ontológica del derecho*. La cita se encuentra en la p. 17 de la tercera edición de la mencionada obra. La primera edición del libro es de 1987, en Lima por “Studium”. La segunda aparece 1984, editada en Lima, por la Universidad de Lima. La tercera edición, publicada también en Lima, data del 2006 y se debe a la editorial Ara. En tercera edición se publica íntegramente el texto de la mencionada tesis de 1950.

Cabe señalar que la tesis en referencia permaneció inédita por 37 años, habiéndose publicado recién en 1987 por iniciativa de los jusfilósofos peruanos David Sobrevilla y Domingo García Belaunde, con el título de *El derecho como libertad*. Al primero de ellos le correspondió escribir el Prólogo del libro, mientras que el segundo tuvo a su cargo elaborar su Presentación. Estas fueron las condiciones que les propuse para justificar la actualidad de la tesis no obstante su tardía edición.

No obstante, como lo señala Domingo García Belaunde en la Presentación del libro en mención: “La tesis ha permanecido inédita durante este tiempo (37 años), pero tuvo una suerte singular: de ella se hicieron diversas copias que circularon sigilosamente por diversas manos, tanto en el país como en el extranjero, a veces con consentimiento del autor, y otras veces sin él”⁶.

En el libro de nuestra autoría titulado *Derecho y persona*, cuya primera edición data de 1990⁷ y, la cuarta del 2001, volvimos sobre el tema del objeto de estudio del Derecho. Así, decíamos en esa oportunidad que el tridimensionalismo jurídico “en su versión dinámica, que se perfila y desarrolla nítida-mente a partir de la década del 50 (del siglo XX), significa la mostración de la experiencia jurídica tal y como ella se nos presenta, como un quehacer humano ínsito en el devenir histórico-cultural”. Y agregábamos que el tridimensionalismo “no es en su fase primaria una mera construcción o concepción intelectual, sino que se constituye como la inmediata patencia del Derecho en cuanto proceso en el que interactúan, en recíproca e ineludible exigencia, en dinámica unidad, tres dimensiones de las cuales no se puede prescindir si se quiere captar el derecho en su totalidad”⁸.

Dichas dimensiones, como lo hemos anotado, son la conducta intersubjetiva -a la que Reale alude como “hecho”-, es decir, el elemento sociológico-existencial, la norma jurídica y los valores que se vivencian en la experiencia jurídica⁹. Para nosotros el “hecho” al que se refiere el maestro paulista no es otra cosa que “conducta humana intersubjetiva”. No son los “hechos”, en término generales, los que generan Derecho sino la interacción de vida humana social.

En síntesis, nuestra juvenil exposición concluía sosteniendo que el objeto de estudio de nuestra disciplina se constituye, como está dicho, por la interacción entre vida humana social, valores y normas jurídicas. Si bien ninguno de estos tres elementos es, por sí sólo, el objeto de conocimiento y estudio del Derecho,

6 GARCÍA BELAUNDE, Domingo, en la Presentación del libro *El derecho como libertad*, tercera edición. Editorial ARA. Lima. 2006. pág. 25-26.

7 FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *Derecho y persona*. Primera edición. Inesla. Lima 1990. La cuarta edición data del 2001 y fue publicada en Lima por Grijley.

8 FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *Derecho y persona*, cuarta edición. ob. cit. pág. 70.

9 FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *Derecho y persona*, cuarta edición. ob. cit., pág. 70.

ninguno de ellos puede estar ausente cuando nos referimos a lo jurídico. En este sentido, en la citada tesis de Bachiller de 1950 expresamos que “para captar lo jurídico en su integridad debemos considerar aquellas categorías en su inescindible unidad”¹⁰. Unidad conceptual que resulta de su mutua exigencia.

Cabe señalar que la mencionada interacción es posible en tanto el ser humano tiene, simultáneamente, la inherente capacidad para vivenciar valores y para producir, en cuanto ser racional, juicios descriptivos-prescriptivos, es decir, normas de conducta. Recordamos que cuando enseñábamos el curso de Teoría del Derecho utilizábamos algunos ejemplos para que nuestros alumnos comprendieran mejor cómo funciona la interacción entre su-jetos u objetos para lograr un único concepto. Así, entre otros, nos referíamos a la Santísima Trinidad donde interactúan tres personas para lograr el único concepto de “Dios”. Lo mismo ocurre con las piezas de un motor, donde todas interactúan para alcanzar el concepto único “motor”. Ninguna de las piezas es el motor, pero ninguna puede faltar para que podamos afirmar que estamos frente a un motor en marcha. Presentábamos además otros ejemplos, pero el que más éxito tuvo fue el del pisco sauer en el que interactúan pisco, limón y amargo de angostura. Ni el pisco es el “pisco sauer” como tampoco lo son el limón o el amargo de angostura, pero ninguno puede estar ausente si se trata del concepto “pisco sauer”.

5. APLICACIÓN DE LA NUEVA CONCEPCIÓN DEL DERECHO Y DE LA TEORÍA TRIDIMENSIONAL PARA LA MEJOR LA COMPRENSIÓN DE LA NATURALEZA DE LAS INSTITUCIONES JURÍDICAS

Cuando egresamos de la universidad teníamos algunos vacíos en nuestros conocimientos jurídicos. Así, recordamos que no distinguíamos con nitidez entre el concepto y alcances de la capacidad designada como de derecho o de goce y aquella llamada de ejercicio o de obrar. La “persona jurídica” nos resultaba un concepto difuso. Desconocíamos su estructura aunque sabíamos cuáles eran consideradas como tales en el ordenamiento jurídico así como conocíamos su regulación positiva. No entendíamos, tampoco, cómo en el Derecho era posible la existencia de lo “antijurídico”¹¹ o de la “autonomía de la voluntad”¹². Tuvieron

10 Cfr. Del autor El derecho como libertad, tercera edición, Lima. Editorial ARA. 2006. Pag. 148.

11 Sobre lo “antijurídico” ver del autor de este trabajo “La antijuricidad como problema”, en Obligaciones y contratos en el tercer milenio. Libro en homenaje a Roberto López Cabana. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 2001; “Dos preguntas, dos problemas: ¿es una categoría del derecho?, ¿es posible ‘privar’ de libertad al ser humano”, en Cuadernos de Derecho Civil I. editado por el Taller de Derecho Civil de la Universidad Privada de Tacna y Editorial San Marcos. Lima. 2001.

12 Sobre la “autonomía de la voluntad” cfr. del autor de este trabajo “El supuesto de la denominada ‘autonomía de la voluntad—, en: Contratación contemporánea. Teoría General y principios. editorial Themis y Lima editorial Palestra. Bogotá. 2000 y “Reflexiones sobre la autonomía de la voluntad”, en Estudios de Derecho Civil. Libro Homenaje a Fernando Hinestroza, x Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2004.

que pasar algunos años, a partir del momento en el cual precisamos cuál era para nosotros objeto de estudio del Derecho para, paulatinamente, colmar dichos vacíos, despejar nuestras dudas, esclarecer aquello que no comprendíamos.

Para llegar a resultados para nosotros satisfactorios tuvimos que proceder a afrontar el estudio de las instituciones bajo el principio y la aplicación de la tridimensionalidad de lo jurídico. Así, por ejemplo, ello nos sirvió para explicar la naturaleza de la persona jurídica. En este sentido, llegamos a la conclusión que ella es una “organización de personas” (es decir, que existe una finalidad común y que cada integrante cumple una específica función) que persigue y vivencia valores y que es regulada por un plexo normativo, siendo la principal regla aquella que, de manera excepcional, deriva los derechos y deberes que correspondería a cada uno de sus miembros a un ente ideal al que sólo se le conoce mediante una expresión lingüística¹³.

En lo que respecta a la capacidad precisamos que la llamada de derecho o de goce era inherente a todos los seres humanos por igual, por lo que no era materia de regulación jurídica¹⁴. En cambio, la de ejercicio o de obrar, era la puesta en acción en el mundo exterior de dicha capacidad inherente al ser humano, por lo que la ley determina, en cada caso, sus alcances y sus limitaciones. Es así, que puede, excepcionalmente, denegarla. Es del caso que en el Perú, por ejemplo, donde

-
- 13 Cfr. Fernández Sessarego, Carlos, entre otros: “La persona jurídica, el pensamiento de Cossio y la doctrina contemporánea”, en Derecho PUCP. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima. diciembre de 1983; “Definición de asociación, fundación y comité en el Proyecto de Código Civil”, Lima, en Derecho y Ciencias Políticas. año I, N° 1. Universidad Inca Garcilaso de la Vega. Lima. 1983; “Visión tridimensional de la persona jurídica”, en Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales. año XI. segunda época, N° 33. Buenos Aires. 1996; en Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires, vol. 56. Buenos Aires. julio-agosto de 1995; en Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Año XXX, N° 89. México. mayo-agosto de 1997; en Revista Jurídica del Perú. Año XLV, N° 4. Trujillo. Octubre-diciembre 1997; en Iuris Dictio. Año II, N° 3. Lima. 1997. Este trabajo se tradujo al italiano bajo el nombre de “Concezione tridimensionale della persona giuridica”, en Rassegna di Diritto Civile, N° 3. Napoli. 1996; “Doctrina y legislación peruana sobre la persona jurídica, en Instituciones del Derecho Civil. Tomo I. Fundación Bustamante de la Fuente. Lima. 1996; “La irrealidad del artículo 78° del Código Civil”, en Gaceta Jurídica. Tomo 51. Lima. febrero de 1998; “Naturaleza tridimensional de la persona jurídica”, en Derecho PUCP. N° 52. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima. diciembre 1998-abril 1999; “La persona jurídica ¿es distinta de sus miembros?”. Gaceta Jurídica. Tomo 51. Lima. enero de 1999; “Descripción de la persona jurídica”, en: La Ley. Actualidad. año LXII, N° 89. Buenos Aires. 15 de mayo del 2003; “La mentira, ¿es sujeto de derecho?”, en Gaceta Jurídica. año 2, N° 24. Lima. diciembre del 2002; “¿Qué clase de objeto es la persona jurídica?”, en Actualidad Jurídica. publicación de Gaceta Jurídica. Tomo 112. Lima. marzo del 2003 y en La Ley. Actualidad. Buenos Aires. 15 de mayo del 2002. El tratamiento de las personas jurídicas, aparte de las publicaciones antes enumeradas, la encontramos en los libros del autor Derecho de las Personas. Exposición de Motivos y comentarios al Libro Primero del Código Civil peruano. décima primera edición. Grijley. Lima. 2009 y en: Los 25 años del Código Civil peruano de 1984. Motivensa. Lima. 2009.
- 14 Sobre el tema de la capacidad se puede consultar del autor de este trabajo “El histórico problema de la capacidad jurídica”, en Diez años del Código Civil peruano: balance y perspectivas. Tomo I. Universidad de Lima y W.G. Editores. Lima. 1995 y en El Derecho de las Personas en el umbral del siglo XXI. Ediciones Jurídicas. Lima. 2002; “La capacidad de goce, ¿es posible su restricción legal?”, en Jurisprudencia Argentina. N° 6185. 15 de marzo del 2000; Nuevas tendencias en el derecho. Lexis Nexis. Santiago de Chile. 2004; Cathedra. año III, N° 5. Universidad Nacional Mayo de San Marcos Lima. También publicado por Palestra Editores, diciembre de 1999 y en Vox Juris. N° 10. Universidad San Martín de Porres. Lima. 1999; y “La capacidad de goce, ¿admite excepciones?” en Iuris Omnes, año VIII. N° 2. Corte Superior de Justicia. Arequipa. diciembre del 2006.

por prescripción constitucional, la capacidad de ejercicio de los extraje-ron no se puede ejercer tratándose de adquirir la propiedad de tierras o bienes dentro de los 50 kilómetros de la frontera. Ello no significa que estén privados de su inherente capacidad de goce para poder ejercerla y adquirir una propiedad en el caso hipotético que se derogase la norma que impide su acceso a una propiedad dentro de la indicada franja de 50 kilómetros. En otros términos, la limitación a la mencionada capacidad de ejercicio no afecta la capacidad de goce del inherente derecho a ser propietario de la persona, en tanto le es inherente. La libertad de gozar del derecho de ser propietario no se puede restringir o limitar mediante una disposición legal. Sólo es posible que mediante una ley se impida o limite su ejercicio.

6. LA FINALIDAD DEL DERECHO

En la universidad se nos enseñó que la justicia es el fin del Derecho. Las obras de los juristas que tu-vimos la oportunidad de revisar convalidaron este aserto. Pasaron algunos años de ejercicio de la docencia para que repensáramos esta afirmación confrontándola con la realidad del ser humano, quien es, a la vez, creador, protagonista y destinatario del Derecho. Nos referimos a un hombre cuyo ser es libertad. Es decir, aquello que lo hace ser lo que es: un ser humano dotado de una estructura coexistencial y temporal.

Frente a dicha situación empezamos a inquirir y a reflexionar sobre cuál habría sido, en un nebuloso momento de la historia, la razón determinante para la creación de normas de conductas intersubjetivas, las que se convirtieron en reglas de acatamiento obligatorio para los hombres en sociedad. ¿Sería la justicia, como se sostenía en aquel entonces? A la luz de la nueva concepción del ser huma-no y, consecuentemente, del derecho, descubrimos otra realidad.

Como conclusión de aquellas recurrentes disquisiciones comprendimos que el Derecho ha sido creado por el ser humano para proteger, precisa-mente, lo que para él es lo más valioso, es decir, su ser libertad, sustento y posibilitador de su vida. El ejercicio de esta libertad le permite proyectar su vida de acuerdo a sus propias decisiones, cumplir con una determinada vocación, realizarse como persona, alcanzar su destino personal, colmar sus expectativas y aspiraciones existenciales. Es decir, darle un sentido, una razón de ser a su existir, a su presencia en el mundo. De no ser así, de no poseer un ser libertad, la persona se convertiría en un objeto, en una cosa. La libertad es el sostén ontológico de la vida, así como lo es de nuestra unidad psicosomática, instrumento del cual se vale primaria-mente para cumplir sus decisiones.

No perdamos de vista que el espíritu es libertad y que la libertad es espiritual. Sólo el ser libre puede ser espiritual y el espíritu sólo se alberga en un ser libre.

En nuestra tesis de Bachiller de 1950, Bosquejo para una determinación ontológica del Derecho, antes mencionada, decíamos que “el ser del hombre

consiste en tener que realizarse, en tener que elaborar su propio e intransferible ser personal”. Y, “al tener que realizarse, lo hace de acuerdo a un proyecto, recibiendo de las cosas y de los “otros” estímulos y posibilidades para vivir. El hacerse es la tarea permanente y continua de la existencia”. Vivir, decíamos en aquel lejano entonces, “es realizar un proyecto de existencia, fabricar su propio ser, ser haciéndose”. De ahí que “la vida resulta, así, una sucesión de haceres de acuerdo con un proyecto”¹⁵.

El hombre, anotábamos en aquella lejana época, “está forzado a elegir entre los posibles proyectos. Y estas decisiones son previas a todo acto psíquico, pensante, afectivo o volitivo. El decidirse es anterior a la voluntad, que es precisamente, la que pone en marcha nuestras decisiones. Y el elegir, el decidirse, es un acto forzoso: la de ser libres”. El hombre es, así, “libertad que se proyecta”¹⁶. Concluíamos expresando que el Derecho, al mentar a través de su aparato lógico-normativo una conducta valiosa y al imputar una sanción a una conducta carente de valor, “exige el mínimo de seguridad, justicia y solidaridad, a fin de que cada hombre pueda realizar, dentro del bien común, su personal destino de salvación”. Salvación que es el vivir una existencia digna, realizadora de valores que “justifican esta guerra civil consigo mismo que es la existencia”¹⁷.

Nos preguntábamos en aquellos años juveniles, “libertad ¿para qué?” y nos respondíamos “para las grandes empresas, para preferir los más altos fines, los más nobles ideales, los valores supremos. Para hacer una vida auténtica, egregia, como diría Ortega y Gasset”¹⁸. Libertad para realizar un proyecto de vida que colme nuestras aspiraciones de perfeccionamiento personal así como de servicio a la sociedad en la que nos ha tocado vivir.

El Derecho, a través de sus principios y del sistema normativo, protege tanto nuestra libertad ontológica -nuestro ser-, como nuestros proyectos -libertad fenoménica-, los que le otorgan sentido y razón de ser al existir. Para ello, luego de una valoración de las conductas intersubjetivas, los ordenamientos jurídicos establecen lo que está permitido, por ser justo, y lo que está prohibido por injusto.

Pero, además, para lograr dicho objetivo, el Derecho es promotor de bienestar, para lo cual su misión es remover, hasta donde ello es posible, los obstáculos que impiden la realización del ser humano en cuanto ser libertad. En este sentido, es paradigmático el segundo párrafo del artículo tercero de la Constitución italiana de 1947. En él se prescribe que “es obligación de la

15 FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. El derecho como libertad. Tercera edición, 2006. Ob. cit. Pag. 112.

16 ídem. pág. 113-114.

17 ídem. pág. 155.

18 ídem. pág. 154.

República re-mover los obstáculos de orden económico y social, que limitan de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, que impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la efectiva participación de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del País”.

El mencionado dispositivo constitucional italiano expresa, con precisión, que es deber del Estado remover los obstáculos que limitan, de hecho, la libertad. La libertad del ser humano es, por consiguiente, lo que el Derecho debe proteger. Para ello es necesario que, mediante la vivencia social de la justicia, exista igualdad entre los miembros de un determinado país. Se requiere de igualdad de oportunidades, de opciones, para que todos los ciudadanos puedan cumplir con sus respectivos proyectos de vida. Sin justicia, es imposible que la libertad, en qué consiste el ser humano, pueda encontrar su plena realización en el mundo, o sea, su conversión en un libre modo de vivir, en un su-ceder de conductas que respondan a su personal proyecto de existencia.

No podemos dejar de referir que, por primera vez en el ordenamiento jurídico del Perú, la Constitución de 1993 incorpora en su artículo 2º, inciso primero, como derecho fundamental el derecho al bienestar. Este derecho supone que la persona goce de una “salud integral”, en el sentido que la Oficina Mundial de la Salud, en 1946, le otorgó al concepto salud un contenido más amplio que el de “carecer de enfermedad”. Nos referimos a que el bienestar no sólo tiene el componente tradicional de la salud sino el poseer un mínimo de necesidades primordiales debidamente cubiertas, como trabajo, alimento, techo, abrigo.

De todo lo anteriormente expuesto se desprende que la protección de la libertad del ser humano -tanto la ontológica como la fenoménica¹⁹- se constituye como la finalidad del Derecho. El ser humano ha creado el derecho para vivir como lo que es: un ser libre que proyecta su existir para otorgarle un sentido a su presencia en el mundo que le ha tocado vivir. La justicia, y los demás valores, son instrumentos indispensables para que la libertad pueda ser realmente vivida por todos los ciudadanos, para lo cual se requiere, como se ha señalado, igualdad de oportunidades y de opciones que permitan el cumplimiento de los respectivos proyectos de vida.

Lo expresado en estas breves páginas explica y justifica el que podamos referirnos a un Derecho de la liberación, cuya principal función es la de regular valiosamente las conductas humanas intersubjetivas con la finalidad de asegurar la libertad del ser humano para que pueda cumplir con su proyecto de vida participando del bien común. Ello se posibilita por la instrumental

19 La libertad ontológica es el ser del hombre y la fenoménica es su proyección en el mundo exterior a través del cumplimiento de un “proyecto de vida”

vivencia comunitaria de la justicia y de los demás valores -como la solidaridad, la igualdad o la seguridad, entre otros-, todo lo cual se hace patente mediante prescripciones, permisivas o prohibitivas, dentro del sistema jurídico normativo. La lucha por el Derecho es una batalla continua e inacabable por la liberación de cada hombre en sociedad, con la finalidad de promover su desarrollo integral, eliminando, para ello, los obstáculos que, de hecho, pudieran impedirlo. Todo ello, cabe reiterarlo, dentro del bien común.

El prius del Derecho es la libertad. El Derecho ha sido creado por hombres libres para hombres libres, a fin de asegurar la libertad de cada uno dentro de una sociedad organizada de conformidad con valores que permitan una convivencia justa, segura y solidaria propicia para que cada ser humano realice su proyecto de vida contribuyendo al bien común y dentro del interés social.

Por ello, el axioma jurídico fundamental privilegia la libertad frente a la sanción cuando expresa que, para el Derecho, “todo está permitido, salvo que se atente contra la moral social, el orden constitucional o se dañe a terceros”. En síntesis, podemos sostener, a manera de conclusión, que la libertad es la finalidad del Derecho. La justicia y los demás valores son instrumentos indispensables para su logro, es decir, para el libre desenvolvimiento de la personalidad del ser humano.

EL IMPACTO DEL RECONOCIMIENTO DEL APOORTE DE TRABAJO DOMÉSTICO NO REMUNERADO EN EL DERECHO DE FAMILIA

*Dr. Emilio José Balarezo Reyes**

1. INTRODUCCIÓN

El dinamismo con el cual se desarrolla el Derecho de Familia es una de las características modernas de esta rama del Derecho Civil, en la medida que se han venido dando reconocimientos de actividades que se plasman en hechos que tienen un rol básico en la formación del menor, ya que muchas veces no se debe circunscribir a los aportes de tipo material en la conformación de ese concepto dinámico como polémico como es el de los alimentos, situación que ha sido materia de controversia tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, se ha tenido que recurrir muchas veces a criterios amplios con la finalidad de entender el alcance de esta figura que a la fecha sigue generando posiciones encontradas en su estudio, tratamiento y aplicación.

2. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA Y SU JUSTIFICACIÓN

El tema de los alimentos y su correspondiente fijación es un tema cotidiano dentro de la realidad social y jurídica de nuestra sociedad, la judicatura en el análisis de los diversos casos que se han presentado respecto a este tema ha tomado diferentes posturas y criterios al momento de fijar los alimentos como el contenido de los mismos, hemos expresado siempre que el Derecho es dinámico y en el ámbito de la Familia mucho más por lo que inserción de nuevos criterios y modificaciones deben de buscar esclarecer y puntualizar aquellos puntos donde no exista uniformidad o generen controversia en la búsqueda de generar confianza en las decisiones que se tomen y sus repercusiones sociales como jurídicas, la inclusión del trabajo doméstico como aporte no económico hace surgir nuevos puntos de vista y consecuentemente criterios novedosos respecto a este concurrente tema como es el de los alimentos y su

* Abogado, Magister en Derecho Civil y Comercial por la USMP. Catedrático de Derecho Civil en la USMP, Miembro del Instituto Peruano de Derecho Civil, Miembro Honorario del Colegio de Abogados de Ica.

fijación. Ya de forma puntual profesor Aguilar¹ indica sobre la importancia de los alimentos lo siguiente: “La importancia del derecho alimentario se traduce en el fin que persigue, que no es otro que el de cubrir un estado de necesidad en quien lo solicita, respondiendo a una de sus características, quizá la más trascendente, la de ser un derecho vital”

3. DESARROLLO DEL TEMA

Como institución del Derecho de Familia, el tema de los alimentos respecto a su regulación y fijación se encuentra regulado en el artículo 418 del Código Civil, el cual ha sido modificado mediante Ley N° 30550 aparecida en el Diario Oficial el Peruano con fecha 05 de Abril del 2017, la cual incorpora un párrafo al citado artículo, en el cual de manera textual se indica que el juez deberá de tomar en consideración como aporte económico para la fijación de los alimentos el trabajo doméstico a favor del alimentista bajo la base del cuidado y desarrollo que se le debe de brindar en su proceso de formación.

La citada modificación se desarrolla bajo el contexto del criterio que debe de tomar el juez al momento de fijar los alimentos, de un análisis integral del citado artículo lo que podemos apreciar es que su texto original respondía a una realidad que para el año en que salió el Código Civil era aceptable, pero para nadie es un secreto que con el devenir del tiempo el tema de la fijación de los alimentos ha variado debido al contexto social en la cual se desarrolla la sociedad peruana en la cual los procesos de filiación como de alimentos han aumentado con el devenir del tiempo de manera alarmante fruto de relaciones que no prosperaron como de matrimonios con un divorcio respectivo y de cuyo fruto nacieron hijos que para su desarrollo necesitan de los aportes de sus padres para asegurar un mínimo de condiciones que busque un desenvolvimiento adecuado dentro de la sociedad de la que forman parte.

Entender el término alimentos como aporte solo económico es un tema que ha sido ya esclarecido tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, ya que engloba algo más que un aporte meramente económico sino que abarca tanto los servicios indispensables como son la educación, la vestimenta, etc. Así el maestro Cornejo² señala respecto a este concepto lo siguiente: “Por regla general, los alimentos, comprenden todo lo necesario para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica del alimentista, según su rango y condición social” El análisis de la fijación de los mismos no debe de limitarse únicamente a quien gana más dinero o quien tiene ingresos económicos mayores, como también quien cuenta con una masa patrimonial importante,

1 AGUILAR, Benjamín, *La Familia en el Código Civil Peruano*, Ediciones Legales, Lima, 2010, p.393.

2 CORNEJO, Héctor, *Derecho Familiar Peruano*, Gaceta Jurídica, Lima, 1999, p.568.

he aquí la relevancia del juez en el análisis del caso en concreto como de las circunstancias que se van a presentar particularmente para la determinación de los mismos. Un primer criterio es el análisis de las necesidades del alimentista es decir quien solicita de alimentos debe de acompañar de manera detallada el conjunto de gastos como de carencias que tiene, y que deben de ser solventadas de manera imprescindible para su normal desarrollo dentro de la sociedad, una vez establecido el mismo, se debe de proceder al análisis de las posibilidades de cada uno de los padres y a sus circunstancias personales, en términos directos lo que nos indica es llevar a cabo una examinación detallada de los padres que van a aportar a los alimentos desde un análisis de sus ingresos, su modo de vida, las actividades que realizan, cual es el ambiente en que se desarrollan, etc.

Las innovaciones van sobre todo en reconocer el trabajo doméstico, como un aporte a los alimentos, lo cual podemos definirlo como el conjunto de actividades que realiza la persona que tiene a cargo al alimentista y que desarrolla en su día a día con el objetivo de brindarle un ambiente adecuado para su bienestar como para su desenvolvimiento, los hijos en las diferentes etapas por las cuales pasan en el proceso de su desarrollo requieren necesariamente de acompañamiento y guía de los padres situación que marca queramos o no su personalidad, algo que el aporte económico no llena ni mucho menos complementa, lo cual con la modificación materia de análisis ha sido revalorado, o analizado con una óptica más relevante debido a que con anterioridad no había sido tomado en cuenta al momento de la fijación de los alimentos, así el profesor Placido³ indica lo siguiente: "Las posibilidades económicas están referidas a los ingresos del obligado a dar los alimentos. La carga de probar los ingresos del alimentista, pesa en principio, sobre quien reclama los alimentos, sin embargo no se exige investigar rigurosamente el monto de los ingresos" situación que dejaba de lado a nuestro criterio un aspecto subjetivo relevante y trascendente desde el punto de vista psicológico y social, el acompañamiento como la diligencia en resumidas cuentas el cuidado al menor, es un tema que con las variaciones incorporadas ha tomado una relevancia especial ya que lo material no puede ser solo el tema materia de análisis de los alimentos en torno a la composición de los mismos, sino que el aspecto subjetivo tiene a la fecha un rol relevante y el reconocimiento como el lugar que a la fecha se le otorga denota la importancia del aporte de la socioafectividad y las consecuencias que esta tiene sobre el ser humano sobre todo en una etapa de formación en un proceso en donde más se necesita de la presencia del padre o madre en ese acompañamiento relevante e importante

3 PLACIDO, Alex, *Manual de Derecho de Familia*, Gaceta Jurídica, Lima, 2002, p.353.

en su formación interna, espiritual, el cual antes de la presente modificación no se les otorgaba la importancia del caso con lo que el tratamiento del tema era parcializado e incompleto en la medida que se dé un mayor acogimiento al ámbito subjetivo se permitirá analizar como concluir de forma adecuada el presente tema ya que se le otorgara un punto de vista integral, el cual le da una connotación amplia y moderna fruto de un análisis adecuado de las actividades vinculadas al Derecho de Familia.

4. CONCLUSIONES

- Los temas vinculados al Derecho de Familia de forma puntual el de los alimentos requieren de un análisis integral como evolutivo que traiga consigo descubrir su real dimensión como su verdadera naturaleza.
- Los alimentos no deben de ser ligados únicamente a lo material o a lo económico sino que tienen una dimensión mucho más amplia que busca darle un análisis integral en la búsqueda de conciencia de la sociedad sobre la importancia de esta institución.
- La búsqueda de la uniformidad en criterios al momento de analizar casos de alimentos ha motivado que la modificación tenga una justificación al momento de la confección de los mismos ya que antes no era tomada en cuenta en ningún criterio anterior, fijándose los mismos a un razonamiento de tipo material de índole económico.

5. RECOMENDACIONES

- La modificación llevada a cabo por la Ley N° 30550, debe de denotar una visión más moderna en la judicatura como en la sociedad en general de lo que son los alimentos como sus consecuencias actuales al otorgarle un criterio fuera de lo económico lo cual debe de guiar los futuros pronunciamientos respecto al tema a través de sentencias coherentes y debidamente fundamentadas. Situación que habíamos indicado con anterioridad al señalar lo siguiente⁴ “la administración de justicia y los resultados que esta actividad acarrea siempre han acarreado controversia con mucha mayor incidencia en temas de Derecho de Familia, debido a lo trascendental y delicado de la materia, sobre todo en una sociedad como la nuestra”
- La visión de aportes no materiales ni económicos debe de ser entendida y aplicada por la sociedad como una figura ligada al aspecto subjetivo en

4 BALAREZO, Emilio, *“La búsqueda de la seguridad jurídica en materia de Derecho de Familia, más que un reto pendiente, una realidad que necesita una inmediata solución”* en *Dialogo con la Jurisprudencia* N° 204-Setiembre 2015-Año 21, p.119.

la formación de todo ser humano, por lo que su conocimiento debe ser propagado a través de los medios de forma general y no solo debe de tener alcance en el ámbito jurídico.

- Avizoramos que esta modificación no será la única en materia del Derecho de Alimentos sino que el Derecho de Familia en general debe de tener un enfoque mucho mayor ya que su incidencia en el ser humano ya sea de forma individual como colectiva es relevante por lo que la difusión de lo que es la Familia y su tratamiento dado por las principales instrumentos como el Código Civil y la Constitución deben de ser complementados y alienados a la búsqueda de resultados positivos para la sociedad y no quedar en instrumentos de mero trámite.

6. BIBLIOGRAFÍA

- 2010 AGUILAR, Benjamín, *La Familia en el Código Civil Peruano*, Lima: Ediciones Legales.
- 2015 BALAREZO, Emilio, “*La búsqueda de la seguridad jurídica en materia de Derecho de Familia, más que un reto pendiente, una realidad que necesita una inmediata solución*” en *Dialogo con la Jurisprudencia* N° 204-Setiembre 2015-Año 21.
- 1999 CORNEJO, Héctor, *Derecho Familiar Peruano*, Lima: Gaceta Jurídica.
- 2002 PLACIDO, Alex, *Manual de Derecho de Familia*, Lima: Gaceta Jurídica.

SENTENCIA INTERLOCUTORIA DENEGATORIA

Dr. Arsenio Oré Guardia*

I. INTRODUCCIÓN

Uno de los grandes problemas que, desde siempre, ha enfrentado el sistema de administración de justicia es la elevada carga procesal. El Tribunal Constitucional no ha sido ajeno a este problema, lo que ha afectado su debido funcionamiento¹, y no le ha permitido la tutela cabal de los derechos². Esta situación se agrava más cuando se advierte, según cierto sector de la doctrina, primero, que se presentan muchos casos similares que ya han sido rechazados y, segundo, porque muchos casos de los que llegan al conocimiento del Tribunal Constitucional son manifiestamente intrascendentes, lo que ha originado, entre otras razones, que este órgano no se centre en “aquellos casos que le permitan fijar una sólida línea jurisprudencial en temas claves para la sociedad”³.

Ante esta situación, la nueva conformación del Tribunal Constitucional decidió crear, a través del precedente Vásquez Romero, publicada el 26 de agosto del 2014, la institución denominada **sentencia interlocutoria denegatoria**, mediante la cual puede, al momento de calificar el recurso de agravio constitucional (RAC), rechazar de plano el recurso cuando no se cumplen con las nuevas reglas de intercedencia establecidas en el mencionado precedente.

* Abogado graduado en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Magíster en Ciencias Penales por la misma casa de estudios. Profesor de Derecho Procesal Penal en la Universidad San Ignacio de Loyola. Miembro fundador del Instituto de Ciencia Procesal Penal (INCIPP).

- 1 LANDA ARROYO, César, “Corsi e Ricorsi del Certiorari Constitucional”, en GRÁNDEZ CASTRO, Pedro P. (coord.)/ABAD YUPANQUI, Samuel B., *El debate en torno a los límites al Recurso de Agravio Constitucional*, Lima (Palestra), 2014, p. 57.
- 2 ESPINOZA-SALDAÑA BARRERA, Eloy, “Sobre el acceso y el posicionamiento de los tribunales constitucionales en la cabal tutela de los derechos fundamentales: Reflexiones sobre el caso Francisca Lilia Vásquez Romero (STC Exp. N° 00987-2014-PA/TC)”, *Gaceta Constitucional & Procesal Constitucional*, 100 (2016), p. 170.
- 3 ABAD YUPANQUI, Samuel, “El acceso al Tribunal Constitucional a través del Recurso de Agravio Constitucional. Un balance necesario: Diez años después”, en GRÁNDEZ CASTRO, Pedro P. (coord.)/ABAD YUPANQUI, Samuel B., *El debate en torno a los límites al Recurso de Agravio Constitucional*, Lima (Palestra), 2014, p. 27.

La emisión del precedente significó, además, que, mediante la Res. Adm. n.º 141-2014- P/TC, del 12 de setiembre de 2014, se modificara el art. 11 del Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional, incorporándose cuatro reglas de improcedencia del recurso de agravio constitucional que se establecieron en el mencionado precedente. Estas son las siguientes:

“Resoluciones de las Salas y Sentencias Interlocutorias Denegatorias

El Tribunal Constitucional emitirá sentencia interlocutoria denegatoria 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 citada sentencia se dictará sin más trámite”**

El propósito de las sentencias interlocutorias denegatorias⁴ es que no se admitan pretensiones que, desde un inicio, son claramente improcedentes o que resulten irrelevantes para la justicia constitucional, pues lo que se debe procurar es que se atiendan casos que requieran tutela urgente. Con ello se evita que los casos que, por diversos motivos, son manifiestamente improcedentes sean conocidos por el Tribunal Constitucional, a fin de que su sobrecarga disminuya y permita atender casos que sí revisten trascendencia constitucional. En suma, la finalidad de esta institución es limitar la admisión de los casos que deben merecer un pronunciamiento sobre el fondo por parte del Tribunal Constitucional.

Así las cosas, conviene formular las siguientes preguntas: ¿puede a través de un precedente establecerse presupuestos que limiten el acceso al recurso de

4 Con relación a esta frase, cabe anotar que dicho nombre ha sido cuestionado por no ser desde el punto de vista procesal el más adecuado. Así, Abad Yupanqui afirma que hubiera “preferido calificarlo como una simple resolución, en rigor un auto”. ABAD YUPANQUI, Samuel B., “El acceso al Tribunal Constitucional a través del Recurso de Agravio Constitucional. Un balance necesario: Diez años después”, en *El debate en torno a los límites al Recurso de Agravio Constitucional*, Lima (Palestra), 2014, p. 36. A decir de Landa Arroyo, “llama la atención que la resolución del TC que se pronuncia sobre el rechazo del RAC, se la denominen “sentencia interlocutoria”, cuando es pacífico reconocer que las resoluciones con que opera el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial son decretos, autos y sentencias” LANDA AROYO, César, “Corsi e Ricorsi del Certiorari Constitucional”, en GRÁNDEZ CASTRO, Pedro P. (coord.)/ABAD YUPANQUI, Samuel B., *El debate en torno a los límites al Recurso de Agravio Constitucional*, Lima (Palestra), 2014, p. 69. Por su parte, Espinoza-Saldaña Barrera considera que “es una denominación hoy poco utilizada, pero no por ello abandonada, para referirse a pronunciamientos que, sin efectuar pronunciamientos sobre el fondo de la controversia planteada, se emite una postura que en principio cierra el debate sobre el tema que se plantea a nivel del órgano jurisdiccional correspondiente. Es formalmente una sentencia aunque materialmente un auto” ESPINOZA-SALDAÑA BARRERA, Eloy, “Notas sobre el precedente “Vásquez Romero”, su finalidad, el contexto de su configuración y sus alcances (STC 00987-2014-pa/tc)” en GRÁNDEZ CASTRO, Pedro P. (coord.)/ABAD YUPANQUI, Samuel B., *El debate en torno a los límites al Recurso de Agravio Constitucional*, Lima (Palestra), 2014, pp. 117-118

agravio constitucional?, ¿los presupuestos establecidos son compatibles con la Constitución? Respecto a la primera pregunta, se afirma que lo ideal hubiera sido que tales motivos de impugnación se establezcan mediante una ley, pero ello no presenta mayores complicaciones si se entiende que el precedente tiene efectos similares al de una ley; y en cuanto a la segunda pregunta, se afirma que, en efecto, la Constitución no regula estos presupuestos; sin embargo, ello no impide que se puedan regular motivos de impugnación que restrinjan el acceso al Tribunal Constitucional, siempre, claro está, que resulten razonables y proporcionales⁵. Lo dicho, naturalmente, lleva a realizar la siguiente pregunta: ¿son razonables y proporcionales todos y cada uno de los motivos de impugnación? Sobre esta interrogante, volveremos más adelante.

II. POSICIONES DOCTRINALES SOBRE LA SENTENCIA INTERLOCUTORIA DENEGATORIA

Respecto a este punto, en la doctrina se advierte que existen dos posiciones marcadamente opuestas: de un lado, un sector de la doctrina está a favor de la sentencia interlocutoria denegatoria, pues entiende que sí resulta compatible con nuestro ordenamiento jurídico y, como tal, no vulnera derecho fundamental alguno; por otro, está la postura según la cual esta institución impide de manera arbitraria, al establecer exigencias que la Constitución no regula, que el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre el fondo de la demanda planteada, con lo que convierte al recurso de agravio constitucional en uno extraordinario.

La primera postura encuentra su respaldo fundamentalmente en los siguientes argumentos: primero, que no se advierte que los criterios introducidos jurisprudencialmente sean inconstitucionales; tampoco se aprecia la manifiesta vulneración a los principios de razonabilidad y proporcionalidad⁶; segundo, la sentencia interlocutoria no afecta el derecho de defensa, pues lo único que se está “haciendo es establecer un examen de procedencia, con un número mayor de supuestos puntuales que antes no existían”; tercero, no existe, como tal, un derecho a una tercera instancia ante el Tribunal Constitucional, puesto que la instancia plural ya ha sido satisfecha con la doble instancia existente en la jurisdicción ordinaria⁷.

En esta línea, Landa Arroyo entiende que, “en principio, la razón apuntada como sustento de las nuevas reglas establecidas en el precedente Vásquez

5 ABAD YUPANQUI, Samuel, “El acceso al Tribunal Constitucional a través del Recurso de Agravio Constitucional. Un balance necesario: Diez años después”, en GRÁNDEZ CASTRO, Pedro P. (coord.)/ABAD YUPANQUI, Samuel B., *El debate en torno a los límites al Recurso de Agravio Constitucional*, Lima (Palestra), 2014, p. 27.

6 ABAD YUPANQUI, Samuel, “El acceso al Tribunal Constitucional a través del Recurso de Agravio Constitucional. Un balance necesario: Diez años después”, en GRÁNDEZ CASTRO, Pedro P. (coord.)/ABAD YUPANQUI, Samuel B., *El debate en torno a los límites al Recurso de Agravio Constitucional*, Lima (Palestra), 2014, p. 36.

7 ABAD YUPANQUI, Samuel, “El acceso al Tribunal Constitucional a través del Recurso de Agravio Constitucional. Un balance necesario: Diez años después”, en GRÁNDEZ CASTRO, Pedro P. (coord.)/ABAD YUPANQUI, Samuel B., *El debate en torno a los límites al Recurso de Agravio Constitucional*, Lima (Palestra), 2014, p. 38.

Romero es un avance constitucionalmente legítimo, pues una de las funciones del Tribunal es brindar una efectiva y oportuna protección a los derechos fundamentales, pero, sin afectar la predictibilidad y la seguridad jurídica”⁸.

La segunda postura encuentra su respaldo fundamentalmente en los siguientes argumentos: primero, que el recurso de agravio constitucional es un recurso ordinario, de manera que debe analizarse no “solo los argumentos expuestos en el recurso, sino los argumentos y pruebas incorporadas al proceso”⁹. Esta práctica del Tribunal Constitucional —aplicar la sentencia interlocutoria denegatoria—, según los partidarios de esta posición, estaría convirtiendo al recurso de agravio constitucional en uno extraordinario, pues estaría estableciendo causales taxativas para su procedencia, lo que no guarda armonía con la naturaleza de un recurso ordinario.

Segundo, los defensores de esta posición entienden que el Tribunal se ha atribuido competencias que el legislador no le ha otorgado y que, por el contrario, vulneran lo establecido en la Constitución, lo que pone en riesgo la tutela jurisdiccional del justiciable, en virtud de que pueden calificar, en forma subjetiva, por ejemplo, la especial relevancia constitucional de un caso en concreto y, a partir de ello, emitir resoluciones denegatorias en masa¹⁰. Y es que el legislador ha establecido como presupuestos únicamente que el RAC se presente contra una resolución denegatoria y que se haga en el plazo de 10 días, por lo que si se cumplen con estos presupuestos no cabe otra alternativa que declarar procedente el recurso y pronunciarse sobre el fondo.

En palabras del profesor García Belaunde, esta institución “tiene la novedad de que será expedida sin escuchar al quejoso, lo cual puede lindar con la inconstitucionalidad y crear indefensión”¹¹. De lo manifestado por este autor, se entiende que el derecho que, eventualmente, podría vulnerarse por la aplicación de la sentencia interlocutoria denegatoria es el derecho ser oído como una manifestación del derecho de defensa. Además, este autor no está seguro de que la sentencia interlocutoria denegatoria evitará que “tanta maleza indeseable” llegue la Tribunal Constitucional”¹².

8 LANDA ARROYO, César, «Corsi e Ricorsi del Certiorari Constitucional», en en GRÁNDEZ CASTRO, Pedro P. (coord.)/ ABAD YUPANQUI, Samuel B., *El debate en torno a los límites al Recurso de Agravio Constitucional*, Lima (Paletstra), 2014, p. 68.

9 PRIORI POSADA, Giovanni, “El Recurso de Agravio Constitucional y el Reciente Precedente Vinculante del TC”, *Gaceta Constitucional & Procesal Constitucional*, 81 (2014), p. 30.

10 ARCOS CONTRADO, Raúl, “El Rechazo Liminar del RAC a Partir del Precedente Vinculante del TC ¿Un buen rechazo o una pifia?”, *Gaceta Constitucional & Procesal Constitucional*, 84 (2014), p. 26.

11 GARCÍA BELAUNDE, Domingo. “Entre la Constitución y la Ley. Una Delgada Línea Divisoria que Rara vez se Aprecia”, en *V Congreso Nacional de Derecho Procesal Constitucional. A Diez Años de Vigencia del Código Procesal Constitucional: libro de ponencias*, Arequipa (Atrus Editores), 2014, p. 30

12 GARCÍA BELAUNDE, Domingo, “Metamorfosis de un Precedente Discutible: La Sentencia Interlocutoria Denegatoria”, *Gaceta Constitucional & Procesal Constitucional*, 94 (2015), p. 65.

Blume Fortini, por su parte, ha emitido votos singulares señalando que “6. (...) una vez abierta la puerta de acceso al Tribunal Constitucional vía la concesión del recurso de agravio constitucional, lo cual significa acceder a una instancia de grado, que, además, es última y definitiva en la jurisdicción nacional, no cabe que el Tribunal Constitucional califique la procedencia o improcedencia del citado recurso, por cuanto aquel viene ya calificado y concedido por la segunda instancia judicial; el Tribunal Constitucional no tiene competencia para entrar a dicha calificación y, si lo hiciera, estaría volviendo a calificar en perjuicio del justiciables demandante un recurso ya calificado y concedido; a contracorriente de la lógica finalista, amparista y antiformalista antes referida, y violando su derecho de acceso a la justicia constitucional especializada en instancia final y definitiva en la jurisdicción interna. Más aún, si la expedición de la sentencia interlocutoria denegatoria se produce sin vista de la causa”¹³.

En suma, según esta posición, el Tribunal Constitucional, a través de la sentencia interlocutoria denegatoria, estaría exigiendo que el recurso de agravio contenga todos los fundamentos de la demanda, pues de lo contrario se rechazaría mediante la aplicación de esta institución. Ello significa que se evaluará si se cumplen o no con las causales para su rechazo sin más trámite¹⁴ (es decir sin oír a nadie¹⁵), limitándose, de este modo, la vía recursiva¹⁶; es por ello que es vista comúnmente como una resolución que tiene naturaleza de auto, que no resuelve el fondo de la controversia, sino únicamente un asunto meramente procedimental¹⁷.

A continuación, veamos brevemente el significado de los presupuestos que habilitarían al Tribunal Constitucional para emitir sentencia interlocutoria denegatoria:

a. Que carezca de fundamentación la supuesta vulneración que se invoque

El Magistrado del TC Espinoza-Saldaña Barrera afirma que, cuando aquí se habla de la carencia de la fundamentación, no se está haciendo referencia a si hay incidencia o no en el contenido constitucionalmente del derecho invocado, ya que eso se encuentra más relacionado con otro supuesto. Se

13 Exp. 2500-2014-PA/TC, (Sentencia Interlocutoria)

14 PRIORI POSADA, Giovanni, “El Recurso de Agravio Constitucional y el Reciente Precedente Vinculante del TC”, *Gaceta Constitucional & Procesal Constitucional*, 81 (2014), p. 30. En ese mismo sentido, GARCÍA BELAUNDE, Domingo, “Entre la Constitución y la Ley. Una Delgada Línea Divisoria que Rara vez se Aprecia”, en *V Congreso Nacional de Derecho Procesal Constitucional. A Diez Años de Vigencia del Código Procesal Constitucional: libro de ponencias*, Arequipa (Adrus Editores) PP. 30.

15 ARIANO DEHO, Eugenia, «¿Nihil sub sole novi? Reflexiones sueltas sobre el primer «precedente» vinculante del «neo» TC», *ACTUALIDAD JURÍDICA*, 250 (2014), p. 17

16 ARCOS COTRADO, Raúl, “El Rechazo Liminar del RAC a Partir del Precedente Vinculante del TC ¿Un buen rechazo o una pifia?”, *Gaceta Constitucional & Procesal Constitucional*, 84 (2014), p. 30

17 BLUME FORTINI, Ernesto, “La Sentencia Interlocutoria”, en *V Congreso Nacional de Derecho Procesal Constitucional. A Diez Años de Vigencia del Código Procesal Constitucional: libro de ponencias*, Arequipa (Adrus Editores) p. 37

refiere más bien a tres escenarios en particular: el de la falta de justificación señalado en el texto del recurso; el de la existencia de un texto que, por su incoherencia lógica, no resiste un control de logicidad; y, finalmente, el del desarrollo de un texto impreciso, y que, por lo mismo, impide conocer a cabalidad que se quiere conseguir con él¹⁸.

En palabras de Abad Yupanqui, este supuesto es aplicable cuando en el recurso “no se fundamente o sustente el agravio (presupuesto subjetivo de la impugnación) que produce la resolución objeto del RAC a quien lo interpone”; asimismo, cuando la demanda no contiene el fundamento de hecho y de derecho también resulta improcedente¹⁹.

A nuestro juicio, la pretendida carencia de fundamentación respecto de la vulneración a los derechos invocada, no tiene en consideración que nuestros procesos de tutela de derechos son, por excelencia, antiformalistas y que, por consiguiente, no pueden ser vistos desde los enfoques propios del procedimiento judicial ordinario.

Y es que, no debe perderse de vista, que existen procesos como el hábeas corpus o el hábeas data en los que, por mandato de la ley, no resulta exigible el patrocinio de letrado y, por lo mismo, no se puede pretender que la fundamentación responda a un extremo ritualismo jurídico.

Establecer que las demandas constitucionales se encuentren rigurosamente fundamentadas como si su estructura fuese igual a la de un reclamo judicial típicamente ordinario, pareciera graficar una intención de facilismo, allí donde lo fundamental debería ser el estudio de los hechos denunciados en el contexto de los derechos cuya protección se viene reclamando.

b. La cuestión de derecho contenida en el recurso no sea de especial trascendencia constitucional

Se afirma, con razón, que este pronunciamiento del Tribunal Constitucional ha tenido como referente al art. 50.1.b de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional español²⁰, que, con la modificación ocurrida en el 2007, se modificó la admisión del amparo en el siguiente sentido: “Que el

18 ESPINOZA-SALDAÑA BARRERA, Eloy, “Notas sobre el precedente “Vásquez Romero”, su finalidad, el contexto de su configuración y sus alcances (STC 00987-2014-pa/tc)” en GRÁNDEZ CASTRO, Pedro P. (coord.)/ABAD YUPANQUI, Samuel B., *El debate en torno a los límites al Recurso de Agravio Constitucional*, Lima (Palestra), 2014, p. 122.

19 ABAD YUPANQUI, Samuel, “El acceso al Tribunal Constitucional a través del Recurso de Agravio Constitucional. Un balance necesario: Diez años después”, en GRÁNDEZ CASTRO, Pedro P. (coord.)/ABAD YUPANQUI, Samuel B., *El debate en torno a los límites al Recurso de Agravio Constitucional*, Lima (Palestra), 2014, pp. 33-34.

20 LANDA ARROYO, César, «Corsi e Ricorsi del Certiorari Constitucional”, en GRÁNDEZ CASTRO, Pedro P. (coord.)/ABAD YUPANQUI, Samuel B., *El debate en torno a los límites al Recurso de Agravio Constitucional*, Lima (Palestra), 2014, p. 65.

contenido del recurso justifique una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal Constitucional en razón de su especial trascendencia constitucional, que se apreciará atendiendo a su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales”²¹.

El propio Tribunal Constitucional²² peruano ha aclarado cuando se evidencia que el recurso de agravio no está referido a una cuestión de Derecho de especial trascendencia constitucional. Al respecto, sostiene este órgano que un recurso carece de esta cualidad cuando no está relacionado con el contenido constitucionalmente protegido de un derecho fundamental; cuando versa sobre un asunto materialmente excluido del proceso de tutela de que se trata; o, finalmente, cuando lo pretendido no alude a un asunto que requiere una tutela de especial urgencia.

Sobre este punto, Abad Yupanqui entiende que “se trata de un criterio importante que aplican otros Tribunales Constitucionales. Les permite fijar posición en aquellos casos relevantes y urgentes que solucionen un conflicto social importante o desarrollen el contenido de un derecho. Ahí donde se justifique sentar un sólido criterio constitucional y garantizar una tutela de urgencia”²³.

A decir de Torres Bustamante, esta explicación “no pasa de ser una mera tautología, una suerte de pleonismo retórico. No pasa de decir otra cosa que ‘una cuestión es de trascendencia constitucional cuando resuelve un conflicto de relevancia constitucional’”.

En términos similares, Landa Arroyo entiende que este supuesto “no contribuye a generar certeza del derecho y predictibilidad para los justiciables; debido a que dependerá del criterio subjetivo de los magistrados del Tribunal Constitucional, antes que jurisprudencialmente se construyan criterios positivos y negativos de admisibilidad del RAC”. Ello puede significar, en palabras de este autor, el uso desmesuradamente discrecional o incluso arbitrario de las categorías empleadas.

Castillo Córdova, por su parte, considera que el Tribunal Constitucional puede “rechazar sin más trámite el recurso de agravio constitucional cuando la cuestión de derecho contenida en el recurso no sea de especial

21 TORRES BUSTAMANTE, Humberto, “Precedente Vásquez Romero: Nuevos y Mayores Obstáculos para el Acceso a la Justicia Constitucional”, *Gaceta Constitucional & Procesal Constitucional*, 91 (2015), p. 71.

22 Exp. n.º 00987-2014-PA/TC (F.J. 50), caso: Francisca Lilia Vásquez Romero.

23 ABAD YUPANQUI, Samuel, “El acceso al Tribunal Constitucional a través del Recurso de Agravio Constitucional. Un balance necesario: Diez años después”, en GRÁNDEZ CASTRO, Pedro P. (coord.)/ABAD YUPANQUI, Samuel B. *El debate en torno a los límites al Recurso de Agravio Constitucional*, Lima (Palestra), 2014, p. 36.

trascendencia constitucional, *siempre que no se refiera al contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental*".²⁴

A consideración nuestra, este es el criterio más subjetivo y que mayores problemas causará, puesto que no es posible delimitar, dentro de un marco indeterminado y sobre la base de la autorictas del Tribunal, que cosa es relevante y que cosa no lo es, lo que minimiza la posición particular del quejoso, genera un inevitable riesgo de desprotección que es inaceptable en un Estado Constitucional de Derecho.

c. La cuestión de derecho invocada contradiga un precedente vinculante del Tribunal Constitucional

Este criterio objetivo requiere tener en claro que los precedentes constitucionales son aquellos que emanan de lo establecido en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, es decir, aquellas sentencias que el Tribunal Constitucional resuelve sobre el fondo y les otorga un efecto normativo erga omnes; así como, también, son aquellas sentencias que en los procesos de inconstitucionalidad de las leyes, el Tribunal Constitucional haya pronunciado estimatoria y desestimatoriamente²⁵.

Contradecir precedentes, a diferencia de no observarlos, implica conocer el contenido y eventualmente, cuestionar sus alcances. Por lo tanto, se presenta como una conducta deliberada que, para lograr su propósito con éxito, requiere una construcción de razones basadas en hechos y en el Derecho²⁶.

Este supuesto no debe ser entendido en términos absolutos, pues ello impediría que los precedentes puedan variar por el cambio del contexto o de la situación que, en su momento, determinó su emisión²⁷.

d. Se haya decidido de manera desestimatoria en casos sustancialmente iguales. La citada sentencia se dictará sin más trámite.

Este criterio implica que el Tribunal Constitucional haya emitido sentencias desestimatorias en casos sustancialmente similares, lo que hace prever que,

24 CASTILLO CÓRDOVA, Luis, "Acerca De La Constitucionalidad Material De Las Causales Que Habilitan El Rechazo Sin Más Trámite Del Recurso", en GRÁNDEZ CASTRO, Pedro P. (coord.)/ABAD YUPANQUI, Samuel B., *El debate en torno a los límites al Recurso de Agravio Constitucional*, Lima (Palestra), 2014, p. 84.

25 LANDA ARROYO, César, "Corsi e Ricorsi del Certiorari Constitucional", en GRÁNDEZ CASTRO, Pedro P. (coord.)/ABAD YUPANQUI, Samuel B., *El debate en torno a los límites al Recurso de Agravio Constitucional*, Lima (Palestra), 2014, p. 67.

26 LOSTAUNAU BARBIERI, Andrea, "Tomando los precedentes en serio", *Gaceta Constitucional & Procesal Constitucional*, 2014/81, p. 60.

27 En esta línea, ABAD YUPANQUI, Samuel, "El acceso al Tribunal Constitucional a través del Recurso de Agravio Constitucional. Un balance necesario: Diez años después", en GRÁNDEZ CASTRO, Pedro P. (coord.)/ABAD YUPANQUI, Samuel B., *El debate en torno a los límites al Recurso de Agravio Constitucional*. Lima (Palestra), 2014, pp. 34-35.

en el caso planteado, también resolverá en el mismo sentido, por lo que carece de racionalidad que haya un pronunciamiento sobre el fondo.

Naturalmente, para que el TC pueda aplicar este criterio tiene que, necesariamente, mencionar cuáles son aquellos casos sustancialmente similares en los que desestimó el recurso de agravio constitucional. Y eso solo será posible si se entiende que este órgano tiene pronunciamientos en un único sentido, es decir, que existe uniformidad en sus resoluciones. Además, deben existir varios pronunciamientos en un sentido desestimatorio por el fondo²⁸.

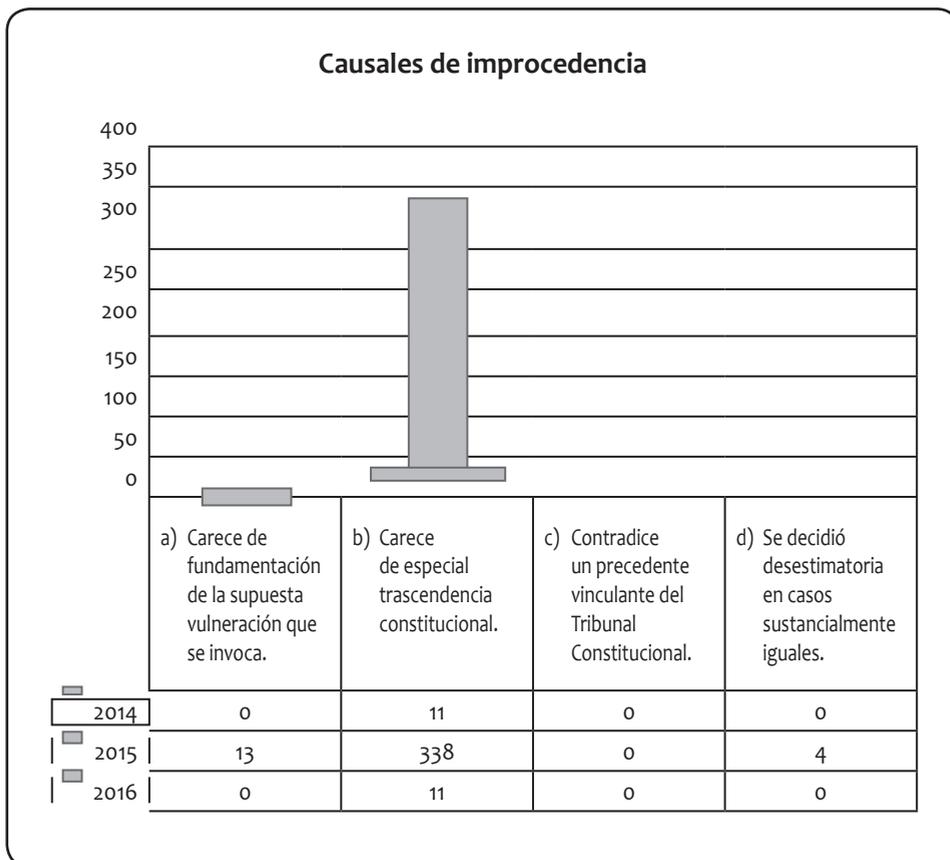
A nuestro juicio, este es uno de los supuestos más objetivos que se han establecido, por lo que entendemos que no presenta mayor complicación para considerar que sí resulta atendible. Y es que si ya el Tribunal Constitucional tiene un línea jurisprudencial uniforme sobre un tema determinado, no resulta razonable que haya un pronunciamiento sobre el fondo, salvo, pues, que haya ciertas diferencias relevantes que aconsejen que sí se resuelva sobre el fondo, supuesto en el que el recurso de agravio constitucional sí debe ser admitido.

La dificultad, entendemos, se presenta en identificar que estemos ante casos sustancialmente iguales. En este punto, para evitar arbitrariedades, el Tribunal debe motivar adecuadamente —mencionando expresamente cuál es su línea jurisprudencia— las razones por las que considera que el recurso de agravio deducido es sustancialmente igual a casos ya resueltos en un mismo sentido.

Luego de haber analizado cada uno de los criterios establecidos por el Tribunal Constitucional para rechazar el recurso de agravio constitucional, es importante mencionar que desde octubre del 2014 hasta mayo del 2016, el Tribunal Constitucional ha producido, respecto del habeas corpus, un total de 377 recursos de agravio constitucional desestimados liminarmente, dentro de los cuales el mes de enero de 2015 fue el momento en que la producción de sentencias interlocutorias denegatorias bordeó las 61 causas.

Lo más llamativo es que la causal de improcedencia a la que más recurrió el Tribunal Constitucional es a la segunda, esto es, “carece de especial trascendencia constitucional”. Eso resulta preocupante, pues se trata de uno de las causales más subjetivas que existe, por lo que merece una especial atención.

28 En esta línea, LANDA ARROYO, César, «Corsi e Ricorsi del Certiorari Constitucional», en GRÁNDEZ CASTRO, Pedro P. (coord.)/ABAD YUPANQUI, Samuel B., *El debate en torno a los límites al Recurso de Agravio Constitucional*, Lima (Palestra), 2014, p. 68.



III. NUESTRA POSICIÓN

Consideramos que la sentencia interlocutoria denegatoria es una institución que presenta significativos problemas que merecen la debida atención, pues no se trata de estar a favor o en contra, sino de analizar si, en efecto, es un mecanismo que, lejos de evitar la tutela de derechos fundamentales, permite su debida protección por parte del Tribunal Constitucional al evitar que causas innecesarias sean vistas en el fondo.

Así las cosas, a continuación, teniendo en cuenta las principales objeciones que se hacen a la sentencia interlocutoria denegatoria, manifestaremos nuestra posición sobre este tema.

III.1. Concepto de instancia: ¿recurso ordinario o extraordinario?

El término instancia tiene diferentes acepciones. Por ejemplo, instancia es acudir ante un determinado órgano, también puede usarse como a instancia de parte. Para efectos de lo que nos interesa, instancia puede ser

comprendido como la primera petición del interesado ante el juez y hasta alcanzar la resolución final²⁹.

Asimismo, instancia es “Cada uno de los grados jurisdiccionales que la Ley tiene establecidos para ventilar y sentenciar los procesos. En ella se puede alegar hechos y practicar pruebas, aunque haya limitación cuando se trata de la segunda instancia”³⁰.

Teniendo ello en consideración, es posible distinguir entre la doble instancia y el doble grado de jurisdicción, conceptos que muchas veces en la doctrina son usados indistintamente³¹. Pese a ello, siguiendo a Yáñez Velasco, podemos diferenciarlos, pues la doble instancia debe ser entendida como un **segundo examen del fondo de un asunto ya debatido en primera instancia** y, por tanto, ya resuelto³². El doble grado de jurisdicción, por su parte, a decir de este autor, “...tiende a enlazarse más con la **organización jurisdiccional jerarquizada**, con la estructura de la Administración de Justicia establecida en grados, que no con la garantía del justiciable”³³.

En nuestras palabras, este autor entiende que para que haya una doble instancia se requiere que el órgano jurisdiccional superior se pronuncie sobre el objeto del proceso, esto es, sobre los hechos penalmente relevantes y sobre la responsabilidad del imputado; mientras que para la existencia del doble grado de jurisdicción solo es necesario acudir ante un tribunal superior, sin que sea necesario un pronunciamiento sobre la cuestión de fondo que se debate. De ahí que el doble grado se presentará siempre que la interposición de un recurso permita acudir ante un tribunal superior³⁴, siendo distinto el caso de la doble instancia, ya que —además de exigir que el juez sea de grado superior— requiere necesariamente que el juez se pronuncie sobre el fondo de la cuestión, no sobre cuestiones incidentales.

29 *Enciclopedia Jurídica Omeba*, t. XVI, Buenos Aires (Driskill), 1982, p. 69.

30 *Diccionario Jurídico Espasa*. Madrid (Fundación Tomás Moro), 2007, p. 839.

31 MONTERO AROCA, por ejemplo, cuando desarrolla el doble grado de jurisdicción no lo distingue de la doble instancia, por el contrario los utiliza indistintamente. MONTERO AROCA, *Principios del proceso penal: una explicación basada en la razón*, Valencia (Tirant lo Blanch), 1997, pp. 175-176. Asimismo, PALOMO VELEZ, Diego, *Apelación, doble instancia y proceso civil oral*, http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002010000200014; y MONTERO AROCA, JUAN/FLORS MATÍES, José, *Los recursos en el proceso civil*. Valencia (Tirant lo Blanch), 2001 p. 176; los utilizan de manera indistinta.

32 YÁÑEZ VELASCO, Ricardo, *Derecho al recurso en el proceso penal*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2001, pp. 180-185.

33 YÁÑEZ VELASCO, Ricardo, *Derecho al recurso en el proceso penal*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2001, p. 180. Este autor, citando a FENECH NAVARRO, pone un ejemplo muy claro que permite distinguir entre doble instancia y doble grado. Así, sostiene que el proceso también comporta un doble grado, pues se sujeta a distintos órganos jurisdiccionales en diferentes etapas (instrucción y juzgamiento), sin que ello implique que estemos ante una nueva instancia. Dicho de otro modo, instruir y juzgar implica un doble grado, pero se da en una sola instancia.

34 PÉREZ MANZANO se pronuncia en este sentido, dado que refiere que, en sentido estricto, doble grado de jurisdicción solo significa “la existencia de un órgano jurisdiccional superior que conoce de la impugnación de la resolución condenatoria pero no expresa nada sobre el alcance de la revisión”. PÉREZ MANZANO, Mercedes, “Segunda instancia y revisión de la declaración de hechos probados”, *Revista del Poder Judicial. Propuesta para una nueva ley de enjuiciamiento criminal*, XIX/2006, p. 286.

Así las cosas, es pertinente realizar la siguiente interrogante: ¿es el recurso de agravio constitucional una instancia? Al respecto, en función de lo manifestado, corresponde advertir cómo está regulado el tema de las instancias en materia constitucional, concretamente determinar si el Tribunal Constitucional es una instancia, pues si así fuere habría hasta tres instancias en materia constitucional. Dicho de otro modo, ¿en el proceso constitucional se han regulado dos o tres instancias?

La Constitución establece como una garantía la pluralidad de la instancia (art. 139.6), de ahí que no sea posible regular procesos, cualquiera sea su naturaleza³⁵, a instancia única. Si esto es así, los procesos constitucionales deben tener regulado, como mínimo, por exigencias constitucionales, dos instancias.

Exigencia que, en materia constitucional, se ha cristalizado en el Código Procesal Constitucional, pues este cuerpo normativo establece que tanto en el proceso de habeas corpus (art. 35) como en la acción de amparo (art. 57) procede el recurso de apelación contra las sentencias. De este modo, queda claro que, antes de acudir al Tribunal Constitucional, existen dos instancias. Entonces, lo que corresponde definir —para determinar si existen tres instancias— es si también el recurso de agravio constitucional origina una nueva instancia.

Al respecto, nuestra Constitución prescribe, en su art. 202.2, que corresponde al Tribunal Constitucional “Conocer, en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de hábeas corpus, amparo, hábeas data, y acción de cumplimiento”.

En palabras de Castillo Córdova, desde esta disposición se pueden extraer dos normas directamente estatuidas: de un lado, “Está ordenado al legislador orgánico prever que los procesos constitucionales de amparo, hábeas corpus y hábeas data (y de acción de cumplimiento) lleguen a ser conocidos por el Tribunal Constitucional en instancia última”. De otro lado, “Está ordenado al legislador orgánico prever un recurso a través del cual acceder a la instancia del Tribunal Constitucional, sólo contra resoluciones denegatorias de amparo, hábeas corpus y hábeas data”³⁶.

Así las cosas, el legislador tenía plena libertad de regular cuántas instancias debía haber antes de llegar al Tribunal Constitucional. Como

35 Es preciso aclarar que, a diferencia de los tratados y convenios internacionales sobre derechos humanos que han restringido el derecho al recurso para los procesos penales, nuestra Constitución lo ha regulado para todos los procesos.

36 CASTILLO-CÓRDOVA, Luis, *El recurso de agravio constitucional como elemento al servicio de la protección plena de los derechos fundamentales*, https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/123456789/2117/Recurso_agravio_constitucional_elemento_servicio_proteccion_plena_derechos_fundamentales.pdf?sequence=1

hemos visto, se ha decantado por regular dos instancias, pero no habría contravenido el art. 139.6 (pluralidad de la instancia) si es que hubiera regulado solo una instancia a nivel judicial, ello bajo el entendido de que el Tribunal Constitucional funciona como una instancia, ya se habría cumplido con la regulación, como mínimo, de dos instancias³⁷.

Por ello, se debe entender, teniendo en consideración la disposición constitucional mencionada, que el Tribunal Constitucional funciona como una instancia, de manera que, conceptualmente, se podría alegar hechos y, en cuanto sea posible, pruebas, a partir de los cuales debe pronunciarse sobre el objeto del proceso constitucional, esto es, los hechos demandados y sobre la responsabilidad de la persona —natural o jurídica— contra quien se planteó la demanda.

III.2. ¿Existe alguna vinculación entre el concepto de instancia y la procedencia del recurso de agravio constitucional?

¿Lo anterior significa que todo RAC admitido por la sala superior debe merecer un pronunciamiento de fondo? La respuesta a esta interrogante, desde nuestro punto de vista, debe ser negativa. Y es que habrá casos en los que el control realizado por la sala superior no haya sido, por diversos factores, exhaustivo, de manera que el TC no debería estar impedido de realizar un control sobre dicho aspecto.

En consecuencia, el concepto de instancia no impide que el Tribunal Constitucional pueda realizar un control sobre si el recurrente ha cumplido con los requisitos establecidos. Otra cosa, muy distinta y que debe merecer un debate, es si se pueden establecer requisitos que impiden el acceso a un derecho fundamental a través de un precedente.

En sentido contrario, García Belaunde afirma que el actual Tribunal Constitucional ha sido configurado como instancia, “motivo por el cual debe el Tribunal Constitucional ‘conocer’ la causa, o sea estudiarla, ver el fondo del asunto y resolverlo con una fundamentación adecuada y consistente”³⁸.

A nuestro juicio, más allá de si los requisitos se establecieron mediante una ley o mediante un precedente, la discusión que realmente importa es sobre la razonabilidad de los requisitos o presupuestos establecidos. Es decir, si estos

37 En este sentido, CASTILLO-CÓRDOVA, Luis, *El recurso de agravio constitucional como elemento al servicio de la protección plena de los derechos fundamentales*, https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/123456789/2117/Recurso_agravio_constitucional_elemento_servicio_proteccion_plena_derechos_fundamentales.pdf?sequence=1, afirma: “En la medida que estaba obligado a prever una instancia ante el TC, por mandato mismo del Constituyente, resultaba estar dentro de lo permitido establecer una sola o dos instancias judiciales, pues en ambos casos se habría cumplido con la exigencia de pluralidad de instancias que exige al menos dos instancias”.

38 GARCÍA BELAUNDE, Domingo, “Deaveneos de la jurisprudencia constitucional peruana: A propósito de la “sentencia interlocutoria denegatoria””, p. 2.

requisitos permiten un adecuado ejercicio de derecho o, por el contrario, al establecer exigencias irrazonables, prácticamente lo deja sin efecto.

Visto así, el concepto de instancia no debe impedir que haya un doble control de admisibilidad, pues una regulación en este sentido no resulta inconstitucional. Que el Tribunal Constitucional sea instancia significa que debe conocer cuestiones tanto de hecho como de derecho, que no debe limitarse a cuestiones jurídicas, pero nada dice, insistimos, respecto a los requisitos que legalmente pueden establecerse, siempre que los mismos sean razonables y no impidan el acceso al recurso.

III.3. El ejercicio de un derecho y el cumplimiento de presupuestos

De entrada, es necesario dejar en claro que sí resultaría contrario a la Constitución en caso de que se establecieran presupuestos engorrosos que, en lugar de facilitar el ejercicio del derecho, impide o dificulta irrazonablemente su acceso. En efecto, el ejercicio de un derecho requiere del cumplimiento de los requisitos que el legislador discrecionalmente — no arbitrariamente— ha establecido. La inobservancia de alguno de los requisitos, como no podía ser otro modo, producirá diversas consecuencias, llegando incluso a la denegatoria del recurso.

Desde luego, como lo venimos afirmando, el legislador debe regular solamente requisitos razonables, que coadyuven a un adecuado ejercicio del derecho; dicho de otro modo, que el legislador tenga discrecionalidad para establecer los requisitos en modo alguno significa que estos sean antojadizos o de imposible cumplimiento.

La propia Corte Interamericana de Derechos Humanos ha destacado la importancia de los requisitos, pues ha manifestado que, para la correcta y funcional administración de justicia, así como para la efectiva protección de los derechos de las personas, por razones de seguridad jurídica, los Estados pueden y deben establecer presupuestos y criterios de admisibilidad de los recursos de carácter judicial. Si bien estos “recursos deben estar disponibles para el interesado y resolver efectiva y fundadamente el asunto planteado, así como eventualmente proveer la reparación adecuada, no cabría considerar que siempre y en cualquier caso los órganos y tribunales internos deban resolver el fondo del asunto que les es planteado, sin que importe la verificación de los presupuestos formales de admisibilidad y procedencia del particular recurso intentado”³⁹.

Si esto es así, el precedente Vásquez Romero no sería del todo cuestionable —más allá de que se pueda discutir sobre si era la mejor

39 CIDH, caso: Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú. párr. 126

manera de establecer presupuestos—. En cualquier caso, este sería —el de la Comisión— el escenario adecuado para analizar la posibilidad de normativizar estas cuestiones, es decir, para a través del Código Procesal Penal regular lo que corresponda en cuanto a las sentencias interlocutorias denegatorias.

Naturalmente, se tendría que discutir si todos los criterios creados por el Tribunal Constitucional deben ser de recibo o solo alguno de ellos. En efecto, se debe analizar cada uno de los criterios y determinar si son compatibles o no con los postulados constitucionales y convencionales. Si no lo son, entonces se tendrá que optar por su proscripción absoluta; por el contrario, si son todos o parte de ellos constitucionalmente legítimos, sería recomendable que se normativizara, a fin de generar seguridad jurídica.

En atención a lo anterior, un aspecto que debería evaluarse sería el de establecer un doble control de admisibilidad y procedencia. En primer término, dicho control debería realizarlo la sala superior, pero nada obstaría para que el Tribunal Constitucional, si así lo considerara conveniente, pueda realizar un nuevo control. Esta es una opción estrictamente de política legislativa que no se contradice o afecta un derecho fundamental. En tal sentido, bien podría optarse, incluso, porque el control de admisibilidad y procedencia lo realice directamente el Tribunal Constitucional. Con ello, por ejemplo, se podría evitar el recurso de queja regulado en el art. 18 del Código Procesal Constitucional. Esta última también es una opción válida que en modo alguno contraviene el derecho a la pluralidad de instancia.

En suma, debe evaluarse sobre la pertinencia de que el Tribunal constitucional realice un segundo control de los presupuestos de admisibilidad y procedencia. Y de este modo, sobre la necesidad de que se incluya o no los supuestos de sentencia interlocutoria denegatoria, como presupuestos de procedencia.

Por último, si se admitiera regular alguno de los supuestos de las sentencias interlocutorias denegatorias, podría evaluarse la posibilidad de regular, en los supuestos de la cuestión de Derecho invocada contradiga un precedente vinculante del Tribunal Constitucional y cuando se haya decidido de manera desestimatoria en casos sustancialmente iguales, una suerte de recurso de agravio constitucional excepcional. Este recurso, al ser de procedencia excepcional, impondría al recurrente la exigencia de que motive de manera suficiente porque, a pesar de que ya el TC se ha pronunciado en otros casos en sentido contrario a su pretensión, debe proceder el recurso de agravio constitucional. Una opción como esta impediría que las posiciones asumidas por el Tribunal Constitucional se conviertan en pétreas.

Con ello, de alguna manera se podría armonizar la descarga del proceso —economía procesal—, de un lado, y garantizar la posibilidad de que las partes

puedan acceder, con una debida fundamentación, al Tribunal Constitucional, de otro. Es un tema, desde luego, que merece un análisis profundo y detenido.

III.4 Conclusión

Algo que no se puede discutir es que muchas veces los justiciables hacen un uso abusivo de los procesos constitucionales y que ello tiene como consecuencia no solo la sobrecarga procesal, sino también que casos que sí merecen tutela urgente no reciban una respuesta oportuna.

Otro aspecto que no merece discusión es que existe un derecho reconocido legal y constitucionalmente a cuestionar las resoluciones denegatorias de habeas corpus, amparo, habeas data y acción de cumplimiento (art. 18 del CPConst. y 202.2 de la Const.). En consecuencia, la discusión debe centrarse en establecer si es posible establecer presupuestos de procedencia al ejercicio de este derecho. No solo eso, sino también debe establecerse si los presupuestos deben ser controlados por la sala superior o por el tribunal, o quizás por ambos.

Y es que no debemos perder de vista que sí existen causales de rechazo establecidas expresamente en el Código Procesal Constitucional (artículos 4, 5, 70, entre otros), las que son bastante amplias y detalladas, con lo cual el problema pareciera ser, insistimos, el siguiente: si debe haber un doble control de admisibilidad o solo lo debe realizar la sala ante quien se interpone el RAC.

Sobre el particular, somos partidarios de que exista un doble control de admisibilidad, esto es, tanto por la sala superior como por el Tribunal Constitucional, quien se encargará de revisar si el recurso ha sido bien concedido, pues no resultaría razonable que la decisión asumida por la sala prácticamente lo vincule. Sería como afirmar que la sala sí puede rechazar el RAC, pero no el Tribunal Constitucional. Ello resulta muy paradójico. En todo caso, ¿resulta acertado considerar que en todos los casos la sala superior ha evaluado bien la admisibilidad del recurso, a tal extremo de que el Tribunal Constitucional esté impedido de revisarla? Consideramos que existe la posibilidad de error por parte de la sala superior tanto al denegar como al conceder, por lo que resulta de suma importancia la intervención del Tribunal Constitucional para disminuir, justamente, el margen de error judicial⁴⁰.

40 En sentido contrario, García Belaunde afirma que el Tribunal Constitucional no puede "rechazar un 'recurso de agravio constitucional' (RAC) ya concedido, pues eso compete en exclusiva al Poder Judicial. Es decir, si a quien corresponde conceder el recurso es a la Sala Superior (Código Procesal Constitucional, art. 18) mal puede el Tribunal Constitucional denegarlo y declararlo improcedente, pues eso no es de su competencia. Lo que se ha creado en la práctica es un segundo filtro (...) olvidándose que nuestro Tribunal Constitucional es considerado como una instancia (...). Por tanto, esta denegatoria no tiene ningún fundamento constitucional y constituye una mutación 'contra constitutionem'—. GARCÍA BELAUNDE, Domingo. "Deaveneos de la jurisprudencia constitucional peruana: A propósito de la "sentencia interlocutoria denegatoria"". p. 6.

En esta línea, Abad Yupanqui considera que “el precedente permitirá una doble evaluación del recurso interpuesto. Por un lado, la Corte Superior examinará si el recurso interpuesto supera los presupuestos subjetivos y objetivos de la impugnación, por ejemplo, verificando si quien lo interpone es el demandante o el demandado, o si lo hace dentro del plazo establecido. De otro, el TC evaluará el cumplimiento de los cuatro supuestos de impugnación examinados. ¿Esta doble evaluación es incoherente? No. Como reconoce Véscovi, en los recursos extraordinarios puede haber un doble control”⁴¹.

Consideramos, asimismo, que tanto establecer presupuestos como determinar qué órgano u órganos controlarán su observancia se trata de una opción legislativa que, en tanto sean razonables y proporcionales, son compatibles con la Constitución; de ahí que entendamos que debe establecerse legislativamente —para evitar cuestionamientos sobre el carácter vinculante del precedente— cuáles deben ser los presupuestos cuyo cumplimiento deben ser controlados tanto por la sala superior como por el Tribunal Constitucional.

De otro lado, en tanto no se solucione lo de la sentencia interlocutoria denegatoria, se debe tener en consideración el principio *pro homine*, que debe ser entendido como “un criterio hermenéutico que informa todo el derecho internacional de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos, e inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria (...)”⁴² Además, debe quedar claro que la interpretación realizada por el juez no debe ser restrictiva, esto es, el órgano jurisdiccional que evalúe la admisibilidad del recurso no debe hacerlo en el sentido de denegar el recurso, sino, antes bien, debe realizar una interpretación favorable a la admisión y procedencia del mismo, bajo la observancia del principio *pro actionis* o *favor impugnationis*.

Lo anterior es de significativa importancia al momento de que el Tribunal Constitucional evalúe si corresponde o no que se aplique alguno de los criterios que dan lugar a la sentencia interlocutoria denegatoria. Dicho de otro modo, solo podrá acudir a esta institución cuando de manera palmaria se presenta alguna de los supuestos que evitan un pronunciamiento sobre

41 ABAD YUPANQUI, Samuel, “El acceso al Tribunal Constitucional a través del Recurso de Agravio Constitucional. Un balance necesario: Diez años después”, en *El debate en torno a los límites al Recurso de Agravio Constitucional*, Lima. (Palestra), 2014, p. 36.

42 PINTO, Mónica, «El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos», en ABREGU y COURTIS (compl.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires (Centro de Estudios Legales y Sociales-Editorial del Puerto), 1997, p. 163.

el fondo. En caso de duda, claramente se debe estar a lo más favorable para la procedencia del recurso.

Un aspecto final que debe observarse es que los recursos son de configuración legal, de manera que no se pueden plantear los que no están regulados expresamente, así como tampoco se pueden establecer presupuestos que no están expresamente regulados en el cuerpo normativo correspondiente. En consecuencia, lo establecido por el Tribunal Constitucional, a pesar de que se entienda que los precedentes tienen efectos normativos, podría vulnerar el principio de legalidad recursal. En función de todo lo manifestado, consideramos que no todos los criterios de la sentencia interlocutoria denegatoria deberían ser mantenidos; debería evaluarse uno por uno para ver cuáles son —de los cuatro— los que deben permanecer y cuáles deben ser descartados. Preliminarmente, consideramos que lo de la especial trascendencia y lo de la carencia de motivación deben ser descartados, pues son criterios sumamente subjetivos que no otorgan predictibilidad y, en consecuencia, seguridad jurídica. Los otros dos, adecuadamente entendidas, no generan mayores inconvenientes. En cualquier caso, no se puede adoptar posiciones extremas, pues no resultan recomendables porque bien sobrecargan al Tribunal y, por tanto, evitan su eficiencia, y de otro lado tampoco se puede llegar al extremo de denegar la procedencia del recurso —al establecer presupuestos bastante subjetivos— de forma arbitraria. Como bien manifiesta García Belaunde, los principios que orientan este precedente pueden ser interesantes, pero merecen ser ajustados y sobre todo flexibilizados⁴³.

43 GARCIA BELAUNDE, Domingo. "Deaveneos de la jurisprudencia constitucional peruana: A propósito de la "sentencia interlocutoria denegatoria"", p. 5.

EL SORPRENDENTE CRECIMIENTO ECONÓMICO DE LOS TIGRES DE ASIA AL FALLIDO TIGRE ANDINO O MILAGRO PERUANO

*Dr. Julio Cesar Alva Pari**

SUMARIO

I.- Aspectos preliminares. II.- El aporte del Estado para el surgimiento de los Tigres de Asia. III. Los Tigres y los Dragones de Asia. IV.- La Globalización en el Comercio Internacional. V.- Régimen Aduanero del Drawback VI.- El Milagro Peruano.

I.- ASPECTO PRELIMINARES

¿Cómo, cuándo, dónde, y por qué sucedió? que durante las décadas de los años 50 y 60, varios países especialmente del continente asiático; y también pero en menor escala en América del sur, en un tiempo relativamente corto, pasaron de ser países en extrema pobreza, inestables políticamente, y su tejido social invadido por la corrupción y la anemia como sello en los más pobres, cuyas exportaciones no pasaban del 2%, de su PBI (Producto Bruto Interno), mendigando siempre la ayuda económica de los países ricos”; pasaron a convertirse en poco tiempo naciones poderosamente ricas, debido a su espectacular crecimiento económico sostenido en el tiempo para llegar a ser catalogarlo en el mundo como el **“Milagro Asiático”**; y también llamados sorprendentemente **“LOS TIGRES DE ASIA”**, esta metamorfosis económico y social, tuvo que ver cuando los dirigentes políticos de dichos países cambiaron el paradigma de sólo exportar “materias primas”, e importar cada vez más bienes de autoconsumo, condenándolos y haciéndoles siempre dependientes de los países desarrollados económicamente; sin embargo este cambio de políticas gubernamentales de dar prioridad a las industrias nacionales, especialmente a la pequeña y mediana empresa industrial, apoyándolas mediante una serie de compensaciones económicas y la casi desaparición de los aranceles de importación de maquinarias y tecnologías,

* Abogado. Magister en Derecho Aduanero, Docente Universitario. Miembro del Colegio de Abogados de Lima Sur.

además de fomentar las exportaciones, lo que diera por resultados que en los años de 1980 triplicaron sus exportaciones pasando casi al 30% de su PBI.

II.- EL APOORTE DEL ESTADO PARA EL SURGIMIENTO DE LOS TIGRES DEL ASIA

Este trascendental surgimiento económico de los Tigres de Asia, primeramente tuvo necesariamente la concepción por parte del Estado en base a las líneas de base sostenidas en el tiempo, que se transformó en el cambio de idiosincrasia de la población trabajadora nacional y especialmente de los integrantes de la pequeña empresa nacional, que era la base de la economía de dichos países (**como lo es en todo el mundo, cuando recién los países recién empiezan a crecer económicamente**), conformada inicialmente por un aglutinamiento de pequeñas empresas, conformadas generalmente por familias y vecinos – que comenzaron a crecer diametralmente –, con el transcurrir del tiempo, además de una política de interacción positiva pública-privada, mediante decisiones trascendentales como: **Proteger a su naciente industria nacional, dando inicio a la creación de grandes ejes como la apertura al mundo, mediante el COMERCIO INTERNACIONAL**, traducido en lo que ahora se conoce como el **PRINCIPIO DE FACILITACION DEL COMERCIO EXTERIOR**: Que se traducía en que los funcionarios públicos de Aduanas, su misión administrativa no era primero buscar el pago de impuestos por importar o exportar, o cobrar las multas buscando las faltas o fallas en la documentación para importar o exportar; ese estilo burocrático, se transformó en facilitar el comercio internacional, con criterios más elásticos y ponderados, que significo: Exportar cada vez más bienes manufacturados, donde se necesitaba cada días más mano de obra”, ya no sólo exportar materias primas; para luego importar esas mismas materias primas al triple precio, ahora transformadas en motores, automóviles, electrodomésticos, etc; por el contrario entendieron la necesidad vital de empezaron a exportar sus materias primas con valor agregado; **y además acentuando su política de invertir más en la educación**; que fueron las claves de su gran desarrollo en el tiempo de los llamados **TIGRES DE ASIA, y posteriormente LOS DRAGONES DE ASIA**, cada uno con diferente matices pero con políticas macro económicas similares.

III.- LOS TIGRES O DRAGONES DEL ASIA

Allí tenemos como ejemplo que después de la Segunda Guerra Mundial el caso del país del sol naciente Japón de ser un país destruido material y económicamente por dos Bombas Atómicas en las ciudades de Hiroshima y Nagasaki; con la idiosincrasia de todo pueblo emergente, siguió unificada su mentalidad, se dieron cuenta que la única solución para salir de la pobreza extrema que los agobiaba era: **“PRODUCIR BIENES PARA SER EXPORTADOS A OTROS PAISES DEL MUNDO”**, primeramente fueron bienes de la **INDUSTRIA**

MANUFACTURA que diera trabajo en masa y mantuviera económicamente activa a su enorme población desempleada, **era el procesamiento de la materia prima**; basada la fabricación y exportación de textiles y prendas de vestir; el procesamiento de alimentos proveniente de la pesca, de la crianza de aves, carne vacuno, el procesamiento del trigo, el maíz o el aceite de oliva la palma, o la soya, para transformarlos en harina, aceite o leche.

Este cambio de paradigma económico de país del Sol naciente, sin lugar a dudas – como dicen muchos especialistas – fue por el apoyo de los Estados Unidos de Norteamérica, nación quizás afligida por las dos bombas atómicas que le lanzó al Japón en la Segunda Guerra Mundial, debido a que no quería rendirse; pero este gran cambio económico, sobre todo se debió al impulso que dieron **sus dirigentes nacionales convencidos totalmente que del apoyo a la pequeña y mediana empresa, y especialmente a la EMPRESA EXPORTADORA** y apostar por la educación de su país eran la clave para salir de la pobreza y allí están los resultados permanente en el tiempo; receta económica muchas veces mal copiada por muchos países de este lado del mundo.

Los Tigres o Dragones del Asia, también se les llamó a varios países que vieron y siguieron el gran crecimiento económico del llamado “milagro japonés”, estos países también llamados inicialmente “subdesarrollados” “no alineados” o del “tercer mundo”, del Asia, fueron **Taiwán, Corea del Sur, Hong Kong, Malasia, Singapur y por último pero con otro matiz China.**

Comprendieron que la única salida de la pobreza perpetua radicaba en fomentar la exportaciones mediante la transformación de la simple exportación de la materia prima y la importaciones de esa misma materia prima que había exportado transformada en artefactos domésticos, alambres, motores, telas, que los condenaba al círculo vicioso de la pobreza; para virar su visión a su propia industria de la Manufacturera que necesitaba de innumerables plazas para los trabajadores y apostar por la educación de su pueblo, hemos sido testigos como:

1. La pequeña isla del país de **Taiwán**, la excolonia portuguesa de Formosa en 1949 y que luego liberada sirvió de refugio a los chinos nacionalistas de China Continental que huyeron tras el triunfo de Mao y el comunismo. Estos chinos llegaron a esta pequeña isla descrita como un sitio que solo tenía rocas y tifones ya que sus dos terceras partes son montañas; pero es allí que esta pequeña nación, con su población convencidos de salir de la pobreza, comenzó a cultivar la tierra y al mar para alimentarse, criar aves y ganado, en un inicio. Pero debido a la alta capacidad de producción de bienes de pan llevar y cueros y otros productos de buena calidad y bajo costo y la excelente mano de obra de los pobladores de Taiwán que se hicieron conocidos, y ante el surgieron excedentes de todo lo que producían, empezaron primero a asociarse en familias para

crear pequeñas áreas o estanque (acuicultura) para convertirse en un gran exportador de bienes hidrobiológicos, paralelamente comenzó a exportar calzados, para la Décadas después, Taiwán era uno de los llamados **Tigres Asiáticos**, creadores de las grandes marcas de tecnología como **Hacer, Asus, HTC** para convertirse en país económicamente muy rico, basado en **la exportación primero de bienes manufacturados, para luego exportar al mundo su tecnología.**

2. **COREA DEL SUR**, es otro ejemplo de superación económica formidable, luego de quedar diezmada luego de la II Guerra Mundial que se liberó del imperio japonés, y la Guerra de Corea, su proceso de crecimiento fue similar primero abrazando la agricultura para alimentar a su población, convencidos también de que la manera de salir de la pobreza era la exportación, se iniciaron en la producción de la manufactura, para luego dar paso a la industria de exportación de herramientas como empresas pequeñas como **Hyundai**, que empezó fabricando pequeñas herramientas para la industria mecánica como alicates, llaves mecánicas; para luego construir automóviles, inmensos barcos, gigantescos puertos flotantes y grúas descomunales y la aparición de otras marcas reconocidas en el mundo como Daewoo, Kia, televisores LG, entre otros. Igualmente, Corea del Sur, apostó por la exportación manufacturera e industrial y por la educación, que luego dieran fruto y emergieran empresas como Samsung; que han revolucionado el mundo de las comunicaciones y la innovación tecnológica convirtiéndolo en uno de los países más ricos del mundo.
3. De la misma manera el surgimiento económico fue muy similar en el caso de la ciudad Estado de **HONG KONG**, (antigua colonia británica, ahora perteneciente a China, juntamente con los demás Tigres de Asia **SINGAPUR Y MALASIA**, después de la II Guerra Mundial fue el centro manufacturero de productos son textiles (confección de ropa y calzado), para luego alcanzar la exportación de bienes electrónico y eléctrico, barcos, metalurgia, productos químicos, materiales de caucho, instrumentos de precisión, relojería, material de imprenta, juguetes y alimentos procesados.

IV.- LA GLOBALIZACION EN EL COMERCIO INTERNACIONAL

El **Dr. Antonio Ayllón Ferrari**, profesor de Post Grado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, en su obra “Contabilidad Gerencial” expresa que el fenómeno de la globalización representa uno de los cambios más trascendentales del Mundo Moderno y la involucra dentro de un sistema de interacciones de interdependencia de las actividades de la Economía Mundial, resultante del triunfo del Liberalismo capitalista sobre el Sistema Socialista.

Conceptuado como: **“Los países libres, son mejores creando riqueza que los que no los son”** El llamado efecto de la Globalización, transformo también las normas Aduaneras, que tanto éxito económicos han dado especialmente a los países emergentes como Brasil, Chile; y también en el Perú, pero que desgraciadamente este auge económico tan sólo duró un tiempo corto, por los desaciertos de los gobiernos que en vez de seguir con las líneas de base, quisieron refundar el país gobierno tras gobierno, otros mencionan porque bajo el precio internacional de los minerales; pero la historia ha demostrado que al no sostener en el tiempo tus líneas de exportadoras de base en el tiempo; el futuro es el fracaso.

Entonces se colige que la clave de todo este esplendor económico sostenido en el tiempo que siguieron estos países asiáticos llamados Los Tigres de Asia: **Fue el Comercio Internacional** basado en la exportación primero de bienes manufacturados, para crecer; y luego exportar al mundo sus bienes y posteriormente su tecnología, aprovechando sus ventajas comparativas con otros países que producían los mismos bienes y servicios; basado en la siguiente premisa: Mantener en el tiempo, el apoyo del Estado a la pequeña y mediana empresa, y especialmente a la EMPRESA EXPORTADORA y apostar por la educación de su país, clave para salir de la pobreza, a fin de que estas pequeñas y medianas empresas, cuando crecieran económicamente, sean fuertes y robustas patrimonialmente, paguen todos los impuestos aduaneros por exportación; como el caso de la empresa coreana **Hyundai**, (que significa modernidad) **de pequeña empresa familiar; a pasar a ser el cuarto más grande fabricante de vehículos en el mundo, y esto como sucedió;** como ya lo mencionamos mediante una serie de instrumentos utilizados en el Comercio internacional, mediante un Régimen Tributario Aduanero que estos países adoptaron, hoy conocidos como: **Régímenes Aduaneros de Perfeccionamiento;** medidas que fomentaba especialmente la exportación de bienes, el especialmente conocido como. El Drawback (Restitución de Derechos Arancelarios). Que, el Perú mediante sus sucesivas Ley de Aduanas, como el Decreto Legislativo N° 809 y luego el Decreto Legislativo N° 1053, se siguió de manera vacilante, con resultados a la fecha inciertos.

V.- RÉGIMEN ADUANERO DEL DRAWBACK

Régimen Aduanero que representa la Restitución de Derechos Arancelarios, que representa una herramienta que viene a neutralizar la carga impositiva que representa haber importado insumos o materiales primas que son utilizado en el proceso de bienes finales de exportación, y sobre el cual se han cancelado derechos arancelarios; facilitando de esta manera que las empresas exportadoras lleguen al mercado internacional con precios competitivos, que t.

Esta herramienta se le denomina la restitución de derechos arancelario – Drawback, Régimen Aduanero especificado en los artículos 82° y 83° la nueva Ley

General de Aduanas aprobado por el Derecho Legislativo N° 1053 estableciendo las mismas definiciones, requisitos y procedimientos previstos desde mediados de los años noventa.

De igual manera, en la revisión bibliográfica relacionada con los derechos arancelarios, se ubica que existen diferentes puntos de vista en la forma de abordarlo, tal es así que **LEDESMA, Carlos A.**, define al drawback como el **“sistema mediante el cual el estado otorga a los exportadores de productos manufacturados, en cuya composición o fabricación se han incorporado materias primas, mercaderías o productos terminados, semiterminados, o embalajes de industria extranjera; un porcentaje equivalente a los derechos de importación que tales bienes debieron pagar para ser introducidos en el país”**.¹

Asimismo, **DE LA CRUZ CASTRO, Hugo.**, nos da la siguiente definición: “El drawback es un régimen arancelario para el fomento de las exportaciones, que permite que cualquier componente que ha sido importado pagando los derechos de aduana y se incorpore a un producto exportado, tenga derecho a la devolución de los impuestos que pagó al ser nacionalizado, aun cuando el importador no sea el mismo que el exportador, con el fin de eliminar la repercusión que los derechos arancelarios suponen al costo de los productos exportables y así hacer que los precios en el mercado internacional de estos productos sean más competitivos y que constituya una herramienta eficaz que responda al principio que no es.”²

Además, **SABINO, Carlos.**, señala que “el drawback es un tipo de incentivo a la exportación, más conocido por su nombre en inglés “drawback”, que consiste en reintegrar a los exportadores que utilizan insumos importados una parte o la totalidad de los derechos aduaneros que han pagado para introducir esas materias primas al país. El drawback no se considera un subsidio sino una forma de evitar que los exportadores sean injustamente cargados con impuestos que están destinados a proteger la industria local, no a perjudicar su acceso a los mercados internacionales. Como en este caso las mercancías importadas no ingresan realmente al consumo del mercado local, se considera justo que los empresarios no paguen los aranceles que normalmente se les cargan.”³

- Del mismo modo, **ALVA FALCÓN, César.**, señala que **“drawback es el Régimen Aduanero que permite, como consecuencia de la exportación de mercancías, obtener la restitución total o parcial de los Deechos Arancelarios.”**⁴

1 LEDESMA, Carlos A., PRINCIPIOS DE COMERCIO INTERNACIONAL, p. 138.

2 DE LA CRUZ CASTRO, Hugo. GLOSARIO EMPRESARIAL: TRIBUTARIO, CONTABLE, JURÍDICO, ECONÓMICO FINANCIERA, LABORAL, BURSÁTIL, ADUANERO. p.799.

3 SABINO, Carlos. DICCIONARIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS. p. 18.

4 ALVA FALCÓN, César. RÉGIMEN ADUANERO DE DRAWBACK. p.2.

Una de las condiciones que debe cumplir la restitución de derechos arancelarios – drawback es que en los bienes exportados se haya utilizado insumos importados que haya pago íntegramente los derechos arancelarios.

VI.- EL TIGRE ANDINO, EL MILAGRO PERUANO:

El llamado Tigre Andino o “milagro peruano” fue explosivo. Hasta el año 2005 el PIB per cápita en Perú era el mismo que en 1975; 30 años de letargo que se revirtieron completamente en tan pocos años 2005-2011. ¿Cómo lo hizo? “El desarrollo de la economía peruana que llegó a triplicar sus exportaciones y en otros a quintuplicarlas, siendo la admiración, y otros casos envidia de todos los países del mundo.

En ese quinquenio, en el segundo gobierno del presidente Alan García Pérez, se le escuchaba pregonar: **“Ya hemos superado a Chile en consumo de cemento, y estamos creciendo por persona en carreteras, en puertos, en puentes, en obras de este tipo con mucha mayor velocidad que Chile, lo cual cumple el objetivo que me había planteado hace cuatro años de llevar a nuestro país a superar el modelo chileno en velocidad de crecimiento y de empleo”**, decía Alan García en 2010, alabando la gestión macroeconómica durante su mandato, que se comprobaba con el surgimiento – como hongos – de construcciones de pistas, edificios familiares, bajó la anemia en los niños, hospitales, colegios, bajó de la pobreza del 49% al 21%, etc.

Y una de esas líneas de base, en su política de exportación aduanera fue instrumento del Drawback, está basado a la realidad a la cual tienen que hacer frente las empresas exportadoras, en la reinversión de sus empresas; y la incidencia de los beneficios tributarios que existen en nuestro país como fomento a las exportaciones, es sin lugar a dudas, la restitución simplificada de derechos arancelarios, conocida como el régimen aduanero del Drawback, que representa una herramienta que ha venido siendo utilizado, por los tres gobiernos anteriores, mediante el **Decreto Supremo N° 104-95-EF**, como una política de gobierno de promoción a la exportación dirigidas especialmente a las empresas **productoras exportadoras, que viene a ser las medianas empresas y mypes**, como la herramienta que viene a neutralizar la carga impositiva que representa haber importado insumos o materiales primas que son utilizado en el proceso de bienes finales de exportación, y sobre el cual se han cancelado derechos arancelarios; facilitando de esta manera que las empresas exportadoras lleguen al mercado internacional con precios competitivos.

Desde el año 1995 el Estado constituyó el Drawback, que consiste en un monto a restituir equivalente al 5% del valor FOB del bien exportado. Esa tasa se mantuvo hasta el año 2009, cuando a raíz del impacto de la crisis financiera internacional en la economía peruana, -tal como suceda actualmente, ya que durante los últimos

cuatro años las exportaciones han disminuido dramáticamente- el inisterio de economía y finanzas de ese entonces, en una toma de decisión crucial dispuso aumentarlo a 8%, que permitió superar la crisis, el aumento de las exportaciones; **LOGRÁNDOSE QUE LAS EXPORTACIONES SE TRIPLIQUEN, dando lugar al llamado: TIGRE ANDINO o MILAGRO PERUANO.** Al superarse la difícil situación externa, el MEF disminuyó la tasa de manera gradual del 8% a 6,5% y luego a 5% en el 2010.

El ocaso del Milagro Peruano:

Pero lamentablemente con el ingreso del gobierno del presidente Ollanta Humala través del Ministerio de Economía y Finanzas publicó en el Diario El Peruano con fecha 18 de noviembre del 2014, el Decreto Supremo 314-2014, rebajó la tasa del **Drawback (restitución de aranceles) de 5% a 4% a partir del 1 de enero del 2015 y a 3% desde el 1 de enero del 2016**, norma que entraría en vigencia a los 22 días hábiles de su publicación, aduciendo que como ahora existían los TLC (Tratados de Libre Comercio), no era necesario, olvidándose que el Perú no tiene un TLC, con todos los países del mundo.

No entendiendo que este Régimen Aduanero, estaba construido en estimular el crecimiento sólo de las **PEQUEÑAS Y MEDIANAS EMPRESAS**, no era para las grandes empresas mineras o petroleras; sino para que puedan crecer y una vez transformadas en grandes empresas pagaran todos sus tributos aduaneros.

Y que el Gobierno de Pedro Pablo Kuczynski Godard, al llegar al gobierno aunque subió la tasa al 4%, no siendo suficiente y como respuesta en estos momentos que el sector exportador no atraviesa un buen momento, por impacto de la crisis financiera internacional en la economía peruana, considero que dicha la medida pondría en riesgo la reinversión y competitividad de empresas peruanas en el contexto de la actual desaceleración; desgraciadamente tampoco entendió esta simple ecuación económica exportadora: estimular el crecimiento de la **PEQUEÑAS Y MEDIANAS EMPRESAS, para que en la restitución de los derechos arancelarios que era el Régimen Aduanero del Drawback**, que le devolvía gran parte de sus aranceles, la que la hacían más competitivas en el escenario mundial de precios, para que puedan reinvertirlos en la mejora de la infraestructura de su empresa, contratar más trabajadores, contratar más proveedores, para llegar al bien común el crecimiento del Perú.

Ya que el Drawback, como promoción a las exportaciones, se ha convertido en un estímulo permanente para las empresas productoras exportadoras compuestas por las medianas y pequeñas empresas, ampliando sus exportaciones, logrando con ello el efecto reinvertir en sus empresas y con ello impulsar el desarrollo del país; que los gobiernos deben corregir.

Es importante que el Estado, tal como sucedió en el año 2009, que ante el impacto de la crisis financiera internacional en la economía nacional y la caída

de nuestras exportaciones por cuarto año consecutivo, - tal como sucede ahora - el Ministerio de Economía y Finanzas, tome la decisión del aumento al 8% del Drawback, que permitió las empresas productoras exportadoras tripliquen sus exportaciones y necesariamente reinviertan **la restitución de los derechos arancelarios** en sus empresas y generen más puestos de trabajo.

BIBLIOGRAFIA

- ALVA FALCÓN, César. **RÉGIMEN ADUANERO DE DRAWBACK**. Editorial Prompex, edición de Abril, Perú, 2003, pp.23
- ARGUMEDO HERNÁNDEZ, Sonia. **PROCEDIMIENTO DE RESTITUCIÓN SIMPLIFICADO DE DERECHOS ARANCELARIOS-DRAWBACK**. Editorial SUNAT, edición Setiembre, Perú, 2001, pp.54
- BUENO CAMPOS, E.; CRUZ ROCHE, I. y J., DURAND HERRERA. **ECONOMÍA DE LA EMPRESA. ANÁLISIS DE LAS DECISIONES EMPRESARIALES**, Editorial Pirámide, 2010, pp. 368
- CASTRO DE LOS ÁNGELES, Roberto. **CONCEPTO INVERSIÓN**. Editorial Pearson Educación, Madrid, 2008, pp. 1-2
- CASTRO DE LOS ÁNGELES, Roberto. **CONCEPTO INVERSIÓN**. Editorial Pearson Educación, Madrid, 2008, pp. 1-2
- COSS, Raúl. **ANÁLISIS Y EVALUACIÓN DE PROYECTOS DE INVERSIÓN**. Editorial Limusa, México, 2009, pp.349
- DANIELS, John; RADEBAUGH, Lee y Daniel, SULLIVAN. **NEGOCIOS INTERNACIONALES: AMBIENTES Y OPERACIONES**, Editorial Pearson Educación de México, Décima Edición, 2008, pp. 701
- DE LA CRUZ CASTRO, Hugo. **GLOSARIO EMPRESARIAL: TRIBUTARIO, CONTABLE, JURÍDICO, ECONÓMICO FINANCIERA, LABORAL, BURSÁTIL, ADUANERO**, Editorial Ivera Asociados E.I.R.L., Primera Edición, Lima-Perú, 2000, pp. 864
- GALLARDO MIRAVAL, Juvenal., **LOS DELITOS ADUANEROS, FUNDAMENTOS DE COMERCIO INTERNACIONAL**, Editorial Rodhas S.A.C., Segunda Edición, Lima-Perú, 2008, pp. 592
- GARRIDO MARTOS, Luis. **INVERSIONES**. Editorial Bresta. Madrid, 2008, pp.3
- GITMAN, Lawrence y Michael, **JOEHNK. FUNDAMENTOS DE INVERSIÓN**. Editorial Pearson Educación. Madrid, 2010, pp.350
- JEANNENEY, Jean Marcel. **UN NUEVO PROTECCIONISMO**, Editada por H. Blume, Madrid – España, 2010, pp. 739

- LEDESMA, Carlos A., **PRINCIPIOS DE COMERCIO INTERNACIONAL**, Ediciones Macchi, quinta edición, Argentina, 2005, pp. 689
- MARTIN, Philip y Michael, TEITELBAUM. **THE MIRAGE OF MEXICAN GUEST WORKERS**, Editorial Foreign Affairs, Estados Unidos, Diciembre 2010, pp. 517
- MEIGS Y MEIGS, Better Whittington. **CONTABILIDAD. LA BASE PARA LAS DECISIONES GERENCIALES**. Editorial: McGraw Hill. Colombia, 2008, pp.784
- PEUMANS, H. **VALORACIÓN DE PROYECTOS DE INVERSIÓN**, Editorial Deusto, España, 2007, pp. 672
- RUGMAN, Alan. **INSIDE THE MULTINATIONALS: THE ECONOMICS OF INTERNATIONAL MARKETS**, Editorial Columbia University Press, Nueva York-Estados Unidos, 2009, pp. 481
- SABINO, Carlos. **DICCIONARIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS**. Editorial Panapo, tercera edición, Venezuela, 2006, pp.304
- SALT, John. **THE FUTURE OF INTERNATIONAL LABOR MIGRATION**, Editorial Migration Review, Estados Unidos, 2008, pp. 1125
- TARRAGÓ SABATÉ. **FUNDAMENTOS DE ECONOMÍA DE LA EMPRESA**. Edición del Autor, sexta edición, México, 2002, pp. 858

PAGINAS WEB VISITADAS

- FERNÁNDEZ, Alberto. **DEFINICIÓN DE INVERSIÓN**, extraído de la página web: <http://definicion.de/inversion/> 2009
- FINANZAS.GMAANGO.COM. **QUE ES UNA INVERSIÓN NETA**. Texto extraído de la página <http://finanzas.gmaango.com/2012/08/06/que-es-una-inversion>.
- GARRIDO MATOS, Luis. **INVERSIONES**, extraído de la página web: <http://www.zonaeconomica.com/inversion/definicion>, 2010
- NAVARRO PALACIOS, Indira. **IMPUESTOS A LA RENTA, DERECHOS ARANCELARIOS Y DRAWBACK**, Extraído de la página web: http://www.ipdt.org/editor/docs/02_Rev48_INP.pdf, Lima, Diciembre del 2008.
- PYME.LAVOZTX.COM. **VENTAJAS DE REINVERTIR LAS GANANCIAS**, Extraída de la página web: pyme.lavoztx.com/ventajas-de-reinvertir-las-ganancias-12193.html
- ROSAS BUENDÍA, Ricardo. **“ASPECTOS BÁSICOS DEL DRAWBACK: BENEFICIO TRIBUTARIO-ADUANERO A LA EXPORTACIÓN”** Extraído de la página web: <http://blog.pucp.edu.pe/item/19056>

- WWW.BUENASTAREAS.COM. **REINVERSIÓN**, Extraída de la página web: <http://www.buenastareas.com/ensayos/Reinversion/2470677.html>
- WWW.ECONOMIA48.COM. **REINVERSIÓN**, Extraído de la página web: <http://www.economia48.com/spa/d/reinversion/reinversion.htm>
- WWW.EUMED.NET. **REINVERSIÓN**, Extraída de la página web: <http://www.eumed.net/libros-gratis/2009b/557/reinversion%20y%20credito%20interno.htm>

CIRO ALEGRÍA Y EL MUNDO DE LOS JUECES

Dr. Carlos Calderón Puertas*

- ¿Y el juez?
- *De mi parte. Si a mí me debe el puesto. Yo moví influencias y lo hice nombrar a pesar de que ocupaba el segundo lugar en la terna.*

(Alegría 2019: 206)

LITERATURA Y JUECES

Que el mundo judicial ha sido siempre objeto de vapuleos por parte de la literatura es cosa sabida. Ya en los inicios de la república la desconfianza era absoluta. Felipe Pardo y Aliaga, en poema que llamó “descriptivo”, expresó para referirse a los jueces:

El sueldo es lo esencial del magistrado; y en cuanto á la aptitud, vale lo mismo ser leguleyo mazorrall é intonso que ser tan sabio como el rey Alfonso (1886)

Años antes, con el ácido humor que lo caracterizaba, Manuel Atanasio Fuentes se burlaba de los magistrados nombrados por el “Poder Fregativo”, señalando que:

86. Producen recomendación popular en favor de jueces y magistrados:
1. Ir tarde al despacho;
 2. Dormir al oír los informes de los abogados;
 3. Fallar al bulto (Salas 1998:318).

Y con acrimonia plena, Gonzales Prada, Don Manuel, aseguraba con la pasión del apóstol y la beligerancia del profeta que “el juez viene del abogado, como la vieja beata sale de la joven alegrona, como el policía y el soplón se derivan del ratero jubilado”, para agregar, con la espada desenvainada:

* Magistrado.

Jueces hay justos: no todas las serpientes ni todos los hongos encierran ponzoña mortal. Sin embargo de todo, los vocales disfrutan de esa veneración y de ese respeto que infunden las cosas divinas. Como un negro salvaje convierte en fetiche una caja de sardinas o una bota, así nosotros divinizamos a los miembros de las Cortes, principalmente a los de la Suprema. Nadie les toca ni les mira de igual a igual, todos les dan en todas partes el sitio de honor y le prodigan las consideraciones más exquisitas. ¿El señor vocal asoma? Todo el mundo inclina la frente. ¿El señor vocal habla? Todo el mundo sella los labios y bebe sus palabras, aunque diga simplezas con la magnitud del Himalaya y suelte vulgaridades con el tamaño de un planeta (1986: 217).

No solo es el siglo XIX quien documenta el descrédito de la judicatura; también el siglo XX, de la pluma de nuestro Nobel, exhibirá la mengua de nuestro crédito. En efecto, Vargas Llosa –que ya en *La Tía Julia y el Escribidor*, como al desgaire, había dicho: “Estudiaba en San Marcos, Derecho, creo” (2017:13)- sentenciará en *Los cuadernos de don Rigoberto*, con expresión lapidaria: “Mi éxito como legalista ha derivado de esa comprobación -que el derecho es una técnica amoral que sirve al mejor que la domina” (1997: 332).

Pero acaso, sea la celebérrima moneda de oro perdida en la plaza de Yanahuanca, retratada maravillosamente por Manuel Scorza en *Redoble por Rancas*, el que más ejemplifique esa desconfianza absoluta enmascarada en el temor, en la abdicación a la igualdad, en la reverencia que surge del cargo, en el miedo al traje negro de seis botones del juez Montenegro.

LA LEY ES LA LEY

Y es que la literatura es una forma de expresión de la realidad. Ella es -como se ha dicho- “un reflejo, consciente o inconsciente, de la situación social, económica y política de un determinado momento histórico” (Lanzuela 2000: 259).

En el país, Carlos Ramos Núñez, con un título sugerente: *La pluma y la ley*, publicó en el año 2007 un libro que es una confesión sobre su amor por la historia, el derecho y la literatura. En la obra se examina, con agudeza y sencillez, cuentos y novelas peruanos entre los que aparece también Ciro Alegría con su “Calixto Garmendia”, y que le sirve a Ramos para retratar el declive psicológico (de allí el subtítulo “La justicia y la locura”) “que no moral” de ese carpintero andino que lo único reclamaba era justicia y no limosna.

El trabajo de Ramos estructurado en 4 capítulos, habla en el último de ellos de los jueces, esos administradores de la justicia “particularmente expuesto(s) a la expectativa general” y fue hecho -asegura- para “oponerse al positivismo lacerante de los tribunales, el foro y la universidad peruana”. “Es -refiere- un arma contra el desencanto” (2007: 17), y no yerra cuando lo afirma desde que la exposición cruda de las faltas, la crítica a la prepotencia y el culto a la ley es una forma de propiciar la necesaria enmienda.

Años atrás, bajo el título *La ley es la ley*, Maruja Barrig había publicado una antología clásica sobre *La justicia en la literatura peruana*, precisamente el subtítulo de la obra. En la compilación de Barrig desfilan autores como Alegría, Arguedas, Ribeyro, Scorza, Urteaga, López Albújar, Martínez o Reinoso hablando, desde sus cuentos y novelas, de litigios, códigos y despojos, de los que juzgan, del *orabunt causas melius*, de las personas tras las rejas y de la otra justicia, la humana, la peruana, la que sirve a los poderosos en desmedro de los que no tienen.

En la introducción, la autora se pregunta: “¿Y qué otra cosa sino seres humanos son los jueces?” Con absoluto desagrado se responde: “Revestidos de un poder que se advierte omnímodo con quienes son juzgados, permeables y temerosos a la presión de aquellos lo suficientemente poderosos como para destituirlos (...)” y agrega, finalizando con una frase de López Albújar, que tienen en común, junto con los médicos y las madres de caridad, “la anestesia del sentimiento” (Barrig 1980: 16).

El título de la obra es, por lo demás, sugerente. Corresponde a una típica expresión peruana que también es utilizada en *El mundo es ancho y ajeno*. Es, en la concepción de Barrig y en la boca del juez de la novela de Alegría una fórmula inerte, presuntamente aséptica y de apariencia igualitaria que solo sirve como excusa para propiciar actos de injusticia.

EL MUNDO ES ANCHO Y AJENO

Esta mirada sombría y acusatoria de la justicia la tiene también *Ciro Alegría*, cuyo nombre rememoraba al célebre personaje de Verne en *La isla misteriosa*¹. Condenado (por su nombre o por su gusto) a la literatura, Alegría había sido expulsado a Chile como exilado aprista luego de su segunda prisión. En 1940, mientras se ganaba la vida escribiendo artículos, vendiendo cuentos o corrigiendo pruebas y originales de otro, se decide a escribir *El mundo es ancho y ajeno*, al saber que la editorial *Farrar & Rinehart* de Nueva York había convocado a un concurso latinoamericano de novela. Sus primeras aprehensiones, derivadas del hecho de ser un perseguido político y no vivir en un mundo de relaciones, fueron dejadas de lado cuando se enteró que los integrantes del jurado serían Ernesto Montenegro², Blair Niles y John Dos Passos. Sus problemas económicos, amenguados cuando un grupo de amigos –en “un hecho desacostumbrado”– acordaron darle una subvención mensual, le permitió culminar el trabajo (Alegría 1980: 176, t. I).

1 El nombre le fue puesto por su tía Rosa. Mucha suerte con harto palo. Editorial La oveja negra. Bogotá, 1980. Tomo I, p.8. Dora Varona, a su vez, recordará que Miguel Ángel Cornejo, su profesor de Castellano en el colegio San Juan de Trujillo, le dijo: “Tienes un nombre excelente para escritor, *Ciro Alegría*; ¡*Ciro Alegría*! ¿Escribes? ¿Sí? Entonces vas a ser escritor. Con ese nombre no te queda más remedio”. *Ciro Alegría y su sombra*. Editorial Planeta Perú S.A. Lima, 2008. p. 45.

2 Quien había sido jurado en el Concurso Nascimento en el que resulta vencedor su libro *La serpiente de oro*.

En realidad, la novela aún no la había iniciado. El libro lo concluiría 4 meses después, “al alba del día en que cerrábase la admisión” (Alegría 1980: 177-178, t. I), Cuando fue a dejar la novela, el escritor José Santos Gonzáles le dijo que el plazo del concurso había vencido pues había llegado quince minutos tarde. Era una broma. Algunos meses más, exactamente el 28 de febrero de 1941, a las 10 de la noche, un radiograma le anunciaba que había triunfado (Alegría 1980: 180, t. I). En un mensaje remitido a su hermano Yayo le informa del hecho con tiernas palabras: “Te abrazo en este alegre momento de nuestras vidas i te pido que avises a mi papá i a toda la familia. Esta victoria es también tuya, por todo lo que me has ayudado” (Alegría 1980: 180, t. I).

Pero Alegría ya había triunfado antes. En 1935, apenas con 26 años de edad, había escrito *La serpiente de oro* desde un cuento base denominado “La balsa”. El libro tuvo como título de origen *Marañón*, pero fue modificado para su presentación en el concurso Nascimento, que termina por ganar. Luego, en 1939 participa en otro evento: el organizado por la editorial Zigzag con un libro al que pone de nombre *Los perros hambrientos*. Uno de los capítulos de esa obra -que termina segundo en el concurso- se iba a llamar *El mundo es ancho y ajeno*, pero no lo denomina así porque vio en ese material el rudimento de otra novela³, en la que incluirá como personajes a miembros de su propia familia, como su abuelo Teodoro de quien los peones decían: “Tiene la mano un poco dura, pero nunca hace injusticias” (Alegría 1980: 13, t. I), expresión y personaje que es el mismo que recoge y auxilia al Fiero Vásquez en *El mundo es ancho y ajeno*. Otras expresiones de su abuelo, como la de: “En Lima se ríen de las provincias y nos llenan de logreros” o, incluso la toma de Marcabal, y el episodio de los bañistas echados a correr desnudos por el campo, son sucesos que se vuelven a mencionar en la novela (Alegría 1980: 14 y 16). Reales también son su abuela Elena Lynch, a quien describe como “física y espiritualmente hermosa, de grande bondad, ingenio, palabra serena y fácil” (Alegría 1980: 17, t. I), el fiero Vásquez (“fea y hermosa era la faz, resuelto el ceño”, Alegría 2019: 491) y Pajuelo, cuya oratoria repite en el capítulo VI de su célebre trabajo.

Pero solo son ellos son personajes reales; todo lo demás -como lo dirá después- le fue imaginado.

LA HISTORIA

La historia es sencilla e intensa a la vez. Es la lucha de una comunidad: la de Rumi, contra la voracidad de un hacendado, Álvaro Amenábar y Roldán (“señor de Umay, dueño de vidas y haciendas en veinte leguas a la redonda”, Alegría 2019:

3 “(...) en ese momento -dice en sus memorias- me azotó una intensa ráfaga de ideas y recuerdos. Si no con todos los detalles y su completa estructura, panorámicamente vi el libro casi tal como está hoy” (Alegría 1980: 170, t. I).

199), en una contienda perdida de antemano, pues contra el destino (formado por unas estructuras legales imposibles de modificar) nada es posible. No en vano, la novela se inicia con la palabra: “¡Desgracia!” y esta es la que emerge con su dura fuerza con la muerte de la esposa de Rosendo Maqui, la doble pérdida de los terrenos de la comunidad y la propia muerte de don Rosendo, descrito -para felicidad de Guayasamín- como: “Un poco hombre, un poco vegetal, un poco piedra” (Alegría 1980: 23, t. II). Que la vida de los demás defensores de Rumi se haya extinguido en la traición y la violencia no es sino la ratificación de lo dicho (pienso en el Fiero Vásquez -cuyo cadáver fue decapitado y llevado en la punta de un sable⁴- o en Benito Castro, el hijo adoptivo de don Rosendo, quien levanta otra vez a la comunidad, la defiende del segundo despojo y fallece en total desesperanza⁵).

Pero “la condición del hombre es esperanzarse” (Alegría 2019: 15) y por eso, ante los alevés ataques del hacendado, quien se burla de la idea de forjar una escuela y reclama los terrenos como suyos, la comunidad creará que basta tener papeles para defenderse⁶ y la defensa de un abogado, representado por Bismarck Ruiz, quien, finalmente, se entrega al ofensor y olvida presentar la apelación.

Derrotados, en un juicio de linderos⁷ que en sí mismo es una farsa (linderos destruidos, rehacimiento de ellos por la Comunidad que es tomado en su contra, testigos falsos, amenazas contra los que podrían testimoniar a favor de los comuneros, abogado que no apela), el pueblo de Rumi es arrojado a la zona pedregosa de Yañañahui, no sin que algunos comuneros, al mando del Fiero Vásquez, consideren que su única defensa es la vida del bandolero, y otros se marchen a la selva que nunca ha de ser suya.

Gracias a la llegada de Benito Castro la comunidad es rehecha; sin embargo, nuevamente la ambición del hacendado se despierta: en el fondo, no le importa la tierra sino el trabajo de los comuneros para las minas que ha levantado⁸. Pero esta vez, la comunidad no se marcha en paz; inútil defensa la suya, pues son

4 El mundo es ancho y ajeno, capítulo XVIII.

5 “Váyanse, váyanse -alcanza a decir el hombre, rendido, ronco, frenético, demandando la vida de su mujer y su hijo” (Alegría 2019, 622).

6 “-Ya sabes que esos terrenos son míos y he presentado demanda.

- Señor, la comunidad tiene sus papeles ...” (Alegría 2019: 81).

7 Iván Rodríguez Chávez, acaso con alguna exageración, considera a *El mundo es ancho y ajeno* como fuente de la historia del derecho peruano. Los hechos los sitúa entre los años 1912 a 1928; en el primer caso, por una alusión a Jorge Chávez y en el último supuesto por la alusión del viaje de Benito Castro. En esa perspectiva, realiza un análisis desde el orden constitucional, penal, civil y procesal atendiendo a la legislación vigente en esa época. Rodríguez expresa que las normas a atender serían las Constituciones de 1860 y 1920, el código civil de 1852, el código de enjuiciamiento civiles del mismo año y los códigos penales de 1863 y 1924, así como el código de enjuiciamiento penal de 1863. Reseña también la legislación especial para el caso (2018: 61-155).

8 Benito Castro en la hora postrera dirá: “Los que mandan se justificarán diciendo: “Váyanse a otra parte, el mundo es ancho”. Cierto, es ancho. Pero yo, comuneros, conozco el mundo ancho donde nosotros, los pobres, solemos vivir. Yo les digo con toda verdad que pa nosotros, los pobres, el mundo es ancho pero ajeno” (Alegría 2019: 597-598).

derrotados bajo el inclemente fuego de los máuseres de los guardias. “¿Adónde iremos? ¿Adónde?”, implora Marguicha mirando con los ojos locos al marido, al hijo, al mundo, a su soledad”, en una pregunta que no solo es la suya, sino el de toda la comunidad. “Ella no lo sabe”, dice el novelista. Poco importa, pues en todos los lugares el mundo les será siempre ajeno.

LAS CRÍTICAS

Sánchez⁹, a quien le parece *Los perros hambrientos* de mejor calidad que *El mundo es ancho y ajeno*, encuentra que en la obra hay dos novelas que no pudo disciplinar: una dedicada a Rosendo Maquí que pertenece al agro tradicional y la otra, al Fiero Vásquez, que representa al agro en trance de fugarse a la ciudad. “Aquella es solemne y dolorosa; ésta, traviesa y audaz” (Sánchez 1966: 1493, t. IV). Con todo, menciona que en *Alegría* en un solo rasgo dota a la novela peruana “de dos de sus más representativas personificaciones, a quienes maneja con singular maestría y desenfado”.

Desde otra perspectiva y desde una visión que escinde la novela moderna de la clásica, Vargas Llosa aseguró en escrito publicado en *Caretas*¹⁰ a la muerte de *Alegría* que *El mundo es ancho y ajeno* “sobrevive indemne al naufragio indigenista” y en él corresponde: “la enormidad de las injusticias que denuncia, la plasticidad metafórica del lenguaje, el suntuoso panorama geográfico, la rica variedad de tipos humanos, el ritmo solemne en el que se desarrolla la acción de la novela”. No obstante, a pesar de considerarlo nuestro primer clásico, lamentará que su forma literaria ya había sido superada y que “sería inútil negar que en nuestros días *ya no se pueden compartir las convicciones literarias que él tuvo*, que los métodos y procedimientos que él empleó para apresar la realidad y proyectarla en ficciones resultan ahora limitados”¹¹.

9 Conocida fue la enemistad entre Sánchez y *Alegría*. Este, en sus memorias, asegura que Sánchez saboté y destruyó la edición de *El mundo es ancho y ajeno*. “Por mucho -dice- que considerara debidamente su bajeza y su menudencia, me pareció que aquello era demasiado. Pero ahora, a la vuelta de los años, me he dado cuenta de que es capaz de cosas como ésas y de muchas más ...”. (*Alegría* 1980: 55, t. II). Por su parte, el ex decano de San Marcos, escribió La juramentación de Darío Beltrán para denostar del novelista. Allí lo describe (y es lo menos que afirma de él) como “bohémio, periodista, objeto de acreedores vehementes, suscriptor empedernido de toda clase de letras de cambio, fracasado candidato por una provincia que no era la que lo vio nacer” (Sánchez 1977: 11). En cambio, Dora Varona, tratando de anteponer la diatriba a los hechos, recuerda que fueron los Sánchez los que le dieron una habitación, en los altos de su casa, a *Ciro Alegría* y Rosalía Amézquita, su primera esposa (2008: 123) y que fue Sánchez quien le entregó a Alfonso Reyes el manuscrito de una obra teatral de *Alegría* denominada *Génesis* (2008: 139). Varona también menciona que ambos escritores se encontraron en Nueva York y que “*Ciro* estaba resentido con Sánchez por un montón de pequeñeces sutiles, entre ellas se encontraba el chisme de alguien de la editorial Ercilla, que le había escrito diciéndole que Luis Alberto había corregido a su manera *El mundo es ancho y ajeno*, lo que el autor no pudo resistir” (2008: 167).

10 *Caretas*. Edición de marzo de 1967. El artículo se puede encontrar en: <http://www.leeporgusto.com/ciro-alegria-segun-mario-vargas-llosa/>

11 Se refiere al maniqueísmo, el desdén de la técnica narrativa, la falta de uno o varios puntos de vista.

Esta visión es una que terminó perjudicando la obra de Ciro Alegría. Ya es un lugar común señalar la equivocación -al parecer derivada de la necesidad de censurar el indigenismo en la novela- cometida por José Donoso al señalar que el triunfo de *El mundo es ancho y ajeno* pospuso¹² la obra de Juan Carlos Onetti, *El astillero*, hecho absolutamente falso desde que la publicación de la obra de Alegría fue en 1941 y la de Onetti que apareció 20 años después. Lo que sucede es que se trataba bajo la eclosión del boom de enfrentar dos formas de hacer novela, una de las cuales, la nueva, abandonaba la estructura clásica y se afincaba en nuevas técnicas.

Es esta, además, la perspectiva que presenta Emir Rodríguez Monegal, quien corrige el equívoco de Donoso y repara que la novela con la que se enfrentó *El mundo es ancho y ajeno* fue *Tiempo de abrazar*, obra que Onetti se encargó de nunca publicar. Sin embargo, Rodríguez Monegal considera que 1941 era “una fecha demasiado temprana para que ningún jurado latinoamericano haya podido ver lo que había de viejo y de muerto ya en la novela de Alegría” (2009).

Tomás Escajadillo se ha encargado de refutar estas afirmaciones, fundamentalmente las de Rodríguez Monegal, ya que las de Donoso le parece reiteran la del crítico uruguayo, son meras diatribas y hasta resultan cómicas¹³. Escajadillo señalará que existe una “adoración” por la modernidad y un “fetichismo” por lo nuevo que no alcanza a comprender, menos cuando el mismo crítico habla que constituye “una literatura desgarrada, nueva en su enfoque americano”. Discute, además, la hipótesis central de Rodríguez Monegal; en principio, que se trate de una novela tradicional, cuando se observa, por ejemplo, la presencia de monólogos interiores, y señala que, aún, así lo fuera, nada habría que reprochar porque la experimentación en sí misma no significa nada (2018: 9-28)¹⁴.

Con todo para Escajadillo la obra está estructurada teniendo como puntos de referencia a la comunidad como el único lugar habitable y el retardamiento del desarrollo de la acción utilizando historias interpoladas para lograr el suspenso narrativo.

LOS JUECES

Alegría crea un cuadro vivo del mundo pervertido del derecho. Bismarck Ruiz el abogado de la comunidad es presentado de esta forma: “vestía un terno verdense y lucía gruesos anillos en las manos. Sobre el vientre, yendo de un bolsillo

12 “Escamoteó” es la palabra utilizada por Donoso.

13 Fundamentalmente la frase que “el polvo ha ido cubriendo a Ciro Alegría”, que no se compadece con la reimpresión incesante de *El mundo es ancho y ajeno*. Escajadillo, Tomás G. Alegría y el mundo es ancho y ajeno. Universidad Ricardo Palma. Lima, 2018, p. 12.

14 Asimismo, crítica esa visión adánica del boom y hace referencia al análisis realizado por Vargas Llosa, quien, a pesar de sus críticas tiene a Alegría como nuestro primer clásico.

a otro del chaleco, una curvada cadena de oro. Sus ojuelos estaban nublados por el alcohol y todo él olía a aguardiente como si de pies a cabeza estuviera sudando borrachera” (Alegría 2019: 93). Será él quien traicione a los comuneros.

No menos horrorosa es la presencia del “pequeño y magro” Iguíñiz, tinterillo vinculado al hacendado Amenábar, quien no había terminado sus estudios en la Universidad de Trujillo, “suma y compendio de los rúbulas de la capital de provincia” (Alegría 2019: 201) y a quien se debe el plan para modificar los linderos de la comunidad.

Pero es acaso la imagen del juez la más cuestionada, por su cercanía al poder y su falsa moralidad. Es verdad que el propio bisabuelo de Alegría fue juez y que él lo retrata de esta manera: “Ascendió a vocal de la Corte Superior de Cajamarca. Habría hecho la carrera hasta la Suprema, pues tenía una mentalidad jurídica de primera clase, pero su honradez lo hizo detenerse (...) Sus compañeros de Corte atendían los reclamos de los políticos y pudientes o se dejaban sobornar. Entonces, caso único quizás, renunció su vocalía para volverse a Cajabamba y ser un juez provinciano de nuevo ...” (Alegría 1980: 12, t. I). Sin embargo, lo ve como un caso excepcional, como se desprende de la última frase citada.

LA LEY Y LA JUSTICIA

En realidad, juez y ley son lo mismo: herramientas al servicio del poder. Lo dice con claridad Benito Castro en el momento final de la lucha de Rumi: “La ley nos los protege como hombres” (Alegría 2019: 597). No basta que se tenga papeles para defender a la comunidad; cuando se es pobre la ley es contraria y empuja a los comuneros a la esclavitud. No importa lo que se haga, jamás habrá perdón: “¿Quién perdona? ¿Quién tiene una onza de perdón pa darlo al pobre que lo necesita? Ustedes dirán que la comunidad. Pero la comunidad está sola ... La ley no sabe perdonar y menos los hombres ...” (Alegría 2019: 132).

En un mundo de injusticia, ¿cómo podría ganar la comunidad? si:

El juez desaparecía entre montañas de papel sellado originadas por el amor a la justicia que distingue a los peruanos, pero, rendido por la sola contemplación de los legajos y estimando sobrehumano subir y bajar por todos esos desfiladeros llenos de artículos, incisos, clamores, denuestos y “otrosí digo”, había renunciado a poner al día los expedientes. Explicaba su lentitud refiriéndose al profundo análisis que le demandaban sus justicieros fallos: “Estoy estudiando, estoy estudiando muy detenidamente (Alegría 2019: 87).

El dato es, sin embargo, errado. Para Alegría el agotamiento es solo la excusa. El juez no puede oponerse al poder porque fue puesto por él. De ahí que en el célebre discurso de Pajuelo este respondiera, al preguntarse de dónde venía la injusticia: “Sencillamente de los malos gobiernos, como producto de la complicidad de los mandones y explotadores eternos distritales, que

para desgracia de nuestro pueblo aún existen bajo los siniestros nombres de Gobernadores, Alcaldes, Jueces de Paz y Recaudadores” (Alegría 2019: 189).

La ley es solo una formalidad, algo que podía tergiversarse (Alegría 2019: 376). “Viejito -le dice el juez a Rosendo Maqui- personalmente disculpo tus fallas, considerando tu cansancio. Como juez es otra cosa: la ley es la ley” (Alegría 2019: 229) y bajo ese criterio, ante cúmulos de papel sellados¹⁵, interrogando testigos hasta el cansancio “con ese estilo moroso, enrevesado y esponjoso que distingue al poder judicial” (Alegría 2019: 218) se fue labrando la derrota de la Comunidad. Y es que “ese mismo juez que parecía tan austero, nada habría hecho por hacer respetar la justicia cuando todos los pobres temían desafiar a un rico, así fuera tan solo con una declaración de conciencia” (Alegría 2019: 242). Es el juez que acompaña al hacendado y el que no duda en utilizar los mecanismos del proceso para ofrecer la libertad a la acusada a cambio de que sea su cocinera¹⁶.

Si hemos de ser sinceros, los retratos de Alegría no se apartan en nada de la creencia colectiva. Hoy mismo, 78 años después de su publicación y 110 años después del nacimiento de nuestro autor, las cosas, por lo menos en lo que se refiere a sensación, no se han modificado. Así los datos de la literatura parecen compadecerse con los registros socio-jurídicos que dan cuenta que la ciudadanía descrea del Poder Judicial al extremo que considera que se trata de una entidad en la que prospera la corrupción y, en el mejor de los casos, la negligencia absoluta.

¿Acaso no es eso lo que informan las encuestadoras en el país? En el lejano 1992, la cifra de desconfianza de la ciudadanía a sus jueces fue del orden del 70.2%. Un posterior trabajo realizado después del autogolpe de 1992 arrojó cifras del orden del 89%. Poco tiempo después (1993) el grado de desconfianza era del 70%, cifra que subía al 90% cuando la pregunta era dirigida a los empresarios. Luego, en 1997, 32% de la población consideró que la situación “estaba igual que antes del proceso de modernización impulsado por el fujimorismo”.

La situación hasta el año 2001, fue modificándose, entre momentos muy bajos de confianza (20%) hasta inusuales momentos de respaldo (42%) con una media de aprobación de apenas el 27.6%. Los datos los ofrece la firma Apoyo que ha registrado los movimientos de aprobación del Poder Judicial desde el año 1994. Estos son: 1994, 24%; 1995, 25%; 1996; 42%; 1997, 28%; 1998, 20%; 1999, 27%; 2000, 24%; 2001, 31%.

De otro lado, la Comisión de alto nivel contra la corrupción¹⁷ ofrece las encuestas sobre la percepción de corrupción. Los datos allí expuestos mencionan

15 “El pan puede faltar, pero no el papel sellado” (Alegría 2019: 214).

16 Como en el caso de Gumerinda, la esposa del Fiero Vásquez. (Alegría 2019: 362).

17 Sexta encuesta nacional sobre corrupción Consultar: <http://can.pcm.gob.pe/a-nivel-nacional/> y <http://es.scribd.com/doc/46759836/Sexta-Encuesta-Nacional-sobre-Corruptcion-2010>.

que el Poder Judicial es percibido en los años 2004, 2006, 2008 y 2010 como corrupta en el orden del 70%, 66%, 61% y 30%, respectivamente, aumentando en el año 2012 a 56% y en el 2013 a 49%.

Los últimos datos son también apabullantes. La encuesta nacional sobre percepciones de la corrupción en el Perú 2012 de Proética, elaborada por Ipsos, revela que el Poder Judicial y la Policía Nacional son percibidos como las instituciones más corruptas del país. Es común la apreciación que los fallos se compran, al extremo que el 69% de los entrevistados piensa que es posible sobornar a un juez¹⁸. Ni hablar de los datos del 2017 y 2018 que son francamente deprimentes¹⁹. Se trata –dice Althaus– de prácticas corruptas institucionalizadas. Es el patrimonialismo en funcionamiento (2016: 25)²⁰.

Que sea por un excesivo culto a la ley, por la instauración de un poder judicial que sigue el modelo napoleónico (burocrático) colocando al magistrado en una situación de dependencia real (Andrés y Movilla 1986: 30), por una estructura vertical de relaciones interinstitucionales (Bobbio 1986: 65) que propicia el secretismo y reniega de los valores democráticos, sencillamente por indecencia o por protección a una estructura desigualitaria de poder es indiferente. Ahora, como antaño, el descrédito de los jueces es evidente. Como diría Eguiguren:

Para nadie es un secreto que la mayoría de los peruanos no confían en el sistema judicial y están decepcionados de la administración de justicia. Han interiorizado la impresión de que el Poder Judicial es un reducto en el que subsisten ritos y prácticas anacrónicas, donde el “formalismo” tiende dramáticamente a prevalecer sobre la misión de hacer justicia. Esta devaluada percepción social se complementa, más recientemente, con la afirmación de que el personal que labora en la función judicial es corrupto o profesionalmente mediocre (o ambas

18 Althaus, Jaime. *La gran reforma (de la seguridad y de la justicia)*. Lima, Planeta 2016, pp. 23 y 24.

19 La décima encuesta anticorrupción de Proética señala que para el año 2017 el Poder Judicial era considerada como la institución más corrupta del país <https://www.proetica.org.pe/wp-content/uploads/2018/08/Pro%C3%A9tica-X-Encuesta-Nacional-sobre-Corrupci%C3%B3n-1-6.pdf>.

20 De ese acontecer ha dado cuenta Jaris Mujica (*Micropolíticas de la corrupción. Redes de poder y corrupción en el Palacio de Justicia*. Lima, 2011), quien tres esferas de corrupción en el poder judicial. El más bajo es el constituido por los tramitadores de Azángaro, asesores legales, abogados al paso y secretarios de juzgado. Se trata de un sistema también utilizado por ciudadanos que buscan justicia pero que no lo encuentran por mecanismos formales “De modo que estas redes de corrupción también se usan, paradójicamente, para defender derechos”. Son redes poco estables y poco estructuradas. El segundo eje se da al interior de los juzgados, relatorías y secretarías, aquí los estudios de abogados contactan con dichos funcionarios. La red se conforma por la base de relaciones familiares o amicales gestadas en la universidad. “(Estos funcionarios acceden a los órganos jurisdiccionales) a través de los concursos públicos, pero la mayoría manifiesta haber llegado gracias a una recomendación de un juez (amigo, familiar o profesor) a quien le deben solidaridad y reciprocidad (...) Todos tienen sus padrinos. Si no tienes padrino, no llegas al puesto”. El tercer nivel estaría integrado por los jueces superiores y supremos, ingresados a la judicatura por contactos gestados en la vida universitaria o por conexiones familiares. Según Mujica la venta de sentencias es un fenómeno más propio de los jueces de primera instancia que de los superiores; estos aparecen más relacionados al padrinazgo, al tráfico de influencias y al nepotismo. Las expresiones se encuentran en el libro de Althaus citado.

cosas), y que se encuentra resueltamente sometido al poder político de turno, así como a los intereses económicos dominantes (1999: V)²¹.

Que Alegría, para reflejar su concepción del juez, cuente la fábula del sapo, la cigarra y la garza, resulta de lo más emblemático. La narración es simple. Un sapo y una cigarra enfrascados en la discusión de quién canta mejor van en busca de un juez que decida lo más conveniente. Cuando encuentran a la garza le preguntan si sabe cantar. “¿Y quiénes son ustedes para pedirme prueba? Mi canto es muy fino, despreciables gritones. Si quieren aprovechen mi justicia; si no, sigan su camino”, les dice. El sapo llega a la conclusión de que no tienen derecho a juzgar a su juez y decide con la cigarra acercarse a la garza para que escuche sus cantos. “El sapo se puso a cantar, indiferente a todo, seguro del triunfo y mientras tanto la garza se comió a la cigarra. Cuando el sapo terminó, dijo la garza: “Ahora, seguirá la discusión en mi buche”, y también se lo comió. Y la garza, satisfecha de su acción, encogió una pata y siguió mirando tranquilamente el agua” (Alegría 2019: 177).

Es también sintomático que cuando Rosendo Maqui deba decidir sobre Abdón, el cazador de “venaos”, no apele a la ley, sino a la justicia. “¿Quién puede asegurar que el venao ha comido siempre pasto de la comunidad? Puede haber comido el de una hacienda vecina y venido después a la comunidad”. Y agregará, en giro especial: “La justicia es la justicia” (Alegría 2019: 12), y a ella se llega amando, porque “Rosendo ama innumerables cosas, quizás todas las cosas, y entonces las entiende porque está cerca de ellas, conviviendo con ellas, según el resorte que mueva su amor (...) Su sabiduría, pues, no excluye la inocencia y la ingenuidad. No excluye ni aun la ignorancia” (Alegría 2019: 51-52). Acaso por eso mismo el Fiero Vásquez decidió invocar al Justo Juez y no a la justicia humana (Alegría 2019: 140).

Esa es la imagen que Alegría tiene de los jueces. Tan clara que hace que la Corte Suprema falle en contra de la Comunidad, mientras a Rosendo lo aniquilaban en prisión, sin confianza en la justicia de los hombres.

21 De paso, habría que anotar que el mundo de los abogados tampoco deja estar exento de crítica. Pásara ha indicado Esos efectos de la desconfianza aumentan no sólo por la propia estructura judicial sino porque todos los entes vinculados al sistema de justicia presentan las mismas deficiencias. Hay, además, como ha estudiado Luis Pásara, responsabilidad de las universidades en este problema dada la profusión de facultades de Derecho que han originado la propensión al facilismo en los estudios, el establecimiento de filiales y estudios externos, la preferencia al autodidactismo, la falta de profesores capacitados y, como correlato, una deficiente formación y un pésimo servicio profesional. En otro estudio realizado sobre el rol de los abogados, partiendo de una estructura que tiene como eje tres hipótesis: (i) estratificación en los servicios profesionales agrupados en dos polos: uno minoritario, de alta calidad profesional, y otro mayoritario, que atiende a las clases bajas y medias, con poca calidad profesional; (ii) conocimiento superficial, falta de solidez en el razonamiento, dificultad en la escritura; y (iii) como consecuencia de lo expuesto: congestión, dilación y corrupción, Pásara sostendrá que la estratificación profesional se encuentra acreditada, pero que “la promesa de ganar el caso y el objetivo de ganarlo a cualquier costo parecen ser compartidos por ambos sectores”; agrega que se presenta una asimetría abogado-cliente que genera que “el cliente de los sectores socioeconómicos más bajos reacción(e) ante este tipo de relación con desconfianza”. (2005: 15).

COLOFÓN

Soy juez y un libro, como se sabe, puede ser objeto de múltiples perspectivas. La mía, como se advierte, es una que parte desde mi actividad laboral. Una visión limitada, sin duda, pero que ofrece la obra desde la severa censura que Alegría hizo a la actividad judicial y al mundo del Derecho. Soy de los que creen que solo reparando en nuestros errores podemos emprender el camino de la necesaria enmienda. Y en eso nos ayuda la literatura, a veces más franca y más clara que los artilugios de las leyes y los debates de la doctrina.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEGRÍA, Ciro (1980). *Mucha suerte con harto palo*. Bogotá: Oveja Negra.
- ALEGRÍA, Ciro (2019). *El mundo es ancho y ajeno*. Lima: Fondo editorial del Poder Judicial.
- ANDRÉZ IBÁÑEZ, Perfecto y MOVILLA, Claudio (1986). *El Poder Judicial*. Madrid: Tecnos.
- BARRIG, Maruja (1980). *La ley es la ley. La justicia en la literatura peruana*. Lima: Cedys.
- BOBBIO, Norberto (1986). *El futuro de la democracia*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- EGUIGUREN PRAELI, Francisco (1980) *¿Qué hacer con el sistema judicial?* Lima: Agenda.
- ESCAJADILLO, Tomás G. (2018). *Alegría y El mundo es ancho y ajeno*. Lima: Universidad Ricardo Palma.
- GONZÁLEZ PRADA, Manuel (1986). *Horas de lucha*. En *Obras*. Tomo II, vol. 3. Lima: Ediciones Copé.
- LANZUELA CORELLA, María Luisa (2000). “*La literatura como fuente histórica: Benito Pérez Galdós*”. En SEVILLA ARROYO, Florencio y ALVAR ESQUERRA, Carlos (coords.). *Actas del XIII Congreso de la Asociación Internacional de Hispanistas*, Madrid 6-11 de julio de 1988. Vol 2. Madrid: Castalia, 259-266. Recuperado de http://cvc.cervantes.es/literatura/aih/pdf/13/aih_13_2-032.pdf
- PARDO Y ALIAGA, Felipe (1886). *Constitución política: poema descriptivo*. París: s.e.
- PÁSARA, Luis (2004). *La enseñanza del derecho: su impacto sobre la administración de justicia*. Recuperado de http://www.justiciaviva.org.pe/acceso_justicia/publicaciones/facultades_de_derecho_pasara.pdf
- PÁSARA, Luis (2005). *Los abogados de Lima en la administración de justicia: una aproximación preliminar*. Lima: Consorcio Justicia Viva.

- RAMOS NÚÑEZ, Carlos (2007). *La pluma y la ley*. Lima: Fondo editorial de la Universidad de Lima.
- SALAS GUERRERO, César Augusto (1986). “El proyecto de la Constitución del Murciélagó (1868)”. *Pensamiento Constitucional* 5, 305-319. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/viewFile/3251/3088>.
- SÁNCHEZ, Luis Alberto (1966). *La literatura peruana*. Tomo IV. Lima: Ediciones de Ediventas.
- SÁNCHEZ, Luis Alberto (1977). *La juramentación de Darío Beltrán*. Lima: Mosca Azul editores.
- SCORZA, Manuel (2008). *Redoble por Rancas*. Lima: Universidad Alas Peruanas.
- RODRÍGUEZ Chávez, Iván. “El derecho en El mundo es ancho y ajeno”. En TÁVARA, Francisco (comp.) *Ciro Alegría: asedios jurídicos*. Lima: Fondo editorial del Poder Judicial, 61-155.
- RODRÍGUEZ MONEGAL, Emir (2009). “Notas sobre (hacia) el boom III: nueva y vieja novela”. *Otros lunes*. *Revista Hispanoamericana de Cultura*, 3, 7. Recuperado de <http://otrolunes.com/archivos/07/html/recycle/recycle-n07-a01-p01-2009.html>
- VARGAS LLOSA, Mario (1967). “Ciro Alegría según Mario Vargas Llosa”. *Caretas*. Recuperado de <http://www.leeporgusto.com/ciro-alegría-según-mario-vargas-llosa/>
- VARGAS LLOSA, Mario (1997). *Los cuadernos de don Rigoberto*. Madrid: Santillana.
- VARGAS LLOSA, Mario (2017). *La tía Julia y el escribidor*. Madrid: Penguin Random House.
- VARONA, Dora (2008). *Ciro Alegría y su sombra*. Lima: Planeta.

DAÑO A LA PERSONA Y DAÑO AL PROYECTO DE VIDA

Dr. Carlos Antonio Agurto González*

SUMARIO

1.- La visión libertaria del ser humano. 2.- La concepción tridimensional de la experiencia jurídica. 3.- La reparación en el Derecho. 4.- El modelo peruano del daño a la persona. 5.- El daño al proyecto de vida. 6.- Las reparaciones en la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el daño al proyecto de vida en el derecho viviente. 7.- Conclusiones. Bibliografía.

1. LA VISIÓN LIBERTARIA DEL SER HUMANO

Es necesario iniciar este recorrido tratando algunos temas fundamentales, que sin los mismos, no es posible evidenciar los fundamentos de una perspectiva moderna del derecho de daños, en los que se sostiene, como son la nueva concepción del ser humano y, como corolario de ello, del Derecho.

En efecto, la nueva concepción del ser humano, como nos ha enseñado el Maestro peruano Carlos Fernández Sessarego (Callao, 06 de marzo de 1926-Lima, 28 de julio de 2019) lo concibe como un ser libertad, a la vez coexistencial y temporal, se concreta en la primera mitad del siglo XX, permite superar el hecho de que éste no se reduce, en tanto ser existente, a constituirse tan sólo como un animal “racional”. El ser humano no se agota únicamente en ser “una unidad psicosomática”, sino que se trata de un ser libertad, que es simultáneamente coexistencial y temporal, por ende, que busca “vivir un proyecto de existencia, fabricar su propio ser, ser haciéndose”².

* Profesor de Derecho Comparado y Sistemas Jurídicos del Mundo en la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
Secretario Técnico del Grupo de Trabajo encargado de la revisión y mejora del Código Civil Peruano, nombrado por la Resolución Ministerial N° 183-2017-JUS del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Perú.
Doctorando en Derecho en la Universidad de Turín (Italia).

1 Es el maestro peruano Carlos Fernández Sessarego que desarrolló en el continente americano el personalismo jurídico. Entre sus trabajos podemos citar a *Los 25 años del código civil peruano de 1984. Historia, ideología, aportes, comentarios críticos, propuesta de enmiendas*, Motivensa editora jurídica, Lima, 2009, p. 507.

2 Entonces, “la vida resulta así una sucesión de haceres de acuerdo con un proyecto”: Fernández Sessarego, Carlos, *El Derecho como libertad*, tercera edición, Ara editores, Lima, 2006, p. 112.

De este modo, lo que protege el “Derecho” es la libertad, a fin de que cada ser humano, en tanto tal, pueda cumplir con su personal “proyecto de vida” dentro de la sociedad, insertado y participando del bien común³. Por ello, el Derecho es primariamente libertario. Es un instrumento que ha sido creado para proteger al ser humano, a fin de que pueda realizarse como persona⁴.

En efecto, el “redescubrimiento” de la calidad ontológica del ser libertad, que constituye y fundamenta al hombre, ha originado una nueva concepción del Derecho que, a su vez, obliga a una necesaria revisión de sus supuestos así como de toda la institucionalidad jurídica⁵.

En consecuencia, la libertad es el *plus*, que hace al ser humano un ser único, singular, irreplicable, idéntico a sí mismo⁶. Es decir, que posea dignidad⁷.

Por ende, la libertad hace de la persona humana un ser proyectivo, creativo, responsable, dinámico, en continuo movimiento, haciendo y moldeando su personalidad a través del tiempo. Es decir, la libertad hace que el hombre sea responsable de sus actos, de sus conductas, de sus pensamientos.

Entonces, la libertad es una, pero podemos percibirla en dos instancias o etapas. La primera, el de la libertad *ontológica*, constituye nuestro ser espiritual y, la segunda, el de su aparición en el mundo, en la realidad de la vida a través de actos o conductas, la que se puede denominar como libertad *fenoménica*.

La libertad ontológica, es la que nos “hace ser lo que somos”: seres humanos. La libertad, como lo ha señalado acertadamente el Prof. Carlos Fernández Sessarego⁸, es el ser del ente hombre. La que lo constituye y sustenta como tal, como un ser espiritual.

Asimismo, la libertad ontológica es absoluta. Sólo se pierde con la muerte. Ello, la diferencia de la libertad fenoménica, la que está condicionada por factores del mundo interior como exterior del ser humano, las “*circunstancias*” como decía el filósofo español José Ortega y Gasset.

La segunda de las dos instancias de la libertad, antes citadas, es la que corresponde a la libertad que es conocida como “libertad fenoménica”. Corresponde al tramo en el cual la libertad aparece como “fenómeno”⁹.

3 Fernández Sessarego, Carlos, *Il “danno alla libertà fenomenica”, o “danno al progetto di vita”*, nello scenario giuridico contemporaneo, en: La responsabilità civile, año V, n. 06, Utet giuridica, Turin, 2008, p. 02.

4 Fernández Sessarego, Carlos, *Aproximación al escenario jurídico contemporáneo*, en: El Derecho a imaginar el Derecho. Análisis, reflexiones y comentarios, Idemsa, Lima, 2011, p. 49.

5 Agurto González, Carlos, *A modo de colofón. . . un feliz hallazgo: la teoría tridimensional del Derecho*, en: *Persona, Derecho y Libertad, nuevas perspectivas. Escritos en Homenaje al Profesor Carlos Fernández Sessarego*, Motivensa editora jurídica, Lima, 2009, p. 1061 y ss.

6 Fernández Sessarego, Carlos, *Nuevas tendencias en el derecho de las personas*, publicaciones de la Universidad de Lima, Lima, 1990, p. 389.

7 Fernández Sessarego, Carlos, *Los 25 años del código civil peruano de 1984. Historia, ideología, aportes, comentarios críticos, propuesta de enmiendas*, pp. 508-509.

8 Fernández Sessarego, Carlos, *Il risarcimento del “danno al progetto di vita”*, en: La responsabilità civile, año VI, n. 11, Utet giuridica, Turin, 2009, p. 871.

9 Fernández Sessarego, Carlos, *Il risarcimento del “danno al progetto di vita”*, p. 872.

Aparte de la instancia ontológica, que nos constituye y sustenta como seres espirituales, la libertad se hace presente en el mundo, se fenomenaliza a través de los actos, las conductas, los comportamientos del ser humano. La íntima proyectiva decisión personal tiene vocación de cumplimiento, de realización, de convertirse en trayectoria existencial, es decir, de exteriorizarse o volcarse en la realidad del existir en el denominado “*proyecto de vida*”.

2. LA CONCEPCIÓN TRIDIMENSIONAL DE LA EXPERIENCIA JURÍDICA

Otro importante elemento para una visión realista de la reparación del ser humano es el advenimiento de la teoría tridimensional del Derecho.

En efecto, en la segunda mitad de la década de los años cuarenta del siglo XX se empezó a gestar una concepción que, superando todo unidimensionalismo jurídico, pretendía brindar una visión integral, totalizadora, cabal y unitaria del Derecho. Esta nueva concepción la ofrece la denominada “*Teoría Tridimensional del Derecho*”. Ella surge, en su versión definitiva, simultáneamente en el Perú y en el Brasil, habiendo adquirido en la actualidad dimensión universal¹⁰. Esta concepción jurídica supone dejar de lado las posturas que contemplaban al Derecho como una yuxtaposición estática de tres dimensiones, como son la vida humana social, los valores y las normas jurídicas, para mostrar la manera dinámica como ellas se interrelacionan a fin de ofrecer, al interactuar, un concepto unitario.

En consecuencia, no hubiera sido posible elaborar la Teoría Tridimensional del Derecho, sustentada primariamente sobre la base de la observación de la realidad social, de no haberse contado con el importante fundamento brindado al pensamiento jurídico por la Filosofía de la Existencia. Es sobre la sólida base de esta concepción del ser humano, surgida en el período comprendido entre las dos guerras mundiales del siglo XX, que se estructura una concepción del Derecho que abarca la totalidad de los elementos que lo conforman, sin dejar de lado ninguno de ellos. En efecto, sus hallazgos nos permiten conocer de manera más amplia y profunda la naturaleza de un ser humano, que no sólo es racional sino que, radicalmente, se constituye como un ser libre. Es a partir de un mejor conocimiento del ser humano que se puede lograr una cabal comprensión de lo que es el Derecho.

Asimismo, el tridimensionalismo de origen latinoamericano postula que el objeto de estudio del “Derecho” es el resultado de la integración de tres objetos heterogéneos, los cuales sólo cobran unidad conceptual en virtud de su interacción que es dinámica. Por ello, no se puede imaginarlo sin vida humana, sin normas jurídicas o sin valores. En efecto, cada uno de estos elementos es imprescindible para el surgimiento y la comprensión de “*lo jurídico*”. Si bien

10 Fernández Sessarego, Carlos, *Derecho y persona*, quinta edición actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 2015, p. 143 y ss.

ninguno de ellos es, por sí mismo, “Derecho”, tampoco alguno de ellos puede estar ausente si se pretende tener una noción cabal y completa de lo jurídico¹¹.

Por lo tanto, el tridimensionalismo no es de carácter estático. En él no aparecen los objetos que integran el Derecho - vida humana, valores y normas jurídicas - uno al lado del otro, pasivamente, simplemente yuxtapuestos. Por el contrario, es sólo a través de su *interacción* dinámica que se hace posible comprender “el Derecho” en su expresión global, unitaria y totalizante.

Como lo sostiene un sector de la doctrina contemporánea, se tuvo que esperar el aporte de la Teoría Tridimensional para lograr mostrar y comprender unitariamente lo que acontece en la compleja experiencia jurídica. Es decir, para advertir que el Derecho no se agota en ninguna de las dimensiones a las que se ha hecho referencia, sino que ellas interactúan dinámicamente para obtener una concepción unitaria y real¹².

En efecto, la concepción tridimensional del Derecho se fundamenta y se explica en la naturaleza misma del ser del hombre. Él es el único ente capaz de conocer y vivenciar valores y de producir normas. El Derecho es el instrumento de su protección, que se encuentra enraizado en su ser. O como expresa el maestro italiano Paolo Grossi en su clásica obra *Prima lezione di diritto*¹³: “*el referente necesario del Derecho es solamente la sociedad, la sociedad como realidad compleja*”, pues “*la dimensión esencial del Derecho que es la carnalidad, o lo que es lo mismo, a causa de esa típica característica suya que consiste en estar escrito en la piel de los seres humanos*”. En esta perspectiva, se comprende la defensa que debemos hacer del Derecho, que no se identifica solamente con la fría norma, sino es producto del vivir comunitario del ser humano, pues, como nos indica el también maestro Pier Giuseppe Monateri, “*custodiar el Derecho significa apartarse del Derecho como simple hecho técnico para evocar su vínculo con la tierra y con el ser*”¹⁴.

3. LA REPARACIÓN EN EL DERECHO

El vocablo “reparación” cuenta con doce acepciones en el *Diccionario de la lengua española*. De estas, solamente dos son aplicables a la *reparación de los daños*, desde una concepción jurídica¹⁵.

En efecto, “reparar” (derivado del latín *reparare*) concierne tanto a la acción de “desagraviar, satisfacer al ofendido” como a la de “remediar o precaver un daño o perjuicio”.

11 Fernández Sessarego, Carlos, *El Derecho como libertad*, p. 119 y ss.

12 Fernández Sessarego, Carlos, *Deslinde conceptual entre “daño a la persona”, “daño al proyecto de vida” y “daño moral”*, en: *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*, Tomo IV, Giuffrè editore, Milán, 2006, p. 708.

13 Grossi, Paolo, *Prima lezione di diritto*, editori Laterza, quinceésima edición, 2010, p. 15. Existe traducción en idioma castellano, *La primera lección de Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2006, p. 22.

14 Monateri, Pier Giuseppe, *Los límites de la interpretación jurídica y el Derecho comparado*, en: *Biblioteca de Derecho comparado y sistemas jurídicos*, coordinada por Carlos Antonio Agurto Gonzáles y Sonia Lidia Quequejana Mamani, Ara editores, Lima, 2009, p. 11.

15 Como nos informe el destacado jusfilósofo y civilista argentino Osvaldo R. Burgos en su valiosa obra *Daños al proyecto de vida*, editorial Astrea, Buenos Aires, 2012, p. 8.

La primera de las acepciones del verbo *reparar* tiene una connotación moral, en tanto que la segunda un cariz jurídico.

En efecto, en la acepción jurídica la *reparación* se refiere tanto a *remediar* un perjuicio o daño ya producido, como *prevenir* un daño o perjuicio aún no producido y, por ende, evitar que se produzca¹⁶.

Como sostiene acreditada doctrina jusfilosófica argentina¹⁷, la acción jurídica de *reparar* podrá dirigirse a la evitación de un daño, perjuicio o detrimento que no llegará a producirse nunca. Es decir, desde un punto de vista lingüístico y en referencia a la significación prevista para la expresión *reparar* en el ámbito jurídico, no puede exigirse la manifestación fehaciente de un daño o detrimento como presupuesto de la *reparación*.

Asimismo, la *reparación* puede válidamente ser anterior al daño o perjuicio, incluso con el objetivo de que el detrimento no llegue a producirse.

Si posteriormente el evento dañoso se produce efectivamente, puede ser también que la *reparación* no ha sido lo suficientemente eficaz en su afán de *prevenirlo*. Y habrá que *remediarlo*.

Por ende, la *reparación* de un daño o perjuicio supone las consideraciones de dos instancias, sucesivas en el tiempo, divididas por el momento de producción del daño al que la acción se refiere.

En consecuencia, sólo si la intención precautoria del primer momento de la *reparación* fracasa, al menos parcialmente, el evento dañoso irrumpirá en el entramado social, exteriorizándose como suceso disvalioso¹⁸.

En efecto, tras la efectiva producción del evento dañoso, la expectativa de *reparación* cambiará su campo de sentido, trasladándose a ser comprendida como exigencia de imposición de un *remedio eficaz* para las consecuencias disvaliosas.

Vale decir, *reparar* un daño, perjuicio o detrimento es, en primer lugar, evitar que un evento dañoso se produzca y, sólo después, *resarcirlo*¹⁹.

En cuanto a los daños al sujeto de derecho, los daños a la persona²⁰, que representa el problema más arduo de la ciencia jurídica contemporánea²¹, cada uno de los daños psicosomáticos causados al sujeto de derecho, como el “daño al bienestar” y “daño biológico”, debe ser valorizado y liquidado independientemente de los daños con consecuencias patrimoniales como el

16 Burgos, Osvaldo R., *Daños al proyecto de vida*, p. 8.

17 Burgos, Osvaldo R., *Daños al proyecto de vida*, p. 8.

18 Burgos, Osvaldo R., *Daños al proyecto de vida*, p. 9.

19 Burgos, Osvaldo R., *Daños al proyecto de vida*, p. 9.

20 Como afirmaba el más importante jurista francés del siglo XX, Jean Carbonnier, “*el cuerpo – su salud, su integridad, su vida – es el capital máspreciado del hombre*”: Carbonnier, Jean, *La philosophie du dommage corporel*, en: *Droit et passion du droit sous la V^e République*, Flammarion, París, 2010, p. 159.

21 Así lo anota el notable maestro italiano, profesor de la Universidad Federico Segundo de Nápoles, Antonino Procida Mirabelli di Lauro, *La riparazione dei danni alla persona*, pubblicazioni della Scuola di Specializzazione in diritto civile dell'Università di Camerino, a cura di Pietro Perlingieri, edizioni scientifiche italiane, Nápoles, 1993, p. 12.

“lucro cesante” y el “daño emergente”. La plena reparación de los daños a la persona actualmente es un solución difícilmente revocable, tanto que sus principales aristas como la valoración y la liquidación²², así como la identificación del objeto de la obligación reparatoria y su medida en términos pecuniarios son preocupaciones centrales para el jurista de hoy²³.

En efecto, el “daño biológico”, constituido por la lesión a la integridad del sujeto, debe ser debidamente valorizado²⁴. Para este fin, en ciertos países desarrollados existen baremos o tablas de infortunios o tarifas indemnizatorias, elaborados por grupos multidisciplinarios, compuestos por médicos, abogados, psicólogos, economistas, aseguradores, entre otros, o por los propios tribunales de justicia o por disposición legal.

En este sentido, en el proceso de elaboración de los baremos o tablas de infortunio, los grupos de trabajo multidisciplinarios tienen en cuenta tanto la jurisprudencia sobre la materia, la importancia que posee para la vida humana la parte o aspecto de la unidad psicosomática que ha sufrido detrimento, así como las condiciones socioeconómicas del país y otros factores relevantes²⁵. En otros casos, los baremos son elaborados por los tribunales de justicia, como es el caso del Tribunal de Milán, en la experiencia italiana, o son establecidos por la ley, como es el caso de España²⁶.

Es necesario anotar que estos baremos no son de aplicación obligatoria sino únicamente tienen el carácter referencial, creados con el propósito de lograr una jurisprudencia lo más uniforme posible. En efecto, para la valorización y consecuente reparación por la pérdida de un determinado dedo de la mano de un ser humano, los baremos fijan un determinado monto económico para el referido miembro. La suma fijada en el baremo parte del principio que el valor de un dedo de la mano es igual para todos los seres humanos²⁷. Sin embargo, este criterio no es totalmente rígido, sino que admite al mismo tiempo, una cierta flexibilidad. El juez puede, de ser necesario, aumentar razonablemente el valor de la reparación si el caso lo amerita.

Como enseñaba el maestro Fernández Sessarego, no cabe duda que el dedo de la mano de un pianista, tiene mayor valor que el de una persona dedicada a

22 Rampazzo Soares, Flaviana, *Responsabilidade civil por dano existencial*, Livraria do Advogado editora, Porto Alegre, 2009, p. 42.

23 Procida Mirabelli di Lauro, Antonino, *I danni alla persona tra responsabilità civile e sicurezza sociale*, en: *Rivista Critica del Diritto Privato*, año XVI – 4, Jovene, Nápoles, diciembre de 1998, pp. 765-766.

24 Koteich Khatib, Milagros, *La dispersión del daño expatrimonial en Italia. Daño biológico vs. “daño existencial”*, en: *Observatorio de Derecho civil: La responsabilidad civil*, volumen 13, Motivensa editora jurídica, Lima, 2012, p. 117.

25 Marini, Giovanni, *Nuevas y antiguas lecturas del daño a la persona*, traducción al idioma castellano de Carlos Agurto Gonzáles y Sonia Lidia Quequejana Mamani, en: *Observatorio de Derecho civil: La responsabilidad civil*, volumen 13, Motivensa editora jurídica, Lima, 2012, p. 93 y ss.

26 Para una panorámica del daño en el derecho de la Unión Europea, véase a Vaquer Aloy, Antoni, *El concepto de daño en el derecho comunitario*, en: *Observatorio de Derecho civil: La responsabilidad civil*, volumen III, Motivensa editora jurídica, Lima, 2010, p. 103 y ss.

27 Procida Mirabelli di Lauro, Antonino, *La riparazione dei danni alla persona*, p. 352 y ss.

las labores propias del mantenimiento de la casa o el de un abogado²⁸. Sucede lo mismo tratándose del dedo de un cirujano o de un tenista de talla profesional. En estos supuestos, basado en el dato referencial contenido en el baremo, el juez puede aumentar equitativamente el monto de la reparación²⁹. Para tal efecto, a fin de reparar los daños a la persona, se combinan un principio de base igualitaria, que es de carácter rígido, con uno flexible, de equidad, que permite al juez, según el supuesto, aumentar o disminuir la suma fijada en el baremo por cada lesión.

En efecto, el “daño biológico” puede afectar principalmente el soma o cuerpo³⁰, y en este caso estamos frente a un daño fundamentalmente somático, o puede incidir preferentemente sobre el psiquismo del sujeto. No debe perderse de vista que, siendo el ser humano una unidad psicósomática, todo daño somático posee cierta repercusión en la psique, y viceversa.

En esta hipótesis, deberá tenerse en cuenta el daño psíquico³¹. Igualmente, se debe reparar el daño emocional -indebidamente denominado “moral”- que consiste en el dolor, turbación, el sufrimiento, la indignación y demás similares sentimientos experimentados por la víctima³². Estos sentimientos se producen en diversas situaciones como consecuencia de la pérdida de un ser querido, de un agravio a sus principios morales, a su intimidad, a su honor, a su identidad, etc.³³.

En efecto, estos daños psíquicos que afectan los sentimientos no son de carácter patológico y, por lo general, desaparecen, se disipan o se transforman con el correr del tiempo. Sin embargo, se deberá también, sobre la base de una pericia médico-legal, comprobar si como consecuencia del daño se ha presentado alguna psicopatía.

Asimismo, al lado del “daño biológico”, es decir, de la lesión considerada en sí misma, el juzgador valorizará el “daño al bienestar”, es decir, la repercusión que tiene la lesión sufrida por la víctima en su calidad de vida. Vale decir, cómo y con qué intensidad y extensión repercute esta lesión en la actividad habitual y ordinaria, en la vida de relación familiar y social, en la afectiva y sexual. Ciertamente, no se trata de reparar un inconveniente o malestar cualquiera sino

28 Fernández Sessarego, Carlos, *Sobre el fallo “Aróstegui” de la CSJN*, en: Revista de responsabilidad civil y seguros, año X, N°X, La Ley, Buenos Aires, octubre de 2008, p. 41.

29 Gnani, Alessandro, *La cuantificación del daño no patrimonial por parte del juez italiano*, traducción de Eugenia Ariano y Jaliya Retamozo Escobar, en: Responsabilidad civil II: Hacia una unificación de criterios de cuantificación de los daños en materia civil, penal y laboral, al cuidado de Juan Espinoza Espinoza, editorial Rodhas S.A.C., Lima, 2006, p. 240.

30 Alpa, Guido, *Responsabilidad civil y daño. Lineamientos y cuestiones*, traducción al cuidado de Juan Espinoza Espinoza, Gaceta Jurídica, Lima, 2001, p. 570.

31 Comandè Giovanni, *Il danno non patrimoniale: dottrina e giurisprudenza a confronto*, en: Contratto e impresa, Cedam, Padua, 1994, p. 870 y ss.

32 Monateri, Pier Giuseppe, *El perjuicio existencial como voz del daño no patrimonial*, en: Observatorio de Derecho civil: La responsabilidad civil, volumen III, Motivensa editora jurídica, Lima, 2010, p. 183 y ss.

33 Mendelewicz, José Daniel, *La ardua tarea de cuantificar el daño moral*, en: Observatorio de Derecho civil: La responsabilidad civil, volumen III, Motivensa editora jurídica, Lima, 2010, p. 183 y ss.

hechos que claramente repercuten en la calidad de vida de la persona. En efecto, el detrimento que hace que la persona ya no sea la misma de antes, en cuanto al desarrollo de su vida.

En consecuencia, se trata de detrimentos y situaciones perjudiciales de cierta consideración en cuanto afectan la calidad de vida de la persona³⁴. La existencia de la persona se verá seria y definitivamente afectada como consecuencia de este daño. Ella dejará de ser la persona que era antes, no podrá dedicarse a algunas actividades de las cuales dependía en cierta medida su vida, su subsistencia o le ofrecían un placer. De tal modo, perder una pierna, un brazo o una mano, afecta la calidad de vida del sujeto.

En tal sentido, sobre la base de los informes periciales y de la jurisprudencia, el juez, con un criterio de equidad, determinará, en cada caso, la reparación del “daño al bienestar”, teniendo en consideración los diversos factores y circunstancias relacionados con el tipo de vida y con las actividades desplegadas por el sujeto afectado³⁵.

En relación al “daño biológico”, el magistrado debe reparar la lesión en sí misma, ya sea somática o psíquica, independientemente de las consecuencias del “daño al bienestar”, desde que se trata de dos diferentes modalidades del genérico “daño a la persona”³⁶.

4. EL MODELO PERUANO DEL DAÑO A LA PERSONA

En la experiencia peruana, el “daño a la persona” comprende dos categorías que responden a la estructura ontológica del ser humano: a).- el daño psicosomático (daño al soma y daño a la psique, con recíprocas repercusiones) y b).- el daño a la libertad fenoménica o “proyecto de vida”. Por consiguiente, estas dos categorías incluyen todos los daños que se puede causar al ser humano entendido como una “*unidad psicosomática constituida y sustentada en su libertad*”. Este modelo, que encuentra sus raíces en trabajos publicados por el Prof. Carlos Fernández Sessarego, considerado el padre del daño a la persona en América Latina, y que se remontan al año de 1985, fue propuesto en el Perú y de allí se extendió al continente sudamericano.

En efecto, el modelo peruano de “daño a la persona” se inspira en el modelo italiano, pero al no tener los problemas legislativos que encontró el modelo peninsular por obra del artículo 2059° de su Código civil de 1942, ha tenido la libertad de elaborar un modelo que no se sujeta al molde italiano. Por ello que considera tan sólo dos categorías de “daño a la persona”. La primera es la que incide en la estructura psicosomática del ser humano y, la segunda, la que lesiona

34 Franzoni, Massimo, *Il nuovo corso del danno non patrimoniale*, en: *Contratto e impresa*, Cedam, Padua, 2003, p. 1193 y ss.

35 Pizzoferrato Alberto, *Il danno alla persona: linee evolutive e tecniche di tutela*, *Contratto e impresa*, Cedam, Padua, 1999, p. 1047 y ss.

36 Fernández Sessarego, Carlos, *Los 25 años del Código civil peruano de 1984. Historia, ideología, aportes, comentarios críticos, propuestas de enmiendas*, p.502.

la libertad fenoménica, es decir, el “proyecto de vida”, que es la presencia de la libertad ontológica en el mundo exterior, en el que se encuentran instaladas las relaciones de conductas humanas intersubjetivas.

Por consiguiente, esta libertad fenoménica, que supone la concreción ontológica a través de actos o conductas intersubjetivas del ser humano, está dirigida a la realización del personal “*proyecto de vida*”. Es decir, de aquello que la persona decidió ser y hacer en su vida para otorgarle un sentido valioso.

No obstante, lo expresado, el modelo peruano también tropezó con una legislación tradicional sobre el derecho de daños en la que sólo se indemnizaban los daños materiales -daño emergente, lucro cesante- y el mal denominado “daño moral” que se ha identificado con el dolor, con el sufrimiento. En efecto, el “daño moral” no es una categoría autónoma del “daño a la persona”, a diferencia del “daño psicosomático” y el “daño al proyecto de vida”. El daño “moral” es tan sólo un aspecto del daño psíquico en cuanto perturbación psicológica de carácter emocional, no patológico, que se manifiesta en dolor, sufrimiento, indignación, rabia, temor, entre otras manifestaciones emocionales.

Como indicaba el Prof. Fernández Sessarego, lamentablemente, no fue posible, dentro del proceso de elaboración de Código civil peruano de 1984, eliminar de su texto el “daño moral” como categoría autónoma del “daño a la persona”. Así aparece de los artículos 1984° y 1985° del Código civil peruano actual.

En efecto, como manifestaba el Maestro Fernández Sessarego, el no haber podido eliminar del Código civil de 1984 la voz de “daño moral” presenta el problema que en el artículo 1985° de este cuerpo normativo se haga simultánea referencia al concepto amplio, genérico y comprensivo de “daño a la persona” y al de un daño psicológico específico, como es el denominado “daño moral”. No fue posible, como enseñaba siempre el Prof. Fernández Sessarego, en el momento en que se elaboró el mencionado Código civil, que se comprendiera el concepto científico de daño “moral”, como daño emocional, de carácter psíquico no patológico. Dentro de esta concepción, el llamado “daño moral” se incorpora, dentro de una adecuada sistemática, dentro del genérico “daño a la persona” como un específico daño “psicosomático”.

5. EL DAÑO AL PROYECTO DE VIDA

En el continente americano quien ha representado e impulsado el personalismo jurídico fue el Prof. Carlos Fernández Sessarego. El maestro peruano fue un jurista creativo, innovador. Se le reconoció como el autor latinoamericano que ha aportado numerosas novedades tanto en el campo del derecho de las personas y del derecho de daños, en particular, así como en otras áreas de la disciplina jurídica. Entre dichos aportes son dos los planteamientos jurídicos centrales que se han incorporado a la literatura jurídica y han dado y están dando la vuelta al mundo. Nos referimos a la “*teoría tridimensional del Derecho*”, que data de 1950, y el “*daño al proyecto de vida*” expuesto a partir de 1985 y consagrado en el artículo 1985 del Código civil peruano que prescribe

la reparación de todo daño que se cause a la persona, el que comprende, entre otros daños, el que incide en el “proyecto de vida”.

Sus desarrollos sobre el daño a la persona y el daño al proyecto de vida se sustentan en la filosofía de la existencia que florece en la primera mitad del siglo XX y cuenta entre sus más destacados representantes a Jean Paul Sartre, Gabriel Marcel, Karl Jaspers, Martin Heidegger, Xavier Zubiri, entre otros. Como lo ha escrito y declarado el Maestro en diversas oportunidades, los desarrollos sobre la estructura del ser humano aportados por esta escuela, sobre la base de la propuesta cristiana y los aportes de diversos filósofos como Kant, Fichte y Kierkegaard, entre otros, le han permitido profundizar en la figura del “daño a la persona” hasta llegar a descubrir que la libertad fáctica o fenoménica del ser humano podía también ser dañada, frustrándose, menoscabándose o retardándose el proyecto de vida de la persona.

Asimismo, el “daño al proyecto de vida” es el que frustra, menoscaba o retrasa la realización personal en lo que ella tiene de más significativo. El daño al proyecto de vida es una lesión a la libertad fenoménica, es decir, a la realización en la vida comunitaria de una decisión personal sobre el destino mismo de la existencia. Toda persona posee un proyecto, el que traduce en lo medular lo que la persona decide ser y hacer con y en su vida. Los valores que él encarna le otorgan sentido y razón de ser a la vida humana.

Su teoría sobre el “*daño al proyecto de vida*” que aparece públicamente en 1985, ha sido asumida por un sector de la jurisprudencia comparada, especialmente por aquella supranacional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como es cada vez más numeroso el grupo de autores que adhieren a sus postulados al comprender el significado y el sentido del “proyecto de vida” personal y de la consiguiente gravedad de su frustración, menoscabo o retardo.

Ajeno a las corrientes patrimonialistas del Derecho, Fernández Sessarego, propuso una reclasificación de los daños en personales y no personales, a fin de sustituir la división en daños patrimoniales y extrapatrimoniales, que para él partían de una exacerbada consideración de la gravitación del patrimonio instrumental, que pone a la persona en un segundo plano.

Dando un paso adelante, propuso la división entre daños subjetivos (al ser humano, incluido el concebido) y daños objetivos (a las cosas), cuyas consecuencias, en ambos casos, podían ser patrimoniales y extrapatrimoniales.

Su conocida preocupación por el tema lo condujo a estimar que el “daño al proyecto de vida” es un atentado contra la libertad, pues violenta el plan existencial elegido por cada cual, así como una violación del derecho a la identidad, ya que destruye lo que el ser “es”, su verdad personal.

6. LAS REPARACIONES EN LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y EL DAÑO AL PROYECTO DE VIDA EN EL DERECHO VIVIENTE

La naturaleza de la reparación en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de San José de Costa Rica se puede expresar también en

términos compensatorios³⁷. En efecto, si la reparación es un “término genérico que comprende las diferentes formas como un Estado puede hacer frente a la responsabilidad internacional en que ha incurrido”, que comprende diversos “modos específicos” de reparar, que “varían según la lesión producida”³⁸.

Lo deseable, como indica el ex magistrado de la Corte, Sergio García Ramírez³⁹, sería restituir las cosas al estado que guardaban antes que la violación de la integridad de la persona sucediese. No obstante, esta restitución no sólo es improbable, sino también imposible, debido a que las consecuencias materiales o formales de la violación constituyen un imborrable dato de la experiencia.

En tal sentido, se acepta que al aspecto restitutorio se agrega la eficacia resarcitoria mediante la reparación de las consecuencias de la infracción y el pago de indemnizaciones como compensación⁴⁰ por los daños patrimoniales y expatrimoniales producidos⁴¹.

Asimismo, la Corte Interamericana ha indicado que la *restitutio in integrum* es una forma de reparar, no es la única, precisamente porque en numerosos casos deviene, ella misma, impracticable⁴². En efecto, la reparación se deberá dirigir a los efectos inmediatos de la violación, en cuanto se encuentren tutelados jurídicamente, o en la medida en que estos intereses existenciales se encuentren protegidos jurídicamente, y precisamente para confirmar la protección de la norma general (la Convención Interamericana) mediante la afirmación específica de la norma particular (la sentencia judicial).

En efecto, del lenguaje empleado por la Corte Interamericana se desprende que las medidas reparatorias que utiliza comprenden el “daño material”, el “daño moral” y, en tiempos recientes, el “daño al proyecto de vida”. El daño material incluye el daño emergente y el lucro cesante. El “daño moral” y el “daño al proyecto de vida” se les denominan como “daños inmateriales”. Respecto a estos últimos, la Corte señala que, por lo general, se caracterizan por no tener carácter económico o patrimonial y que no pueden ser tasados en términos monetarios.

37 Como anota el ex Presidente y magistrado de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sergio García Ramírez, en *Las reparaciones en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, en: <http://www.jusmisiones.gov.ar>

38 CIDH, *Casos Garridos y Baigorria, Reparaciones* (Artículo 63.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), Sentencia de 27 de agosto de 1998, párrafo 41 y *Castillo Páez, Reparaciones (art. 63. 1 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Sentencia de 27 de noviembre de 1998, párrafo 48, citados por García Ramírez, Sergio, *Las reparaciones en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*.

39 García Ramírez, Sergio, *Las reparaciones en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*.

40 Salado Osuna, Ana, *Los casos peruanos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, editora Normas Legales, Trujillo, 2004, p. 375 y ss.

41 CIDH, *Casos Velásquez Rodríguez, Indemnización compensatoria*, Sentencia del 21 de julio de 1989 (art. 63. 1 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Serie C N° 7, párrafo 41, y Godínez Cruz, *Indemnización compensatoria*, Sentencia de 21 de julio de 1989 (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Serie C N°8, párrafo 24, citados por García Ramírez, Sergio, *Las reparaciones en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*.

42 CIDH, *Caso Aloeboetoe y otros, Reparaciones (art. 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Sentencia de 10 de septiembre de 1993, Serie C N°15, párrafo 49, citado por García Ramírez, Sergio, *Las reparaciones en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*.

El “daño al proyecto de vida” se incorporó a la jurisprudencia de la Corte Interamericana a partir de la sentencia de reparaciones en el caso *María Elena Loayza Tamayo* dictada el 27 de noviembre de 1998. Este tipo de daño a la persona compromete la libertad exterior o fenoménica del ser humano. Es un daño que puede acarrear diversas consecuencias como son la frustración total, el menoscabo o el retardo del destino personal de la víctima, su razón de ser⁴³. También a través de los años fue asumido por diversas sentencias de la Corte.

Por su parte, en el Perú en diversos fallos judiciales, tanto a nivel del Tribunal Constitucional como en la judicatura ordinaria, ha reconocido la reparación del daño a la persona, así como del daño al proyecto de vida, como una de las figuras específicas de este tipo de daño.

El Tribunal Constitucional Peruano, en su jurisprudencia, en el caso de *Juan Carlos Callegari Herazo* (Expediente N.º 0090-2004-AA/TC-Lima), mediante sentencia del 5 de julio del 2004, resolvió el recurso extraordinario interpuesto por Callegari Herazo a raíz de una sentencia adversa de la Corte Suprema de Justicia, en el recurso de amparo por él interpuesto, por su inmotivado pase al retiro por renovación de Oficiales de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional.

El Tribunal, en el considerando 45 de la sentencia, estimó que el arbitrario pase al retiro del demandante significaba el que “*se truncaba intempestivamente su carrera, la cual podría ser el resultado de su proyecto de vida en el ámbito laboral*”. Para apoyar esta consideración, el Tribunal recuerda lo expuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en torno al “daño al proyecto de vida” en el caso “*María Elena Loayza Tamayo*”. En este sentido, el Tribunal Constitucional, en la sentencia, reconoce la existencia del “*daño al proyecto de vida*”.

En otro caso, el Tribunal Constitucional, con fecha 21 de enero del 2004, resolvió favorablemente el recurso extraordinario interpuesto por el diplomático *Félix César Calderón Urtecho* (Expediente N.º 2254-2003-AA/TC-Lima) contra la resolución judicial que deniega su pedido para que se declare inaplicable en su caso la Resolución Ministerial N.º 0015/RE, de fecha 8 de enero de 2002.

El recurrente, con fecha 15 de diciembre de 1995, interpuso recurso impugnatorio contra la Resolución Suprema N.º 0528, de 4 de diciembre de 1995, solicitando la reconsideración de su caso por el hecho de no haber sido ascendido a la categoría de Ministro. Ello, no obstante haber obtenido de la Junta de Evaluación, por méritos y con arreglo a ley, un segundo puesto en el Cuadro de Méritos Final, con la nota de 19.500. En efecto, esta situación le impidió ascender a Embajador en el proceso de ascensos correspondiente al año 2001. Frente a la disposición que lo excluyó en forma arbitraria de sus derechos, el recurrente

43 Fernández Sessarego, Carlos, *Breves apuntes sobre el “proyecto de vida” y su protección jurídica*, en: La filosofía como repensar y replantear la tradición. Libro homenaje a David Sobrevilla, Universidad Ricardo Palma, Lima, 2011, p. 307 y ss.

presentó una nueva solicitud para que se reconsiderara su situación, la que no fue atendida una vez más.

El Tribunal Constitucional consideró como probado el hecho que se violó sistemáticamente el derecho del recurrente a la promoción o ascenso, “*derecho constitucional y fundamental, con el consiguiente perjuicio al proyecto de vida de los funcionarios diplomáticos involucrados, entre los cuales se encuentra el demandante, según se ha podido acreditar de autos*”. En consecuencia, este Tribunal declaró fundada la demanda y estableció que el demandado disponga la ampliación con carácter retroactivo al 1 de enero de 1996, del tiempo de permanencia del demandante en la categoría de Ministro en el Servicio Diplomático de la República y lo promueva a la categoría inmediata superior, con carácter retroactivo al 1 de enero de 2002.

En la judicatura ordinaria peruana, no podemos dejar de mencionar el importante precedente establecido en el Tercer Pleno Casatorio Civil⁴⁴, realizado por las Salas Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de la República de 18 de marzo de 2011.

Es menester mencionar que se concluyó que el daño a la persona (acápites 71) es “*la lesión a un derecho, un bien o interés de la persona en cuanto tal*”, el que “*afecta y compromete a la persona en todo cuanto en ella carece de connotación económica-patrimonial*”, no obstante que “*muchas veces tenga que cuantificarse económicamente*”. También es necesario resaltar como lo hace el colegiado judicial en el apartado 67 de la sentencia, que el concepto de “daño a la persona” ha sido elaborado en Perú con fundamento en la doctrina jurídica italiana⁴⁵, mencionando los aportes de Francesco Donato Busnelli (Escuela Pisana), Guido Alpa (Escuela de Génova), Massimo Franzoni (Escuela de Bolonia) y Giovanni Bonilini (Escuela de Parma).

En cuanto al “daño al proyecto de vida”, si bien en el acápite 70 de la sentencia la Corte indica que su contenido y alcance son imprecisos, debido también a que la relación de causalidad entre el hecho y el daño sería muy controversial y que para su cuantificación no habría base objetiva de referencia, con lo cual niega una exigencia existencial de la persona, como es la protección del “proyecto de vida” libremente elegido, no obstante, en este mismo acápite, la Corte declara que podría analizarse la posibilidad de la aplicación razonable de la institución, en otras áreas del derecho de daños, especialmente en la responsabilidad civil extracontractual y en ciertos casos específicos y sobre todo acreditándose la concurrencia del nexo causal entre el hecho y el daño concreto producido.

En el acápite 71 se reconoce y determina que es “pertinente puntualizar que el daño a la persona debe comprender al daño moral”. Como bien indica el Prof.

44 Para un análisis general de esta sentencia, véase a Ramírez Jiménez, Nelson, *Crónica del Tercer Pleno Casatorio*, en: Jurídica, suplemento de análisis legal del diario “El Peruano”, año 7, n. 337, Lima, martes 11 de enero del 2011, p. 04-06.

45 Permitase remitir, para un tratamiento del daño a la persona en Italia, a Agurto González, Carlos Antonio, *El nuevo derecho de daños. Daño a la persona y daño al proyecto de vida*, Editorial Temis, Bogotá, 2019, pp. 15 y ss.

Fort Ninamancco Córdova, al comentar esta sentencia, que el daño a la persona es “la lesión a un derecho, un bien o un interés de la persona en cuanto tal”. En este sentido, dentro del daño a la persona se encuentra el daño moral, el cual es comprendido como “las tribulaciones, angustias, aflicciones, sufrimientos psicológicos, los estados depresivos que padece una persona”.

Como se concluye de la sentencia del Tercer Pleno Casatorio de 2011, se han esclarecido los temas sobre la naturaleza del “daño moral” así como el referido a su ubicación en el espectro jurídico.

En dicha sentencia se precisan también los alcances del “daño a la persona” así como las diversas manifestaciones emocionales o sentimentales que, según el Pleno Casatorio, configuran el “daño moral”. En conclusión, acepta la jurisprudencia que el “daño moral” no es autónomo, sino que es una de las modalidades o especies del genérico y amplio “daño a la persona”.

Recientemente, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Peruana, en sede laboral, ha declarado respecto al daño que *“podemos conceptualizarlo como toda lesión a un interés jurídicamente protegido, ya sea de un derecho patrimonial o extrapatrimonial. En tal sentido, los daños pueden ser patrimoniales o extrapatrimoniales. Serán daños patrimoniales, el menoscabo en los derechos patrimoniales de la persona y serán daños extrapatrimoniales las lesiones a los derechos de dicha naturaleza como en el caso específico de los sentimientos considerados socialmente dignos o legítimos y, por lo tanto, merecedores de la tutela legal, cuya lesión origina un supuesto de daño moral. Del mismo modo, las lesiones a la integridad física de las personas, a su integridad psicológica y a su **proyecto de vida**, originan supuestos de daños extrapatrimoniales, por tratarse de intereses protegidos, reconocidos como derechos extrapatrimoniales; concluyendo que dentro del daño para la finalidad de determinar el quantum del resarcimiento, se encuentran comprendidos los conceptos de daño moral, lucro cesante y daño emergente”* (resaltado nuestro – Sentencia de la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria, Casación Laboral N° 20481-2017-Del Santa, del 08 de agosto del 2019).

7. CONCLUSIONES

- a. Para afrontar la delicada tarea de reparar adecuadamente las consecuencias de los daños a la persona en general y del daño al proyecto de vida en particular, se requiere de juristas y de jueces que reúnan ciertos mínimos requisitos, como contar con una especial sensibilidad humana y una preparación académica sólida para conocer mejor lo que antes se ignoraba: *la estructura existencial del ser humano*.
- b. Tratar de comprender la magnitud y gravedad que significa la frustración, menoscabo o retardo en el cumplimiento del destino que cada cual escogió para su trascorrir existencial, es decir, para su realización personal o ejecución en la práctica de su *“proyecto de vida”*.

- c. El “daño al proyecto de vida” incide en la libertad del sujeto a realizarse según su propia libre decisión. Es un daño de tal magnitud que afecta, en consecuencia, la manera que el sujeto ha decidido vivir, que trunca el destino de la persona, que hace perder el sentido mismo de su existencia.
- d. El “daño al proyecto de vida” es un daño futuro y cierto, generalmente continuado y sucesivo, y que sus consecuencias acompañan al sujeto durante su transcurrir vital. Es un daño objetivo, pues puede ser apreciado por cualquiera que se adentre en la vida de una cierta persona y observa las consecuencias de tal daño.
- e. La frustración del “proyecto de vida” puede generar consecuencias devastadoras en tanto incide en el sentido mismo de la vida del ser humano, en aquello que lo hace vivir plenamente, que colma sus sueños y aspiraciones, que es correlato de ese llamado interior en que consiste la vocación personal.
- f. Debemos acotar que el advenimiento del “daño al proyecto de vida” es un aporte del derecho latinoamericano a la ciencia jurídica, consistente en haber puesto de manifiesto, en la mitad de la década de los ochenta del siglo pasado, la posibilidad de causársele a la persona un daño que puede ser devastador, en cuanto a hacerle perder el sentido de su propia vida, a incidir en su destino personal, en su plena realización. Ciertamente, es un gran avance para sensibilizar a los hombres del Derecho en torno a la gravitación jurídica del “daño a la persona” y, especialmente, del “daño al proyecto de vida”, así como sobre la exigencia de su apropiada reparación, pues, recordando una hermosa reflexión de la jurista italiana Patrizia Ziviz, esto es producto de *“un cambio radical de perspectiva, que obliga a profundos repensamientos, respecto al rol de juez o, más en general, del jurista: ayer ocupado en leyes y expedientes, hoy compelido a preguntarse, en primer lugar, que es el hombre”*.

BIBLIOGRAFÍA

- Agurto Gonzáles, Carlos, *A modo de colofón... un feliz hallazgo: la teoría tridimensional del Derecho*, en: *Persona, Derecho y Libertad, nuevas perspectivas. Escritos en Homenaje al Profesor Carlos Fernández Sessarego*, Motivensa editora jurídica, Lima, 2009.
- Agurto Gonzáles, Carlos Antonio, *El nuevo derecho de daños. Daño a la persona y daño al proyecto de vida*, Editorial Temis, Bogotá, 2019.
- Alpa, Guido, *Responsabilidad civil y daño. Lineamientos y cuestiones*, traducción a cura de Juan Espinoza Espinoza, Gaceta Jurídica, Lima, 2001.
- Burgos, Osvaldo R., *Daños al proyecto de vida*, editorial Astrea, Buenos Aires, 2012.

- Carbonnier, Jean, *La philosophie du dommage corporel*, en: *Droit et passion du droit sous la V^e République*, Flammarion, París, 2010.
- Comandè Giovanni, *Il danno non patrimoniale: dottrina e giurisprudenza a confronto*, en: *Contratto e impresa*, Cedam, Padua, 1994.
- Fernández Sessarego, Carlos, *Aproximación al escenario jurídico contemporáneo*, en: *El Derecho a imaginar el Derecho. Análisis, reflexiones y comentarios*, Idemsa, Lima, 2011.
- Fernández Sessarego, Carlos, *Breves apuntes sobre el “proyecto de vida” y su protección jurídica*, en: *La filosofía como repensar y replantear la tradición. Libro homenaje a David Sobrevilla*, Universidad Ricardo Palma, Lima, 2011.
- Fernández Sessarego, Carlos, *Derecho y persona*, quinta edición actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 2015.
- Fernández Sessarego, Carlos, *Deslinde conceptual entre “daño a la persona”, “daño al proyecto de vida” y “daño moral”*, en: *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*, Tomo IV, Giuffrè editore, Milán, 2006.
- Fernández Sessarego, Carlos, *El Derecho como libertad*, tercera edición, Ara editores, Lima, 2006.
- Fernández Sessarego, Carlos, *Il “danno alla libertà fenomenica”, o “danno al progetto di vita”, nello scenario giuridico contemporáneo*, en: *La responsabilità civile*, año V, n. 06, Utet giuridica, Turín, 2008.
- Fernández Sessarego, Carlos, *Il risarcimento del “danno al progetto di vita”*, en: *La responsabilità civile*, año VI, n. 11, Utet giuridica, Turín, 2009.
- Fernández Sessarego, Carlos, *Los 25 años del código civil peruano de 1984. Historia, ideología, aportes, comentarios críticos, propuesta de enmiendas*, Motivensa editora jurídica, Lima, 2009.
- Fernández Sessarego, Carlos, *Nuevas tendencias en el derecho de las personas*, publicaciones de la Universidad de Lima, Lima, 1990.
- Fernández Sessarego, Carlos, *Sobre el fallo “Aróstegui” de la CSJN*, en: *Revista de responsabilidad civil y seguros*, año X, N°X, La Ley, Buenos Aires, octubre de 2008.
- Franzoni, Massimo, *Il nuovo corso del danno non patrimoniale*, en: *Contratto e impresa*, Cedam, Padua, 2003.
- Gnani, Alessandro, *La cuantificación del daño no patrimonial por parte del juez italiano*, traducción de Eugenia Ariano y Jaliya Retamozo Escobar, en:

Responsabilidad civil II: Hacia una unificación de criterios de cuantificación de los daños en materia civil, penal y laboral, a cura de Juan Espinoza Espinoza, editorial Rodhas S.A.C., Lima, 2006.

- Grossi, Paolo, *El novecientos jurídico: un siglo posmoderno*, Marcial Pons, Madrid, 2011.
- Grossi, Paolo, *Prima lezione di diritto*, editori Laterza, quindecésima edición, 2010. Existe traducción en idioma castellano, *La primera lección de Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2006.
- Koteich Khatib, Milagros, *La dispersión del daño expatrimonial en Italia. Daño biológico vs. “daño existencial”*, en: Observatorio de Derecho civil: La responsabilidad civil, volumen 13, Motivensa editora jurídica, Lima, 2012.
- Marini, Giovanni, *Nuevas y antiguas lecturas del daño a la persona*, traducción al idioma castellano de Carlos Agurto Gonzáles y Sonia Lidia Quequejana Mamani, en: Observatorio de Derecho civil: La responsabilidad civil, volumen 13, Motivensa editora jurídica, Lima, 2012.
- Mendelewicz, José Daniel, *La ardua tarea de cuantificar el daño moral*, en: Observatorio de Derecho civil: La responsabilidad civil, volumen III, Motivensa editora jurídica, Lima, 2010.
- Monateri, Pier Giuseppe, *El perjuicio existencial como voz del daño no patrimonial*, en: Observatorio de Derecho civil: La responsabilidad civil, volumen III, Motivensa editora jurídica, Lima, 2010.
- Monateri, Pier Giuseppe, *Los límites de la interpretación jurídica y el Derecho comparado*, en: Biblioteca de Derecho comparado y sistemas jurídicos, coordinada por Carlos Antonio Agurto Gonzáles y Sonia Lidia Quequejana Mamani, Ara editores, Lima, 2009.
- Ninamancco Córdova, Fort, *Jurisprudencia Civil Vinculante de la Corte Suprema. Análisis de Todos los Plenos Casatorios Civiles*, Gaceta Jurídica, Lima, 2018.
- Pizzoferrato Alberto, *Il danno alla persona: linee evolutive e tecniche di tutela*, Contratto e impresa, Cedam, Padua, 1999.
- Procida Mirabelli di Lauro, Antonino, *I danni alla persona tra responsabilità civile e sicurezza sociale*, en: Rivista Critica del Diritto Privato, año XVI – 4, Jovene, Nápoles, diciembre de 1998.
- Procida Mirabelli di Lauro, Antonino, *La riparazione dei danni alla persona*, pubblicazioni della Scuola di Specializzazione in diritto civile dell'Università di Camerino, a cura di Pietro Perlingieri, edizioni scientifiche italiane, Nápoles, 1993.
- Ramírez Jiménez, Nelson, *Crónica del Tercer Pleno Casatorio*, en: Jurídica,

suplemento de análisis legal del diario “El Peruano”, año 7, n. 337, Lima, martes 11 de enero del 2011.

- Rampazzo Soares, Flaviana, *Responsabilidade civil por dano existencial*, Livraria do Advogado editora, Porto Alegre, 2009.
- Salado Osuna, Ana, *Los casos peruanos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, editora Normas Legales, Trujillo, 2004.
- Vaquer Aloy, Antoni, *El concepto de daño en el derecho comunitario*, en: Observatorio de Derecho civil: La responsabilidad civil, volumen III, Motivensa editora jurídica, Lima, 2010.

LA CAPACIDAD CIVIL DENTRO DEL NEGOCIO JURÍDICO, REFLEXIONES RESPECTO A LOS CAMBIOS PRODUCIDOS POR EL DECRETO LEGISLATIVO N° 1384

Dr. Emilio José Balarezo Reyes¹

1. Introducción

Con fecha 06 de Setiembre del 2018 se dio el Decreto Legislativo 1384, el cual ha producido diferentes secuelas en los Libros del Código Civil lo que se ha visto reflejado en la variedad de temas que han sido trastocados, cambiados tanto en su redacción como en la forma de ser entendidos. Lo cual hace que reconfiguremos su estudio y la forma en que los aplicamos, como lo señalamos se han producido tanto cambios como incorporaciones que en total sumados han dado veinte y nueve artículos modificados, tres artículos incorporados como también un Capítulo entero en Libro de Familia.

El Libro Segundo referido al Acto Jurídico no ha sido ajeno a los cambios que se han dado e incorporado y se ha visto afectado puntualmente en tres artículos como son el 140, 141 y 221 los dos primeros vinculados a temas esenciales vinculados a la definición de la figura que nuestro ordenamiento recoge con la denominación de Acto jurídico, pero que en los últimos años a propósito del análisis de la doctrina extranjera ha recaído en el concepto de Negocio Jurídico.

Respecto a la vinculación del tema de la capacidad con el Acto Jurídico, las propuestas de modificación al Código Civil han tocado con anterioridad este tema así el profesor Vidal Ramírez señala: “La modificación obedece a las nuevas orientaciones en torno a la capacidad, en las que no se admiten incapacidades de goce sino solo de ejercicio. Por ello, el sustituyente inciso 1 para no generar dudas, plantea que el sujeto tenga plena capacidad de ejercicio, y como esta puede faltar, se consideran los casos de excepción previstos en la ley” (Vidal, 1998, p.130)

1 Magister en Derecho Civil y Comercial por la Universidad de San Martín de Porres. Curso de Especialización en Contratos y Daños por la Universidad de Salamanca – España. Miembro Honorario del Colegio de Abogados de Ica y Ayacucho. Miembro Ordinario del Instituto Peruano de Derecho Civil. Catedrático de Derecho Civil en la Universidad de San Martín de Porres, Universidad Privada del Norte, Universidad San Juan Bautista y en la Universidad Científica del Sur.

De un primer contacto con la temática que ha abarcado las modificaciones podemos expresar que los dos primeros artículos radican primero en la variación en torno a un presupuesto negocial como es el de la capacidad y la segunda gira en torno a la figura de la manifestación de voluntad respecto a la manera en que la misma puede ser concretizada, inculcando que aparte de las tradicionales formas conocidas en las cuales se materializa la voluntad, se ha dado también la inclusión de las nuevas formas en que se puede hacer conocida la voluntad como lo es a partir del uso e intervención de los apoyos, figura que se encuentra desarrollada en la Ley de la Persona con Discapacidad como también en los artículos que han sido incluidos en el Código como producto de su modificación resultado del Decreto Legislativo N° 1384 lo que ha traído la inclusión de nuevas instituciones en la parte respectiva al Derecho de Personas y al Derecho de Familia.

Por último, se hace acotación al tema de la anulabilidad o nulidad relativa en respecto a la cual se enuncia como una de las causales de su procedibilidad que la capacidad de ejercicio se encuentre limitada indicándose de forma precisa y justificada que es la ley, es decir el ordenamiento quien precisa las situaciones en que esta situación procede de esta manera se reconoce la presencia de la anulabilidad en determinadas situaciones puntuales no dejando a la libre interpretación o libertad de los operadores jurídicos expresa en que situaciones se viabiliza la misma.

De esta manera lo que se busca es adaptar la figura del Negocio Jurídico a los cambios señalados en el Decreto Legislativo N° 1384, los cuales buscan la inclusión por un lado de las personas con capacidades distintas, de esta manera se amplía el radio de los sujetos que puedan ejercitar y llevar a cabo los mismos negocios jurídicos, como también se afinan los conceptos sobre los cuales se promueven las formas en que se traslada la voluntad y la manera como debe ser entendida la anulabilidad partiendo de la capacidad relativa.

2. Los Artículos 140, 141 y 221 del Código Civil Peruano antes de la dación del Decreto Legislativo 1384

Antes de la dación del Decreto Legislativo N° 1384 la redacción de los 140, 141 y 221 era el siguiente:

Artículo 140°.- El acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Para su validez se requiere:

- 1.- Agente capaz.
- 2.- Objeto física y jurídicamente posible.
- 3.- Fin lícito.
- 4.- Observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad.

Artículo 141°.- Manifestación de voluntad.

La manifestación de voluntad puede ser expresa o tácita. Es expresa cuando se realiza en forma oral o escrita, a través de cualquier medio directo, manual, mecánico, electrónico u otro análogo. Es tácita cuando la voluntad se infiere indubitablemente de una actitud o de circunstancias de comportamiento que revelan su existencia.

No puede considerarse que existe manifestación tácita cuando la ley exige declaración expresa o cuando el agente formula reserva o declaración en contrario.

Artículo 221°.- El acto jurídico es anulable:

- 1.- Por incapacidad relativa del agente.
- 2.- Por vicio resultante de error, dolo, violencia o intimidación.
- 3.- Por simulación, cuando el acto real que lo contiene perjudica el derecho de tercero.
- 4.- Cuando la ley lo declara anulable.

Ante lo cual procederemos a realizar un análisis de los tres artículos antes reseñados con el objetivo de trasladar la posición que se tuvo originalmente al momento de llevar a cabo la redacción del Código, debemos de señalar que el sentido que se les dio a las diferentes instituciones parten de una forma clásica con las que ha sido recogido por las doctrinas que tienen una tradición importante en el tiempo y lo cual han permitido que sirvan de guía en el entendimiento como en la aplicación de estas figuras durante un buen lapso de tiempo.

Respecto al Artículo 140° en su segunda parte desarrolla los denominados *requisitos de validez*, entendiéndolos como aquellos elementos necesarios y concurrentes que tienen que estar presentes para la viabilidad de todo Acto Jurídico, así el profesor Albaladejo expresa respecto a este tema: “los denominados elementos esenciales suelen ser comúnmente calificados, en sentido estricto, de requisitos del negocio. O sea se equiparan entonces los términos elementos y requisitos” (Albaladejo, 1993, p.58) los mismos que para una mejor comprensión son plasmados dentro del citado artículo en cuatro incisos, debemos de acotar que los referidos requisitos de validez no han escapado a la crítica como lo expresa el Dr. León en una posición particular al respecto indica lo siguiente: “Para decirlo en términos simples, el legislador peruano ha combinado en el artículo 140 del Código Civil –visto como una unidad- su definición legislativa de impronta “savigniana”, pandectista, del negocio jurídico con los “requisitos” de una especie negocial: el contrato” (León, 2014, p.48)

Lo que será motivo de nuestro análisis es el primero, el cual en su denominación original se llamaba Agente Capaz, al respecto debemos de acotar que el sentido del

término Agente es el de Sujeto entendiendo este termino de forma global, es decir amplia, ya que puede recaer sobre las personas naturales como jurídicas, estas últimas al ser entes reconocidos por el derecho llevan a cabo los actos o negocios jurídicos correspondientes a través de sus representantes los cuales deben de tener la idoneidad y potestades claras como vigentes para poder realizarlos. El Dr. Romero nos da una idea concreta respecto a esta figura: “Es decir, para hablar en términos estrictamente jurídicos, el sujeto capaz, que es el que hace la declaración de voluntad y que debe de estar dotado de las condiciones que señala el Código Civil en cuanto a la capacidad” (Romero, 2013, p.136)

Es así que el concepto de Agente Capaz encierra el mensaje de idoneidad del sujeto para la realización del acto, es decir de su idoneidad de su posición frente al derecho, es decir frente al sistema jurídico para poder llevarlo a cabo sin ningún tipo de observación.

Como lo hemos señalado en líneas anteriores el termino Capaz, en una posición original expresaba la idoneidad del sujeto respecto al derecho, pero una cosa es el enfoque que se le da a la institución de la Capacidad dentro del ámbito del Derecho de las Personas y otro muy distinto dentro de la óptica del Acto Jurídico, ahora con esto no estamos expresando que el tema de la capacidad sea ajeno a los demás libros del Código Civil, sino que su relevancia es transversal por lo mismo, hay que rescatar su importancia en torno a la aplicación que se le da dentro de una determinada temática o campo de estudio.

Por ende nuestro enfoque en torno a la Capacidad debe de ser práctico como un presupuesto negocial, como un requisito de viabilidad del mismo, y esto amerita que su enfoque englobe a la clásica manera en que era estudiado es decir desde la perspectiva de la clásica división bipartita francesa que se sostiene en Capacidad de Goce y de Ejercicio, situación que ha sido materia de debate no solo doctrinal sino judicial respecto a su repercusión y a los alcances de la misma. Para el profesor Vidal al analizar este tema manifiesta lo siguiente: “...atendiendo a un principio general de interpretación, según la cual no se puede distinguir donde la ley no distingue, pues el acotado inciso 1, solo requiere que se trate de agente capaz, somos de opinión, que la capacidad que se requiere es tanto la de goce como la de ejercicio” (Vidal, 2000, p.117)

Para el análisis de la versión anterior del artículo 141 vamos a partir de entender que el concepto que se manejaba de sujeto capaz, no abarcaba las figuras de los apoyos ni salvaguardas, estas figuras fueron incorporadas con el DL 1384 de Setiembre del 2018, por lo que el mismo se limita a desarrollar los conceptos de manifestación de voluntad expresa y tacita, el tema de la manifestación de la voluntad, es uno de los más neurálgicos en el estudio del Acto Jurídico, debido a que refleja la manera en que se exterioriza la voluntad y como es recepcionada por sus destinatarios, respecto a la manifestación expresa, la misma ha sufrido

modificaciones anteriores, debido a la incorporación de términos como instituciones que con el paso han ido complementando y expandiendo la forma en que puede ser reflejada la manera en que se plasma la manifestación de voluntad expresa la cual puede ser oral o escrita, primigeniamente pero en la medida que ha ido incidiendo los adelantos y el tiempo se ha ido incorporando más “medios” entendiendo por los mismos los instrumentos, elementos que conducen justamente la voluntad de forma expresa pudiendo ser como indica la redacción anterior del citado artículo: directo, manual, mecánico, electrónico, u otro análogo, los cuatro primeros incidencia en las variables que se podían presentar para el logro de la recepción de la voluntad, sin interrupción ni intervención alguna, el uso de las manos, como lo realizan sordomudos, mecánico a través de tablas, por ultimo respecto a la utilización de medios electrónicos podemos citar el uso de láser, o de tableros tipo Braille para las personas invidentes, culmina esta parte del artículo señalando que no son los únicos medios a través de los cuales se pueden llevar a cabo sino al afirmar: “... otros análogos” hacen referencia a todos aquellos que no tienen una denominación específica pero que logran su cometido de trasladar la voluntad de forma expresa. Así el profesor Márquez acota: “Las declaraciones de voluntad o de ciencia a través de medios digitales o electrónicos es una realidad insoslayable, que ha venido a poner en crisis los principios, normas y doctrina elaborados para un mundo representado en papel” (Márquez, 2011, p.247)

Un caso particular es el ámbito de la manifestación tacita, el mismo que se caracteriza por que dentro del mismo juega un rol relevante la deducción, es decir el estudio como la interpretación del comportamiento humano es el que va a jugar un rol relevante para poder desprender el mensaje que se ha deseado transmitir con el Acto Jurídico cuando se ha decidido utilizar esta modalidad, en la última parte del artículo se hace acotación a las consideraciones de tipo jurídico que se deben de puntualizar respecto al uso de la manifestación tacita y su presencia como su plasmación cuando las circunstancias del tipo de acto jurídico donde va a estar presente lo permitan, no es viable este tipo de manifestación cuando la ley expresamente solicite de que sea expresa, aquí no es aceptada la voluntad se impone lo indicado por el ordenamiento, o cuando las partes indican que el acto jurídico que están llevando a cabo para su reconocimiento y plasmación no aceptara manifestaciones de voluntad tacitas indicando esta situación de forma clara sin dejar duda alguna sobre la forma en que la voluntad será manifestada dentro del acto a llevarse a cabo es decir cómo se desarrollara el mismo. Es interesante para complementar lo expresado utilizar la definición que señala el profesor Lohmann respecto a este tema: “Se llama así a la que deriva no de los dichos o signos convencionales, sino de ciertos hechos o, como dice el artículo, de actitudes o circunstancias de comportamiento” (Lohmann, 1994, p.113)

Para concluir la temática que ha sido modificada dentro del ámbito del Acto Jurídico, debemos de indicar que se toca como último tópico el tema de la

Anulabilidad del Acto Jurídico, como es de conocimiento general la *Anulabilidad* no es otra cosa que una *Nulidad Relativa*, es decir, el Acto Jurídico sobre el cual se aplica es susceptible de ser enmendado es decir se depure como descarte toda situación anormal como atípica que pueda traer como consecuencia que el Acto Jurídico afectado no proceda. Un punto interesante es el tratamiento que le otorga a este tema el profesor Taboada al indicar sobre las causales de anulabilidad lo siguiente: “Las causales de anulabilidad se fundamentan en la tutela del interés privado, de las partes que han celebrado el acto jurídico, a fin de proteger a la parte que ha resultado afectada por la causal de anulabilidad” (Taboada, 2002, p.88)

Dentro de las cuatro causales de procedencia la que ha sido motivo de cambios ha sido la primera la cual versa sobre sobre el Agente, es decir sobre el sujeto que lleva a cabo el Acto o Negocio Jurídico, el cual trae consigo determinadas situaciones que deben ser motivo de análisis para la procedencia en torno a su participación en la confección del fenómeno negociar, es a su vez interesante ver que la idoneidad del agente no es completa sino que está supeditada a los momentos en los cuales se da la exteriorización de la voluntad como las consecuencias que se desprenden de esta situación.

3. La nueva redacción del Artículo 140 como consecuencia del Decreto Legislativo N° 1384

Los cambios producidos por el Decreto Legislativo 1384 en materia de Capacidad en lo referido como *presupuesto negocial*, se encuentran reflejados en primer lugar en el artículo 140 cuya redacción es la siguiente:

Artículo 140.- Noción de Acto Jurídico: elementos esenciales

El acto jurídico es la manifestación de la voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Para su validez se requiere:

- 1.- Plena capacidad de ejercicio, salvo las restricciones contempladas en la ley.

A diferencia de la redacción que se le daba al inciso primero, se puede observar que la naturaleza del inciso 1, del Artículo 140, es distinta ya que el tema de la capacidad no es desarrollada de una manera general sino que se hace la precisión de que el tipo de capacidad que es necesaria para que se lleve a cabo el Acto o Negocio Jurídico es la Capacidad de Ejercicio, con anterioridad se solicitaba la concurrencia de la Capacidad de Goce y la de Ejercicio con la finalidad de cumplir con los requisitos de procedencia para llevar a cabo esta figura negocial. Dentro del ámbito del derecho comparado la Capacidad de Ejercicio va ligado a la Capacidad de Obrar que de acuerdo a Stolfi la define de la siguiente manera: “Con la expresión capacidad de obrar se designa la aptitud de la persona para adquirir derechos o asumir obligaciones mediante negocios jurídicos... no basta

que la persona se halle en condiciones de expresar su voluntad en cualquier forma, sino que exige que ello tenga lugar conscientemente, es decir, dándose cuenta de sus propósitos y acciones” (Stolfi, 1959, p.22)

Entendemos que el fundamento de exigir solo la Capacidad de Ejercicio se daría en que la Capacidad de Goce es inherente a las personas como sujeto de derechos por lo que solicitarlo como requisito para la viabilidad de un Acto o Negocio Jurídico sería redundante, a su vez, lo importante es buscar en el sujeto la idoneidad en su aptitud jurídica para hacer viable sin ningún tipo de observación alguna para la procedencia cuando se es parte de la elaboración como de la concretización de un Acto o Negocio Jurídico, así el concepto de Capacidad de Ejercicio en opinión del profesor Aníbal Torres se da: “ Al igual que la capacidad de goce, la de ejercicio también constituye un atributo genérico, que comprende figuras específicas de capacidad, como, por ejemplo, la capacidad para administrar un patrimonio, la capacidad para disponer o gravar los bienes que integran un patrimonio, la capacidad de testar, la de constituir derechos reales” (Torres,2007,p.174)

Por último, culmina el inciso, con una aseveración en torno a las únicas razones por las cuales no se podría considerar a una persona “capaz” de llevar a cabo un Acto o Negocio Jurídico solo no podría materializarse el mismo siempre y cuando el sujeto caería en las situaciones que de manera expresa el ordenamiento señala no serían viables para poder realizarlo, es decir todo aquello que no es señalado por el sistema jurídico como causal de impedimento no puede ser utilizado como instrumento que impida la realización de un Acto Jurídico, creemos que este planteamiento se da con el objetivo de dar seguridad jurídica debido a que todo aquello que no está catalogado dentro de las restricciones que indica el ordenamiento jurídico, vemos entonces acá reflejado la doctrina del número cerrado o *numerus clausus*, por lo que toda situación no contenida o desarrollada por la ley como restricción o limitación de la capacidad que no esté regulada no puede ser catalogada como obstáculo, impedimento para llevar a cabo un acto o negocio jurídico.

Al respecto el profesor Héctor Campos manifiesta lo siguiente: “Entiendo que antes que salvo las restricciones contempladas en la ley, se debe de entender como salvo disposición legal diversa, ya que de esta forma se reforzaría la idea de que la regla es exigir la plena capacidad de ejercicio como requisito de validez del negocio jurídico, y solo cuando hay una disposición legal expresa...” (Campos, 2018, p.73)

4. Las innovación en lo que respecta a modalidades de llevar a cabo la Manifestación de Voluntad Expresa

Artículo 141.- Manifestación de voluntad

La manifestación de voluntad puede ser expresa o tácita. Es expresa cuando se realiza en forma oral, escrita, a través de cualquier medio directo, manual, mecánico, digital,

electrónico, *mediante la lengua de señas o algún medio alternativo de comunicación, incluyendo el uso de ajustes razonables o de los apoyos requeridos por la persona.*

Es tácita cuando la voluntad se infiere indubitadamente de una actitud o conductas reiteradas en la historia de vida que revelan su existencia.

No puede considerarse que existe manifestación tácita cuando la ley exige declaración expresa o cuando el agente formula reserva o declaración en contrario.

En torno a lo dispuesto por el 141 del Código Civil los cambios se han dado en el párrafo inicial de la redacción del citado artículo, debemos comenzar indicando que no es la primera vez que se llevan a cabo cambios dentro del mismo, debido a que el tema de la *Manifestación de Voluntad*, es por sí mismo un tema dinámico, y que el planteamiento que había sido originariamente dado para el momento de la redacción al momento de dar el Código es decir 1984, ha cambiado como consecuencia natural del tiempo y de los avances tecnológicos que dentro de la sociedad se han dado. Para el profesor Espinoza el artículo 141 expresa lo siguiente: “El artículo 141 c.c. regula que la manifestación de voluntad es expresa cuando se realiza en forma oral o escrita, a través de cualquier medio directo, manual, mecánico, electrónico o análogo. De esta manera, el signo de levantar la mano en una subasta es una declaración de voluntad expresa” (Espinoza, 2008, p.58)

Lo cual hace que la voluntad encuentre diversas vías para que sea exteriorizada, lo cual ha llevado al legislador a estudiar nuevamente esta institución y poder captar en su real dimensión la forma en que la voluntad pueda ser transmitida. Es oportuno indicar lo que manifiesta el profesor Márquez, respecto a este punto: “A lo largo de los últimos años las legislaciones, y las teorías consecuentes, han venido a estructurar las normas necesarias para que las declaraciones digitales tengan idéntico reconocimiento legal a las realizadas por escrito en papel o por medios verbales o gestuales” (Márquez, op.cit.p.247)

Los cambios en sí sostienen en lo siguiente, cuando el artículo cita “... *mediante la lengua de señas*” nos hace referencia al reconocimiento de formas de comunicación especiales las cuales pueden para un porcentaje de la población que las conoce y las aplica y sirve de vía o medio por el cual transmiten su voluntad, es común ver que esta modalidad a través de la cual se traslada la voluntad es utilizada por ejemplo por las personas sordas, el cual es reconocido como impulsado por el Estado a través de los diferentes ministerios vinculados al presente tema, e inclusive, propagan e incentivan el aprendizaje de los mismos con la finalidad de buscar la inclusión como la difusión de la misma con lo cual el porcentaje de la población que la utiliza no se encuentren marginados sino al contrario incluidos dentro de la sociedad.

En lo que respecta cuando se señala: “o algún medio alternativo de comunicación” en esta parte que ha sido incluida en la nueva redacción del artículo 141 nos abre un abanico de posibilidades para poder concretizar la transmisión de la voluntad es aquí que se puede entender que esta parte del artículo nos indica salir de los medios tradicionales o conocidos los cuales son utilizados por las personas para llevar a cabo el traslado de su voluntad, como son el habla, la escritura, las que se configuran en base a los medios tecnológicos en el caso de video llamada por ejemplo, lógicamente en resumen no se hace referencia a lo que ya es conocido y utilizado por la población sino a las novedades en la manera de llevar a cabo la voluntad para conseguir transmitirla no tradicionales.

La parte final del primer párrafo del artículo materia de análisis expresa lo siguiente: “incluyendo el uso de ajustes razonables o de los apoyos requeridos por la persona” denotamos de esta parte del primer párrafo del artículo 141 que se establece como idea guía la de una adecuación al sujeto en lo que respecta a los medios que se van a utilizar para la transmisión de su voluntad, y esto se sostiene en la utilidad que se la va a dar a los instrumentos por medio de los cuales se trasladara la voluntad, definitivamente todas las personas no tienen los mismos requerimientos o necesidades, por lo que se debe de establecer una evaluación previa de los mecanismos que se van a utilizar, primero que se adapten a las necesidades de la persona, como también que estén a su alcance, es decir que permitan al sujeto mediante la utilización de este medio llevar a cabo la transmisión de su voluntad.

Concluye este tema de análisis con la mención a la figura de los apoyos como lo menciona el propio Decreto Legislativo N° 1384, cuando en lo referido al artículo 659-B lo define de la siguiente manera: “Los apoyos son formas de asistencia libremente elegidos por una persona mayor de edad para facilitar el ejercicio de sus derechos, incluyendo el apoyo en la comunicación, en la comprensión de los actos jurídicos y de las consecuencias de estos, y la manifestación e interpretación de la voluntad de quien requiere el apoyo”.

De acuerdo al estado situacional en que se encuentre el sujeto que desea llevar a cabo la transmisión de su voluntad podrá en ejercicio de sus facultades escoger la cantidad de apoyos para poder desarrollar sus actividades dentro de la sociedad, un apoyo es la persona o conjunto de personas que han sido escogidas por el grado de afinidad y confianza que tienen con ellas, en base a ello podemos expresar lo siguiente, que los apoyos desarrollaran la comunicación de la voluntad de la persona que por múltiples motivos no puede llevarla a cabo por sí mismo, juegan a nuestro criterio un rol antes, durante y después de la realización de actos o negocios jurídicos por parte de la persona a la cual están asistiendo. Ya que las consecuencias jurídicas de lo que transmitan repercutirá sobre la persona a las cuales asisten, partiendo entonces del principio de la buena fe, debemos de indicar que la realización como la interpretación y la

consecuencias del negocio o acto jurídico deben darse en beneficio del sujeto que ha depositado su confianza y representación sobre ellos.

5. La procedibilidad de la anulabilidad bajo los cambios adoptados realizados respecto a la capacidad como presupuesto del Negocio Jurídico

Artículo 221.- Causales de anulabilidad

El acto jurídico es anulable:

- 1.- *Por capacidad de ejercicio restringida* de la persona contemplada en los numerales 1 al 8 del artículo 44.

El último artículo que ha sido materia de modificación como resultado de los cambios que ha traído el Decreto Legislativo N° 1384 en materia de Acto Jurídico es el referido al inciso 1 del Artículo 221, el cual desarrolla las razones por las cuales procede la anulabilidad, debemos entender por la misma como una nulidad relativa, es decir una situación sobre la cual procede llevar a cabo cambios, arreglos y direccionamientos que busquen hacer viable un determinado Acto Jurídico, así el profesor Polanco indica en torno a las causales de anulabilidad lo siguiente: "... conciernen principalmente a circunstancias que ponen en duda que el negocio refleje una corrección valorativa de su conveniencia por cualquier contratante. La anulabilidad es consecuencia de un defecto de la capacidad de actuar o de la alteración del proceso formativo del contrato..." (Polanco, 2014, p.175)

En este caso se hace acotación a la nueva redacción con motivo de entender a la capacidad de ejercicio como figura de presencia necesaria para la confección como viabilidad de un Acto o Negocio Jurídico, la misma que se encuentra en una situación sumamente particular cuando de la redacción expresa se estipula lo concerniente a la restricción de la misma, entendimiento por ella las limitaciones o fronteras jurídicas en las cuales la capacidad no puede plasmarse de forma total. Para el maestro León Barandiarán definirá la anulabilidad de la siguiente manera: "No es pues, sino la consagración del principio, de que el consentimiento debe emanar de agente con discernimiento y en forma no errónea y libre" (León Barandiarán, 1997, p.333)

Es interesante el aporte del profesor Priori en torno a este tema cuando señala: "Es decir el ordenamiento jurídico establece que en determinadas circunstancias algunas personas no se encuentran en la aptitud de regular y administrar por ellas mismas sus intereses; siendo ello así impide que los negocios jurídicos de estas personas produzcan efectos jurídicos" (Priori, 2004, p.127)

Se hace referencia al Artículo 44 del Código, el cual desarrolla las causales en las cuales se cataloga a una persona como incapaz relativo, el mismo artículo ha sufrido una modificación con la incorporación del inciso 9 el cual es descartado pues no es incluido como causal para la procedencia de la anulabilidad de un acto jurídico. Para una mejor comprensión de esta figura reproducimos el citado Artículo 44 cuyo texto es el siguiente:

“Artículo 44°.- Son relativamente incapaces:

- 1.- Los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años de edad.*
- 2.- Derogado*
- 3.- Derogado.*
- 4.- Los pródigos.*
- 5.- Los que incurrir en mala gestión.*
- 6.- Los ebrios habituales.*
- 7.- Los toxicómanos.*
- 8.- Los que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil.*
- 9.- Las personas que se encuentren en estado de coma, siempre que no hubiera designado un apoyo con anterioridad”*

Como se puede apreciar en cada una de las causales a las que se hace referencia, son situaciones cuya naturaleza es subsanable, como el caso de la edad la cual ha sido motivo de cambios con motivo del Decreto Legislativo N° 1376 y 1384, ya que el tema de la edad puede ser subsanado con la presencia de una ratificación por la persona que tiene a los sujetos que se encuentren dentro de este margen de edad para la viabilidad de un determinado acto jurídico.

Habría que acotar que la denominación “capacidad de ejercicio restringida” no es nueva ya que como señala el maestro Carlos Fernández Sessarego: “el proyecto sobre capacidad de ejercicio aprobado por unanimidad por la Comisión encargada de elaborar las enmiendas al Código Civil, prescinde de la férrea e irreal clasificación de los denominados incapaces en absolutos y relativos. En este sentido el proyectado artículo 44 se refiere ya no a los incapaces relativos sino a aquellos sujetos de capacidad de ejercicio restringida” (Fernández, 2009, p.309)

Así observamos, que cada uno de los incisos tiene un tratamiento jurídico relativo debido a que con la presencia ya sea de una institución de amparo ya sea el tutor, curador, o el nombramiento de una persona responsable los actos en que intervengan las personas contenidas dentro del inciso 1 al 8 los que al momento de intervenir en la realización de un acto jurídico pueden tener el efecto o resultado jurídico deseado.

Es oportuno indicar lo que manifiesta el profesor Varsi respecto a este tema: “La incapacidad relativa comprende a las personas que se encuentran parcial o momentáneamente privadas de su capacidad de ejercicio, pudiendo ejercer ciertos actos o recuperar la capacidad en un momento posterior, lo que permitiría convalidar el acto. Se les permite la realización de ciertos actos” (Varsi, 2014, p.854)

Uno de los cambios es la incorporación del inciso 9 al artículo 44 pero no es materia de análisis debido a que el propio artículo señala que el citado inciso no se encuentra dentro de las causales para catalogar a un acto jurídico anulable.

6. Conclusión

Como se puede apreciar el tema como presupuesto negocial es de naturaleza evidentemente diversa, lo que no le quita relevancia alguna en torno a su procedencia como a su exigencia para la viabilidad de un Acto Jurídico, cada una de las modificaciones que han sido introducidas por el Decreto Legislativo N° 1384 en lo que respecta al Libro II, tanto en lo referente a los *requisitos de validez* como a las *formas de manifestación de voluntad* puntos por decirlo así claves para el entendimiento de esta parte del Código Civil, la cual es de suma importancia ya que su carácter transversal permitirá entender cómo aplicar las demás temáticas que se encuentran desarrolladas a través de los demás libros que conforman el Código. Respecto a la *Anulabilidad*, el afinamiento en la redacción del inciso primero en torno a la *capacidad de ejercicio restringida* nos lleva a observar con atención los nuevos criterios que se siguen con el objetivo de analizar adecuadamente esta categorización, respecto a la cual debemos de indicar que avizoramos no será la primera ni la última, ya que se está produciendo en la actualidad un proceso de adecuación, es decir de adaptación a los nuevos criterios en torno a la Capacidad Jurídica y las repercusiones jurídicas que esta trae en la diversidad temática que esta abarca como lo es el ámbito del Acto Jurídico.

La modernidad exige un replanteamiento de nuestras instituciones en el caso del Acto Jurídico con mucha mayor razón debido a que la tecnología por una parte como la necesidad de inclusión por el otro llevan de la mano cambios en la forma de plasmar las instituciones jurídicas, ser ajeno a estas modificaciones que la coyuntura ofrece solo traería retraso en lo que implica la comprensión moderna de instituciones tan relevantes como lo es el Acto Jurídico.

7. Bibliografía

- Albaladejo, M. (1993) *El Negocio Jurídico*. Barcelona: Librería BOSCH
- Campos, H. (2018) Apuntes sobre la capacidad jurídica y la validez de los negocios jurídicos en el Código Civil Peruano en *Actualidad Civil* N°52. Lima: Instituto Pacifico.
- Espinoza, J. (2008) *Acto Jurídico Negocial*. Lima: Gaceta Jurídica Editores.
- Fernández, C. (2009) *Los 25 años del Código Civil Peruano*. Lima: MOTIVENSA Editora Jurídica.
- León Barandiarán, J. (1997) *Acto Jurídico*. Lima: Gaceta Jurídica Editores.
- León, L (2014) *Introducción al régimen general de los Negocios Jurídicos*

en el Código Civil Peruano en *El Negocio Jurídico*. Lima: Fundación M. J Bustamante de la Fuente.

- Lohmann, G. (1994) *El Negocio Jurídico*. Lima: GRIJLEY Editora Jurídica.
- Márquez, J. (2011) El Acto Jurídico representado mediante técnicas electrónicas o digitales: problemas y soluciones en *Libro Homenaje a Fernando Vidal Ramírez*. Lima: IDEMSA.
- Polanco, C (2014) *La Ineficacia del Negocio Jurídico*. Arequipa: Grupo Editorial CROMEEO.
- Priori, G. (2004) La capacidad como presupuesto negocial en *Negocio Jurídico y Responsabilidad Civil. Estudios en memoria del profesor Lizardo Taboada Córdova*. Lima: GRIJLEY Editora Jurídica.
- Romero, F. (2013) *Acto Jurídico*. Lima: GRIJLEY Editora Jurídica.
- Stolfi, G. (1959) *Teoría del Negocio Jurídico*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.
- Torres, A. (2007) *Acto Jurídico*. Lima: IDEMSA.
- Taboada, L. (2002) *Nulidad del Acto Jurídico*. Lima: GRIJLEY Editora Jurídica.
- Varsi, E. (2014) *Tratado de Derecho de las Personas*. Lima: Gaceta Jurídica Editores.
- Vidal, F. (1998) Los requisitos del validez del Acto Jurídico en *Reforma del Código Civil Peruano. Doctrina y Propuestas*. Lima: Gaceta Jurídica Editores.
- Vidal, F. (2000) *El Acto Jurídico*. Lima: Gaceta Jurídica Editores.

ALCANCES GENERALES DE LA MODIFICACIÓN DE LA LEY DE ARBITRAJE: A PROPÓSITO DEL DECRETO DE URGENCIA N° 020-2020

Dr. Roger Vidal Ramos*

Conforme a la vigencia de la Ley de Arbitraje (D L n° 1071) del 2008, y la prestigiosa reputación de la “Ley peruana arbitral” alcanzada en los fueros profesionales y académicos internacionales y nacionales, la presente modificación del Decreto de Urgencia n° 020-2020, está generando diversas posturas favorables, así como, críticas severas efectuadas por ciertos sectores de la comunidad arbitral peruana, la nueva regulación entre sus figuras discutibles y/o novedosas –según elección– más destacables inciden en: a) retornar al arbitraje institucional, b) La exigibilidad de imponer una garantía financiera al contratista para ejercer la tutela cautelar, c) La incorporación del abandono arbitral y d) La nueva causal de recusación por “laudo anulado”, en este contexto del siempre productivo debate, ensayamos las siguientes opiniones de carácter personal y bajo la modesta experiencia en el ejercicio de la función arbitral.

1. De retorno al arbitraje institucional¹.

Se resalta el posicionamiento del arbitraje institucional respecto del arbitraje ad hoc, después de avances y retrocesos legislativos, el estado se decidió en mantener exclusivamente la competencia absoluta del arbitraje institucional, en consecuencia, el arbitraje ad hoc será aplicable siempre que se trate de menor

* Abogado por la Universidad Nacional Hermilio Valdizán de Huánuco. Magíster en Derecho Civil y Comercial y candidato a doctor por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, segunda especialización en Derecho Ambiental y Recursos Naturales por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad San Martín Porres. Presidente del Instituto Peruano de Derecho Civil. Miembro de la Asociación Iberoamericana de Derecho Privado y del Instituto Brasileño de Derecho Contractual. Fundador de Estudio Vidal Abogados y árbitro en controversias comerciales y contrataciones estatales. Correo electrónico: rvidal@vmplegal.com.

1 Artículo 7.- Arbitraje ad hoc e institucional. - Cuando el Estado peruano interviene como parte, el arbitraje es institucional, pudiendo ser **ad hoc cuando el monto de la controversia no supere las diez (10) unidades impositivas tributarias (UIT)**. En ambos casos son arbitrajes; con excepción de los proyectos desarrollados mediante Asociación Público Privada, cuando sus controversias son de naturaleza técnica que pueden ser atendidas alternativamente por arbitrajes de conciencia.

cuantía (cuando no supere las 10 UIT), el retorno al arbitraje institucional genera un reto para los diversos centros de arbitraje de Lima y provincias, debiendo esta responsabilidad replicarse en una adecuada selección de los miembros de los Consejos o Cortes de Arbitraje de las instituciones al nivel nacional y a su vez repercutirá en la selección minuciosa del ingreso, ratificación y/o separación de los árbitros en las diferentes nóminas. Es trascendental generar una competencia entre instituciones arbitrales con altos estándares de transparencia, tarifa de mercado, calidad y experiencia en el servicio arbitral institucional, por ello, consideramos la reforma compromete y genera nuevos retos a las instituciones de arbitraje.

2. Garantías económicas para el acceso a la tutela cautelar impuestas al Contratista².

La tutela cautelar en gran medida se regula supletoriamente por el Código Procesal Civil, conforme a la práctica procesal y del arbitraje, la caución juratoria es la más recurrente para cumplir con el requisito de la contracautela, sin embargo, la modificatoria de la ley, expresa la necesidad obligatoria de ofrecer una fianza bancaria y/o patrimonial solidaria incondicional y de realización automática en favor de la entidad pública afectada (por la medida cautelar), en gran medida, trasladar el costo financiero al contratista al ofrecer y mantener vigente una fianza bancaria o patrimonial como requisito para interponer una medida cautelar, implica una desventaja en perjuicio del contratista, pues en la mayoría de oportunidades el contratista asume la carga de iniciar el litigio arbitral (invirtiendo tiempo y recursos económicos), la modificatoria expresamente no determina si esta regla “fianza” se aplicará a las entidades, en defecto que requieran la tutela cautelar, conforme al principio de equidad, la norma adolece de un criterio de equilibrio, generando desigualdad entre las partes procesales (estado y el contratista), lo cual deviene en un desbalance jurídico y económico dentro del litigio arbitral.

A fin de cumplir con el requisito de la contracautela económica, el contratista tendría la posibilidad de brindar la garantía fuera del ámbito financiero, con el otorgamiento de un contrato de fianza (regulado por el código civil), bajo una interpretación del Tribunal o Arbitro Único, esta garantía ofrecida sería aceptada en forma suficiente a fin de dar cumplimiento con el requisito de caución

2 Artículo 8.- Competencia en la colaboración y control judicial. 2. (...) En los casos en los que el Estado peruano es la parte afectada con la medida cautelar, **se exige como contracautela la presentación de una fianza bancaria y/o patrimonial solidaria, incondicionada y de realización automática en favor de la entidad pública afectada, por el tiempo que dure el proceso arbitral.** El monto de la contracautela lo establece el/ la juez/a o el tribunal arbitral ante quien se solicita la medida cautelar, dicho monto no debe ser menor a la garantía de fiel cumplimiento. La ejecución de la carta fianza se establece conforme a lo resuelto por el/la juez/a o el tribunal arbitral, según corresponda.

económica y con la protección de la entidad, así mismo reduciendo los costos financieros al contratista.

La obligatoriedad del contratista de mantener vigente las cartas fianzas bancarias (vinculadas al contrato y en fase de ejecución contractual conforme a la Ley de Contrataciones Estatales) como requisito del acceso a la tutela cautelar, resulta ser una práctica muy recurrente en la defensa arbitral, ante el requerimiento de medidas cautelares de no innovar (no ejecución de fianzas), esta práctica genera garantías al tribunal arbitral respecto de la caución cautelar.

Por lo tanto, el costo del incremento del acceso a la tutela cautelar en los arbitrajes, repercutirá en el diseño de una estrategia adecuada y eficiente por parte de la defensa que deberá proyectar un futuro escenario exitoso de la medida cautelar.

3. La entidad competente en las recusaciones³.

La modificación del artículo 29 de la Ley de Arbitraje, podría generar interpretaciones ambiguas (entre la ley especial de contratación pública y la ley de arbitraje comercial), la recusación representa el recurso por el cual las partes pueden exigir el apartamiento del árbitro que incumple con los principios de imparcialidad e independencia, en buena cuenta la recusación en contratación pública es competencia exclusiva del OSCE, desde la interposición del recurso de recusación hasta la emisión del fallo administrativo (con resolución de Presidencia Ejecutiva), además, el OSCE mantiene altos estándares y predictibilidad respecto a sus fallos al resolver las recusaciones y con amplia publicidad de sus criterios, en su condición de “entidad líder” en el ámbito de la resolución de recusaciones.

En otro contexto, aceptando la posibilidad de la inexistencia en el convenio arbitral de regulación respecto a los alcances de la recusación o ante la negación de la causal o renuncia por parte del árbitro recusado, el OSCE seguirá manteniendo intacta su competencia respecto a todas las causales de recusación, en este supuesto la norma debe de ser interpretada bajo los alcances de la Ley Especial (Ley, Reglamento de Contrataciones Estatales y directivas).

La nueva regulación incorporada en la ley de arbitraje, podría invitar a ejercitar interpretaciones ambiguas de algunos operadores y finalmente sobre la nulidad del posible acuerdo que los árbitros puedan mantener competencia

3 Artículo 29.- Procedimiento de recusación. e) En los arbitrajes en los que interviene como parte el Estado peruano, **si la otra parte no conviene en la recusación y el/la árbitro/a recusado/a niega la razón, no se pronuncia o renuncia, resuelve la recusación la institución arbitral; a falta de esta, la Cámara de Comercio** correspondiente, conforme a los literales d) y e) del artículo 23. **Es nulo todo acuerdo que establezca la posibilidad de que los miembros de un tribunal arbitral resuelvan la recusación de los demás árbitros.**

para resolver las recusaciones de sus co árbitros, en materia de contratación pública no se encuentra permitido la posibilidad de que los árbitros resuelvan sus recusaciones, reiteramos que el OSCE mantiene intacta esta competencia, salvo en el arbitraje comercial por acuerdo expreso de las partes.

4. El Abandono del litigio arbitral⁴.

La figura del abandono es innata del derecho procesal civil, regulada en el artículo 346 del Código Procesal Civil, que prescribe :

«Cuando el proceso permanezca en primera instancia durante cuatro meses sin que se realice acto que lo impulse, el juez declarará su abandono de oficio o a solicitud de parte o de tercero legitimado» esta modalidad especial de conclusión del proceso civil con la modificatoria se trasladó a la Ley de Arbitraje.

Es preciso establecer que, sin incurrir en la causal del plazo de cuatro meses de inercia arbitral, cualquiera de las partes mantenía intacto su derecho de solicitar el archivo del proceso por falta de impulso y a su vez, ser aplicado de oficio por los árbitros y aunado a todo esto dentro del complemento regulatorio de las reglas arbitrales, se permitía la posibilidad de incorporar el abandono de común acuerdo en la instalación del arbitraje.

A modo de ejemplo, el allanamiento en vía arbitral se aplica sin necesidad de una regulación especial en la ley de arbitraje, bajo las pautas del reglamento arbitral y las directrices procesales del principio *kompetenz-Kompetenz* de los árbitros. La sobrerregulación procesal del arbitraje por el derecho procesal civil, lejos de fortalecer el arbitraje bajo sus principios procesales esenciales – ejercicio del derecho exclusivo de las partes– está permitiendo la excesiva pauta procesal sobre el litigio arbitral.

Lejos de esta discrepancia teórica (excesivo ingreso del derecho procesal al arbitraje), el plazo de cuatro meses es el prudente, bajo la óptica de la celeridad del arbitraje y el interés de las partes (entidad y el contratista) de culminar el controversia en el plazo más breve, este primer abandono traerá como efecto el impedimento del inicio de un nuevo arbitraje por el lapso de seis meses, en el supuesto de incurrir en un segundo abandono por negligencia atribuible a cualquiera de las partes, la norma establece, que la consecuencia sería la aplicación de la caducidad –diferenciándose de los otros supuestos de caducidad

4 Artículo 50 - A.- Abandono. En los arbitrajes en que interviene como parte el Estado peruano, si no se realiza acto que impulse el proceso arbitral durante cuatro (4) meses, se declara el abandono del proceso arbitral de oficio o a pedido de parte. Si el arbitraje es institucional, esta declaración es efectuada por la Secretaría General del Centro de Arbitraje. Si el arbitraje es ad hoc, la declaración es efectuada por el/la árbitro/a único/a o el/la presidente/a del tribunal arbitral. La declaración de abandono del proceso arbitral impide iniciar otro arbitraje con la misma pretensión durante seis (6) meses. Si se declara el abandono por segunda vez entre las mismas partes y en ejercicio de la misma pretensión, caduca el derecho.

de la ley de contrataciones– como castigo ante la inactividad arbitral, la misma operará de pleno derecho manteniendo los efectos de cosa juzgada.

La responsabilidad del abandono del arbitraje se vincula a las partes, sus abogados y en último extremo a los árbitros, sin embargo, quienes deberán de salvaguardar por el impulso serán las partes, el abandono del arbitraje será imputable exclusivamente a una defectuosa defensa de parte.

5. Confidencialidad y publicidad⁵.

La política de otorgar publicidad de los laudos en contratación pública, no es algo novedoso, en la actualidad el OSCE y diversos centros de arbitraje mantienen la publicidad de los laudos, dentro de la transparencia y acceso a la información pública, el verdadero reto se encamina a mantener el expediente arbitral electrónico, que indispensablemente sobreviene en una importante inversión económica en contratar software por los centros de arbitraje a fin de mantener el acceso en altos estándares tecnológicos y versiones amigables a los diferentes actores arbitrales y sociedad en general. Es importante que la publicidad se replique a la función arbitral, respecto de las aceptaciones a la designación (árbitro único, de parte o presidencia), ampliaciones de revelaciones y de los criterios que mantengan los centros de arbitraje para ratificar o no la designación de los árbitros.

6. Contenido del laudo⁶.

Los criterios para determinar los costos del arbitraje son de entera discreción del tribunal arbitral, salvo acuerdo en el convenio arbitral o el contrato en establecer que los costos arbitrales deberán ser asumidos por la parte vencida o en equidad, sin embargo, la imposición de multas administrativas o similares ajena de la distribución de los costos del arbitraje, yacería en una práctica inusual de los árbitros, es elemental establecer que las multas o similares nacen por disposición de la ley, los árbitros mantienen *Kompetenz- Kompetenz* exclusivamente de los costos arbitrales, esta modificación resulta innecesaria, la incidencia sería de remota probabilidad en que árbitros incurran en una grotesca interpretación de imponer multas administrativas incorporadas en el laudo dentro del punto resolutivo de la asignación de los costos arbitrales, y de ser

5 **Artículo 51.- Confidencialidad y publicidad.-** 3. En los arbitrajes en los que interviene como parte el Estado peruano, las actuaciones arbitrales y el laudo son públicos una vez que ha concluido el proceso arbitral, observando las excepciones establecidas en las normas de transparencia y acceso a la información pública. Cada institución arbitral reglamenta las disposiciones pertinentes. En los arbitrajes ad hoc asume dicha obligación la entidad estatal que intervino en el arbitraje como parte.

6 **Artículo 56.- Contenido del laudo.-** 2. El tribunal arbitral se pronunciará en el laudo sobre la asunción o distribución de los costos del arbitraje, según lo previsto en el artículo 73. En los arbitrajes en los que interviene como parte el Estado peruano, no cabe la imposición de multas administrativas o similares; u, otros conceptos diferentes a los costos del arbitraje.

un defecto severo del laudo, como remedio, se activan los recursos post laudo (rectificación, interpretación, integración o exclusión) que podrían persuadir a los árbitros a corregir este error o incluso vía anulación, por el argumento de motivación, se mantiene intacta la posibilidad de ingresar a una causal de anulación y dejar en el ámbito de las Salas Comerciales y/ o Civiles señalar el criterio de las “multas arbitrales” con acuerdos plenarios o jurisdiccionales.

7. Ampliación del plazo para Recusación y la causal “laudo anulado”⁷

El derecho de recusación de las partes es ejercida con amplitud y no está sometida a ningún tipo de limitaciones, la modificación de la ley de arbitraje, permite a las partes recusar a los árbitros que emitieron el laudo anulado, la anulación bajo el criterio de motivación, de por si es muy discutible, la nueva causal de recusación “por laudo anulado” generará innumerables recusaciones frívolas en perjuicio de los árbitros y ante la no aceptación de la sustitución o la defensa (ante causales falsas) ejercida por el árbitro ante la recusación, el efecto inmediato que se compondrá será en la extensión prolongada del plazo de la emisión del “segundo laudo”, con la posibilidad que el tribunal arbitral mantenga o corrija el estándar de su motivación en el laudo.

Esta nueva causal de la recusación “por laudo anulado”, inmediatamente incorpora incentivos negativos para que árbitros expertos y probos, prefieran mantener prudencia y prevenir no exponer su prestigio arbitral y rechazar designaciones de parte o de presidir tribunales en controversias vinculadas en la contratación pública.

Finalmente dejamos dos disyuntivas que merecen un análisis minucioso:

- a) Yo te elegí como árbitro, ahora que te anulé el laudo, me toca recusarte.
- b) Incremento de votos singulares y disminución de laudos unánimes.

8. El registro de árbitros y de Centros de Arbitraje⁸.

Acorde con la política estatal de transparencia del arbitraje, el registro de árbitros, mantiene la coherencia con las buenas prácticas arbitrales, liderada por

7 **Artículo 65.- Consecuencias de la anulación.** 1. Anulado el laudo, se procede de la siguiente manera:b. (...) En los arbitrajes en los que interviene como parte el Estado peruano, cualquiera de las partes está facultada a solicitar la sustitución del/la árbitro/a que designó, siguiendo las mismas reglas que determinaron su designación; **o, en su caso, solicitar la recusación del árbitro u árbitros que emitieron el laudo anulado.** En dicho supuesto se habilita el plazo para plantear recusación sin admitir norma o pacto en contrario.

8 **Disposición complementarias finales: Primera.- Registro Nacional de Árbitros y de Centros de Arbitraje en territorio nacional.-** El Ministerio de Justicia y Derechos Humanos tiene a su cargo el Registro Nacional de Árbitros y de Centros de Arbitraje - RENACE, el cual contiene la nómina de árbitros/as y de centros de arbitraje a nivel nacional con información relevante respecto de sus actuaciones, así como el registro de las declaraciones juradas de intereses de los/as árbitros/as que participan en las controversias en los que es parte el Estado peruano. Se exceptúa de esta disposición el Registro Nacional de Árbitros de Negociaciones Colectivas para entidades y empresas del Sector Público a cargo de la Autoridad Nacional de Servicio Civil.

el OSCE y el faro de transparencia del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, las declaraciones juradas y ampliaciones del deber de revelación de los árbitros deberán mantenerse bajo el principio de publicidad. Esta modificación es acertada y ejercida por los diversos actores arbitrales institucionales.

9. Convenio arbitral y el apoyo de la Procuraduría Pública⁹.

Según la política reiterada del Gobierno de promover el ingreso de profesionales altamente capacitados y el rol de defensa especializada en arbitraje por parte de las procuradurías públicas, es muy acertada la posibilidad de efectivizar la coordinación en la redacción de los convenios arbitrales, pues en buena cuenta, los defectos de los convenios arbitrales se descubrirán en fase del litigio arbitral, trasladar la experiencia en la defensa arbitral de equipo de las procuradurías públicas al diseño del acuerdo arbitral, permitirá mejorar el contenido y amplitud de los convenios arbitrales, según la envergadura del tipo de contratación y las necesidades de las entidades estatales.

9 **Disposición complementarias finales: Segunda.-** Convenio arbitral en que es parte el Estado. - El convenio arbitral en el que es parte el Estado peruano se redacta por los órganos competentes en coordinación con la procuraduría pública de la respectiva entidad.

“LA ILEGALIDAD EN EL ARBITRAJE” POSIBLES SALIDAS A PARTIR DEL DERECHO CIVIL Y PROCEDIMIENTOS ARBITRALES INTERNACIONALES

Dr.- Marco Silva Santisteban Valdivia*

Sumario

1.- Presentación del tema; 2.- Finalidad de la investigación; 3.- Corrupción, principales casos y modus operandi; 4.- Identificación de los momentos en que se produce la corrupción; 5.-Instituciones arbitrales y civiles; 6.-Remedios actuales; y, mecanismos de control en sede arbitral y judicial; 7.- Posibles soluciones, Posibilidad del Tribunal de pronunciarse sobre temas vinculados a ilícitos; Propuesta para que en el Poder Judicial declare la invalidez del arbitraje a partir de hechos ilícitos;8. Conclusiones. —9. Referencias bibliográficas.

1. Presentación del tema

Mi primera aproximación con el arbitraje, data del año 2009, con ocasión de la labor realizada como auxiliar jurisdiccional de una Sala Superior en Lima; por aquellos tiempos en el Perú se venían produciendo importantes cambios sobre esta institución; solo por citar uno, se había derogado recientemente la Ley N° 26572 que estuvo vigente desde 1996 hasta agosto de 2008¹; habiendo entrado en vigencia 01 de Setiembre del mismo año el actual Decreto Legislativo N° 1071; norma que fue publicada como parte de un paquete legislativo que resultaba necesario implementar a efectos de la suscripción del Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos, pues precisamente se buscaba una mejora en el sistema de administración de justicia; de allí es claro inferir, *que la intención del inversionista extranjero y del legislador nacional, era contar con un sistema adecuado de*

* Director Académico del Instituto de Derecho Privado- IDEPRIV, asistente de Juez Superior en la Primera Sala Civil Subespecialidad Comercial de Lima, ex secretario técnico de la Comisión de Capacitación del Área Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima, miembro del Programa de Sistematización de la Jurisprudencia de Sentencias de Anulación de Laudo Arbitral del Poder Judicial- PPR Comercial, Cursó Estudios de Derecho en la Universidad Privada San Juan Bautista.

1 Información recogida a través del Portal web: http://www.osce.gob.pe/consucode/userfiles/file/DDA%20-%20NORMAS%20APLICABLES/LEY%20N%2026572%20-%20LEY%20GENERAL%20DE%20ARBITRAJE%20_Derogada_.pdf

resolución de conflictos, que sea, flexible, celer, especializado, sin sobre carga procesal y sobre todo ajeno a los actos de corrupción; precisamente, estas eran las fortalezas que proclamaba el arbitraje en contraposición a las ventajas que ofrecía el sistema ordinario de justicia, el que a pesar de sus múltiples esfuerzos y casos por resaltar, tenía a la sobre carga procesal y la corrupción como sus principales talones de Aquiles.

En similar sentido la doctrina extranjera informaba que: “En efecto (...) parece que el arbitraje hace gala de un amplio repertorio de cualidades y virtudes que lo convertirían en una serie alternativa a la jurisdicción ordinaria (...) Las ventajas a las que hacemos referencia han sido expuesta reiteradamente por la doctrina y da la impresión de que en ocasiones resultan tan evidentes que no hace falta demasiado esfuerzo para lograr apreciarlas en su justa medida y justificar su existencia”².

Empero, a poco más de una década de entrada en funcionamiento de la Ley, y habiendo corrido mucha agua bajo el puente, podemos concluir que contrario a los enunciados antes glosados, el arbitraje no llegó a constituirse nunca como ese medio importante de resolución de conflictos entre empresarios privados, por el contrario, su uso masivo fue gracias a que se implantó como forma obligatoria de resolución controversias relacionadas a las contrataciones con el estado; otra circunstancia que también podemos advertir a la luz de los recientes hechos, es que esta forma de administración de justicia no se encuentra ajena a los actos de corrupción; así es, en las últimas semanas a partir de que el equipo especial del Ministerio Público a cargo del Fiscal German Juárez Atoche, practicó siete diligencias de allanamiento de domicilio, hemos podido tomar conocimiento de una investigación que reúne a 21 de los más connotados árbitros nacionales, juristas de fuste, que con sus decisiones supuestamente contaminadas con actos ilícitos, ordenaron pagar al Estado cuantiosas sumas de dinero por controversias generadas por las relaciones contractuales entre el Estado y empresa; siendo importante subrayar sobre esto último, que la calidad de investigados no los convierte por si solo aún como culpables, debiendo primer sobre ellos el principio constitucional de la presunción de inocencia, toda vez que no existe sentencia condenatoria que así lo establezca; esta situación será analizada en los próximos capítulos, cuando abordemos los supuestos de evidencia de un delito.

2. Finalidad de la investigación.-

Así pues, motivado por la reciente coyuntura, es que pretenderé analizar en las próximas líneas, varias circunstancias relacionadas a la comunión que han tenido

2 Colina Garea, Rafael, *El Arbitraje en España: Ventajas y desventajas*, Madrid: Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, p.29.

en tierra nacional la corrupción y el arbitraje; pasando a identificar los principales casos y el accionar desplegado; seguidamente y habiéndose determinándolos momentos en que se produce el acto ilícito; examinaré a la luz la normatividad vigente, cuáles serían los mecanismos actuales de control que podrían hacerles frente, o los remedios; y en caso estos devengan en insuficientes, preguntarse: *¿qué propuestas debería postular el legislador a futuro?* toda vez que los actos ilícitos en ninguna instancia debe quedar impunes ni mucho producir efectos jurídicos a su favor, habida cuenta del retraso que generan en el desarrollo de una sociedad; anhelo que todas estas propuestas o reflexiones, puedan colaborar a efectos de que el arbitraje pueda ofrecer esta gama de atributos o fortalezas a las cuales hacía referencia en la parte inicial de este texto.

3. Corrupción, principales casos y modus operandi.-

La Décimo Encuesta Nacional realizada el año 2017, da cuenta que la corrupción es el segundo problema más importante que tenemos como Estado; y, es el problema cardinal de la administración pública; igual de aguda es la información que nos brinda la Defensoría del Pueblo³, en el sentido que el costo o consecuencias de estas malas praxis equivale aproximadamente al 09% del Presupuesto Anual Nacional de la Republica; así pues, debe precisarse que la corrupción es un mal que afecta a muchas instituciones públicas debilitándolas, generando desequilibrio en el sistema social y económico; inclusive como vemos, llegó a penetrar al arbitraje, y le sirvió como mecanismo legal para convalidar la ilicitud.

Pero es importante subrayar que la corrupción y el arbitraje no topan sus caminos recién a partir del escándalo generado por Odebretch y las obras IIRSA NORTE y SUR tramos 02 y 03; Sistema de Agua Potable en Chimbote, (donde por ciento se da cuenta que entre el 2003 al 2016 la citada empresa ganó con estas decisiones la exorbitante suma de 255 millones de dólares aproximadamente⁴); por el contrario esta unión tiene larga data, baste para ello recordar la mafia del triste celebre Rodolfo Orellana Rengifo que operó desde el 2002 al 2014 aproximadamente⁵; entre el abanico de posibilidades delictivas que esta organización ofrecía, era hacerse de propiedades a partir de arbitrajes fraudulentos; para un momento en el que el boom inmobiliario era trascendental

3 Información recogida a través del portal web: <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2018/08/Reporte-La-Corruptcion-en-el-Peru-N-2.pdf>

4 Información recogida a través del portal web: https://www.google.com/search?source=hp&ei=axm9XLvoL6W8ggeZ3lXYBw&q=arbitraje+odrebrtech+250+millones+de+dolares&btnK=Buscar+con+Google&oq=arbitraje+odrebrtech+250+millones+de+dolares&gs_l=psy-ab.3..33i21.1170.15023..15124...4.0..1.703.8493.0j34j7j2j6-1.....0....1..gws-wiz.....0..0j0i131j0i7i30j0i10j0i3j0i13j0i8i13i30j0i13i30j33i10i21j33i10.JbqFGCUFUWw

5 Información recogida a través del portal web: <https://elcomercio.pe/politica/fiscalia-senala-red-rodolfo-orellana-opero-12-anos-impunidad-noticia-613952>

en la economía del país, sin duda esta actividad dejado más que suficientes réditos a sus autores, entre los casos más sonados están el Camal de Yerbateros, Oncoserv, y el Polideportivo de San Borja.

La forma como operaba esta mafia, era confeccionando –entre otros- contratos ficticios de compra venta, reconocimiento de deudas, mutuos con garantía hipotecaria, en los cuales además de falsificarse la firma al perjudicado, se incluía una clausula arbitral mediante la que se designaba generalmente un árbitro único ad hoc, lo que motivaba que se inicie un procedimiento arbitral fraudulento, que busca en estricto, generar ordenes de lanzamiento, que la postre servían como instrumento legal para despojar de la propiedad; no está por demás resaltar, que dichos procesos no respetaban las más mínimas garantías procesales, toda vez que en la praxis ni siquiera se le notificaba al obligado, este recién tomaba conocimiento de la existencia de un arbitraje y peor aún de la transferencia de su propiedad, cuando el Poder Judicial, vía la ejecución de laudo ordenaba cumpla con desocupar el bien inmueble.

Por otro lado, pero con un escenario similar, encontramos los arbitrajes entre el Estado y Odebrecht; donde los actos de corrupción o hechos ilícitos también aparecen de forma previa al inicio al proceso arbitral y así como también durante su tramitación; los principales casos se dan por ejemplo, cuando la entidad a efectos de llevar a cabo un concurso público, generaba términos de referencia especiales que solo podrían ser cumplidos por determinados contratistas o incluso solo uno, con lo cual se sacaba de carrera a varias empresas; por otro lado tenemos la suscripción adendas o adicionales de obra que incrementaban considerablemente el monto real de la obra; y, finalmente la creación de consorcios donde una de las empresas era de propiedad precisamente de uno o de varios funcionarios de la Entidad y vía ese medio se pagaban las coimas; luego de ello, y ante supuestos incumplimientos, se iniciaba un proceso arbitral contaminado de corrupción, que si bien en estos puntuales casos, no se evidenciaba esa indefensión a la parte perdedora del laudo (entidad) como en los casos de “Orellana”, toda vez que participaban del proceso y se defendían; en la praxis todo estaba orquestado para que al final sea el Estado la parte perdedora o menos favorecida, ya sea porque la defensa desplegada no resultaba la más prolija; o porque ya no había mucho por litigar, como en los casos de las aprobaciones fictas, o resoluciones contractuales por evidentes incumplimientos de la entidad, donde los supuestos de defensa son cerrados; pero sobre todo porque el sentido de las decisiones ya estaba comprometido en determinado sentido.

4. Identificación de los momentos en que se produce la corrupción.-

De la información desarrollada en el acápite precedente, se puede llegar a establecer los momentos puntuales en los que la corrupción se vincula con

el arbitraje; claramente el primer momento lo encontramos en la etapa pre contractual que motiva el inicio de la relación sustantiva, como la suscripción del convenio; es decir, en las negociaciones, tratativas, actos preparatorios a la relación subyacente sustantiva que deberá ser sometida al convenio arbitral, entendido esta figura como la piedra basal del arbitraje, según lo informa la doctrina, la cláusula arbitral: *“es la máxima expresión del deseo de las partes de someter los conflictos presentes o futuros a la decisión de uno o más árbitros (...) son ellas las que crean al juez, invistiéndole de autoridad suficiente (temporal) para dirimir la contienda”*⁶.

Usando como ejemplos los casos antes propuestos, es necesario señalar que si bien tienen matices disimiles, en el fondo encierran la misma conclusión; habida cuenta que la génesis de la relación material parte de una ilicitud, de fraude, de una actitud dolosa, es decir con la intención de generar un delito. Nos explicamos, en el caso de Orellana, la etapa precontractual (*no sé si la nomenclatura utilizada es la correcta, porque en estricto no hay un contrato, al no existir la anuencia o participación de la otra parte*) está caracterizada por la intención de apropiarse de un bien; para lo cual se realizan una serie de acciones tendientes a conseguir dicha finalidad; a saber: la falsificación de la firma del perjudicado en el contrato y cláusula arbitral, el desarrollo del proceso arbitral, y finalmente la ejecución de laudo.

Situación similar sobre la declaración de voluntad, ocurre en los casos de Odebretch, dado que si bien no se falsifica la firma de la parte perjudicada (Entidad), por cuanto la parte en mención tiene conocimiento de la ilicitud que se practicará y muestra su conformidad a ello, siendo parte importante en este engranaje; esta voluntad se encuentra mermada por la entrega de dinero, existiendo además un fin ilícito.

Aquí al igual que en el otro caso, la génesis de la relación material es generar un menoscabo a partir de un acto ilícito, y ante la existencia de supuestos incumplimientos, se generan obligaciones materia de un proceso arbitral también contaminado de corrupción. Efectivamente, el segundo momento, lo hallamos en la propia sustanciación de las controversias en el fuero arbitral, donde el árbitro o tribunal y la secretaria arbitral forman parte de uno de los eslabones de esta penosa cadena, y ponen al servicio de la mafia todo el procedimiento; en estos casos, el pago que se realiza a los árbitros, no es solo por llevar adelante el proceso y emitir decisión final; sino que estos procesos en algunas ocasiones deberán ser realizados de forma irregular, es decir conculcando una serie de derechos constitucionales, como el debido emplazamiento, contradictorio,

6 Chocrón Giraldez, Ana, Los Principios Procesales en el Arbitraje, Barcelona: JM Bosch Editor, pag.67.

imparcialidad, independencia; y la decisión no obedece a un criterio de conciencia o amparado al derecho, sino por una dación previamente pactada, las que en algunas ocasiones eran un monto fijo, y en otros a un porcentaje de la obra; situaciones que deben ser reprochadas por el ordenamiento jurídico.

5. Instituciones arbitrales y civiles; y, Mecanismos de control frente a los actos ilícitos, posibles soluciones.-

Con la finalidad de establecer, los mecanismos de tutela que existen o los que podrían ser implantados, en caso se configuren algunos de los supuestos fácticos antes enunciados, y el Árbitro o Juez (dependiendo del supuesto), advierta que está frente a contratos contaminados con ilicitud y/o con decisiones arbitrales emitidas al margen de la ley; es necesario de forma preliminar, desarrollemos algunos conceptos de instituciones asociadas, que serán en parte, el marco jurídico en el cual se sostendrá este trabajo.

Así pues, con dicha finalidad es necesario recordar *prima facie*, que la renuncia a la jurisdicción ordinaria y el empoderamiento al árbitro o tribunal para resolver una controversia, proviene del pacto o acuerdo arribado por las partes, materializado mediante suscripción del convenio arbitral; en palabras de la Maestra Chocrón Giráldez⁷: son las propias partes las encargadas de dar origen al arbitraje, creando “Un juez privado” –entiéndase “Árbitro”- al cual lo invisten de autoridad suficiente y temporal para dirimir una contienda” que necesariamente deberá versar sobre una materia de libre disponibilidad, bajo causal de nulidad.

Así pues, es de colegir que el arbitraje se produce gracias a la voluntad de las partes, la que debe ser entendida, como lo informa el Maestro Emilio Betti⁸: “(...) en más que un simple querer o desear, sino en una determinación ordenadora de declaración de aceptación y de renuncia, por un lado *aceptar el pacto o clausula arbitral en cualquiera de sus modalidades, y por el otro, renunciar expresamente a la jurisdicción ordinaria o estatal para dirimir las controversias*. La definición del maestro civilista, fácilmente podrá acogerse por la doctrina arbitral, a efectos de informar los efectos positivos y negativos del convenio arbitral, que una aproximación similar, refiere que el efecto... completar

A la luz de la teorías del arbitraje, es indudable subrayar, el privilegiado lugar que ocupa la autonomía privada en la edificación de esta forma de solución de controversias, dado que, es por su voluntad, que se producen los efectos jurídicos. Silvia Barona⁹ al comentar, sobre las características más destacables

7 CHOCRON GIRALDEZ Ana María Op cit. Página 68.

8 BETTI Emilio. En. “Teoría del Negocio Jurídico” Traducido por: Martín Pérez Ed. Comares Granada 2000. Páginas 59, 60 y 61.

9 BARONA VILAR Silvia. En. “Medidas Cautelares en el Arbitraje” Thomson Civitas Ed. Aranzadi, SA. Navarra 2006. Página 33.

que identifican la ley de arbitraje Española 60/2003, nos dice: “Trazadas de forma amplia, destacan algunas características de la nueva norma arbitral: 1) *Supremacía del principio de la autonomía de la voluntad como valor conformador de la institución(...)*”¹⁰

A la luz de lo antes informado, podemos concluir que estamos frente a una institución, que se sostiene y tiene como punto de partida a la autonomía de la voluntad de las partes, definida esta como el instrumento que puede autorregular directamente determinados intereses privados; y como el mecanismo para establecer una relación procesal a futuro, estableciendo las formas, y reglas del procedimiento, que deberán de regir en el hipotético caso se generen disputas por incumplimiento(s) de la (s) obligación (es) contenida (s) en la relación sustantiva que celebraron.

En este último caso, la decisión a emitirse, deberá serlo al interior de un proceso, en el que se tuvieron en cuenta, las nociones básicas del debido proceso, dado que a pesar de la diferencia existentes entre un proceso judicial y arbitral; tanto el uno y el otro deberán de respetar las garantías mínimas, sin las cuales no podríamos hablar de verdadera justicia, como son, la igualdad de armas, el contradictorio, debate previo, motivación (en caso no se haya pactado en contra)

Por otra parte, es de resaltar, que existe una importante figura, pilar del derecho privado, en la que en mérito de la declaración o manifestación de voluntad, se producen los efectos queridos por las partes, creando, modificando, regulando o extinguiendo relaciones jurídicas; obviamente cuando hago alusión a ello, me estoy refiriendo el negocio jurídico, el cual es definido por la doctrina nacional¹¹ como: “(...) aquella declaración o declaraciones de voluntad de Derecho Privado, que por sí, o en unión de otros hechos, estarán encaminadas a la consecución de un fin práctico, lícito y admitido por el ordenamiento jurídico, el cual reconoce a tales declaraciones, como el sustento para producir efectos jurídicos queridos”. Se dice también que es el acto de autonomía privada, reconocido por el derecho, como productor del nacimiento, modificación, extinción, de relaciones jurídicas entre particular y particular¹²,

Tanto en el arbitraje como en el negocio jurídico, la autonomía privada tiene un rol preponderante en la formación del acuerdo que busca producir efectos

10 Jaime Guasp, también entiende que el arbitraje tiene como principal pilar, a la autonomía de voluntad, ello lo hace al abordar la diferencia existente entre un proceso judicial y uno arbitral, informando que: “La sentencia de un juez no vale porque las partes lo consientan a posteriori, pero tampoco porque la hayan aceptado a priori (...) Pero en el arbitraje, por esencia, no ocurre así; si el árbitro puede imponer su parecer a las partes es porque las partes han aceptado primeramente esa decisión, así, el laudo arbitral es el resultado de la autonomía de la voluntad de los contendientes” En. “La Ejecución del Laudo y su Anulación- estudio del artículo 45 la” Ed. Bosch. Barcelona 2013 Página 32.

11 LOHMANN LUCA DE TENA Juan Guillermo. En. “El Negocio Jurídico” Ed. Librería Studium. Lima 1986 Página 36.

12 STOLFIGiuseppe. En. “Teoría del Negocio Jurídico” Ed. Revista de Derecho Privado de Madrid. Página 02.

jurídicos, por un lado procesales y por el otro de índole sustantiva; en atención a la prenotada premisa, podría concluirse, que el arbitraje es un negocio jurídico con implicancias procesales; no solo por el rol que tiene la declaración de voluntad, como instrumento generador de relaciones jurídicas; sino porque, al igual que a la otra figura, el legislador reconoce, protege, y respalda la voluntad de las partes de someterse al arbitraje, al reconocerla en el artículo 139.1° de la Constitución, como una jurisdicción independiente; sin ello, el solo acuerdo de las partes de solucionar sus controversias vía ese medio devendría en estéril; como lo informa la doctrina: “(...) los árbitros son ciertamente designados por las partes, pero es de la ley de donde derivan el poder de juzgar”¹³.

Algunos otros tratadistas, lo conceptualizan más bien como un contrato procesal, es decir que produce de forma indirecta o inmediata efectos procesales, a decir de Fernández- Ballesteros (quien es el principal precursor de esta teoría en España), citado por Marco de Benito Llopis- Llobart: “Los contratos procesales, tiene su base en la autonomía de la voluntad **y sus requisitos de constitución, de nulidad y eficacia se rigen, como regla, por los preceptos del Código Civil**; pero se diferencian de estos, en que su específica finalidad -a veces junto a otras- es producir efectos procesales”¹⁴; como decía Satta: “La decisión sobre la admisión de los contratos procesales trasciende su singular manifestación para llegar a las raíces más íntimas de todo derecho procesal”¹⁵; considero que la convergencia entre el derecho privada, constituye una mixtura que es la esencia propia de la institución arbitral.

En todo caso, la diferencia postulada por la doctrina, al definir al arbitraje como negocio jurídico con implicaciones procesales o como un contrato procesal, no resulta ser tan significativa en la praxis, habida cuenta que cierto sector de la doctrina, afirma que en realidad nos referimos a lo mismo, dado que definen al contrato como un *negocio jurídico bilateral*¹⁶; posición a la cual no me adhiero; más bien entiendo, que en particular, entre negocio jurídico y contrato se establece una relación de genero a especie; respectivamente; pero por encima de discusiones académicas, es de resaltar que en ambos casos, la formación del acuerdo arbitral y contrato, deberá ceñirse a los elementos esenciales¹⁷ del acto jurídico, recogidos por nuestro Legislador, en artículo 140° del Código Civil, como

13 CARNACINI Tito. En. “Arbitraje” Traducción de Santiago Sentís Melendo. Ed. Jurídicas Europa- América. Buenos Aires 1961. Página 17.

14 LLOPIS- LLOMBART Marco de Benito. En. “El Convenio Arbitral-Su Eficacia Obligatoria” Ed. Aranzadi S.A. Navarra 2010 Página 64.

15 SATTÀ S. En. “Contributo alla doctrina dell’arbitrato” Ed. Giuffrè. Milano 1931 Página 64.

16 DE CASTRO Y BRAVO. En. “El Negocio Jurídico” Ed. Civitas. Madrid 1985. Página 34.

17 Como lo informa el profesor Fernando Vidal Ramírez: “Los elementos esenciales, los *essetialanegotti*, son los componentes imprescindibles que le dan carácter definitorio al acto jurídico, osea que han de estar presentes para que el acto jurídico alcance existencia (...) todo acto jurídico los necesita como requisitos para su validez y eficacia” En. “El Acto Jurídico” Ed. Gaceta Jurídica. Lima 2011. Página 83.

elementos de validez; a saber: 1.- Agente capaz; 2.- Objeto física y jurídicamente posible; **3.- Fin lícito**; y, 4.- Observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad. (Énfasis nuestro)

Dicho esto, implícitamente también podríamos concluir, que el contrato y convenio arbitral, podrán ser invalidados, en caso se demuestre, que carezcan de alguno de los requisitos antes señalados; es decir, se castigará con la nulidad, el negocio jurídico, contrato o cláusula arbitral, cuando en su constitución se haya incurrido en alguno de los supuestos normados en el artículo 219° del acotado cuerpo legal; que entre los que se recogen, la falta de manifestación de voluntad del agente; y, la ilicitud de su fin; respecto de esto último, el Maestro José León Brandarían señala que:

En este extremo, es importante también subrayar, que si bien en la mayor parte de casos, los convenios arbitrales se encuentran insertos dentro de un contrato, en el ítem: “solución de controversias” -como si una cláusula más se tratase-también lo es que, dada la teoría del arbitraje de la separabilidad u autonomía, recogida por el derecho internacional desde la Ley Modelo Uncitral¹⁸, y acogida también por el legislador nacional en el actual Decreto Legislativo N° 1071¹⁹, debemos de entender que la cláusula arbitral contenida en un contrato, se considera un pacto independiente de este; justamente se indica con mucho ahínco, que el convenio arbitral y el contrato donde se encuentra la relación sustantiva subyacente constituyen dos acuerdos distintos²⁰; dado que el contrato principal regula una determinada relación jurídica material entre las partes; mientras que el convenio arbitral, establece el método de solución de disputas que puedan plantearse como consecuencia de dicho acuerdo; sin embargo a mi juicio, dicha posición autosuficiente resulta por demás extrema; no es del todo cierto que se traten de dos cosas distintas, y lo que le suceda a uno no la afecta

18 “Artículo 16.1 Ley Modelo Uncitral: Facultad del tribunal arbitral para decidir acerca de su competencia.- 1) El tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje. **A ese efecto, una cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato.** La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no entrañará ipso jure la nulidad de la cláusula compromisoria”. (Énfasis nuestro)

19 Artículo 41.2 Decreto Legislativo N° 1071: Competencia para decidir la competencia del tribunal arbitral.- **El convenio arbitral que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo.** La inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia de un contrato que contenga un convenio arbitral, no implica necesariamente la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia de éste. En consecuencia, el tribunal arbitral podrá decidir sobre la controversia sometida a su conocimiento, la que podrá versar, incluso, sobre la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del contrato que contiene un convenio arbitral

20 “No debería de sorprender que, a la luz de estas distintas vertientes de la autonomía, los autores satisfagan con ansias de congruencia lógica (y hasta estética jurídica) postulando que el verdadero fundamento de tanta independencia radica en que la cláusula arbitral es un contrato distinto al contrato en que se encuentra inserto” REDFERN Alan y HUNTER Martin. En. “Teoría y Práctica del Arbitraje Comercial e Internacional” Ed. La Ley. Buenos Aires 2007. Página 258

a la otra, sino que debemos de hablar de una unidad jurídica, donde el contrato principal y el convenio, forman parte de un mismo acuerdo; el convenio arbitral de forma aislada no tendría una independencia en el vacío, sino que necesita la existencia precisamente del contrato; es impensable la trasmisión únicamente de un convenio arbitral al margen de la relación sustantiva que cobertura.

A mi juicio, la finalidad real de esta figura, es procurar mantener la eficacia del arbitraje, cuando se denuncie que el contrato se encuentra afectado con causal de nulidad, permitiendo a los árbitros que además de pronunciarse sobre propia competencia, lo hagan respecto la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del contrato principal; ello es así en la medida de que proceder contrario sensu y permitir que sean los tribunales de justicia ordinarios los encargados de analizar esa Litis, motivaría que las partes que desean desvincularse del arbitraje recurran allí invocando una nulidad para despojar la jurisdicción del árbitro.

6. Remedios actuales, mecanismos de control en sede arbitral y sede judicial.-

Según lo dispuesto en la Ley de Arbitraje, la parte que se considere afectada, puede cuestionar la idoneidad del árbitro o tribunal; en efecto, el artículo 28° de la citada norma, informa que podrán ser recusados cuando concurren en ellos circunstancias que den lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia; escenario que según lo antes descrito puede presentarse. La primera de estas garantías está referida a que el árbitro no puede sujetarse a ningún interés de origen externo; vale decir que no debe aceptar presiones de ninguna índole para resolver el caso; por su parte la imparcialidad en términos generales, deber ser conceptualizada como la ausencia de cualquier compromiso con alguna de las partes o en el resultado del proceso; esta articulación en caso no prospere en sede arbitral, podrá ser cuestionada vía judicial con la interposición del recurso de anulación de laudo arbitral.

De similar forma, el recogido cuerpo legal en los artículos 41° y siguientes, faculta a la parte a cuestionar la competencia del árbitro o tribunal; esta denuncia se configuraría cuando una de las partes involucrada en el proceso arbitral niega haber renunciado al fuero ordinario, o lo que es lo mismo, acusa no haber consentido ni de forma expresa o tácita la sujeción a la justicia privada. En sede arbitral, también se podrá cuestionar la validez de la relación sustantiva; es decir del contrato en donde se encuentra contenido el convenio arbitral; en apretadas síntesis, los árbitros son los encargados de determinar la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia, tanto del convenio arbitral como del contrato que cobertura; en estos casos, cuando las citadas articulaciones no sean amparadas, se podrá cuestionar la decisión vía el recurso de anulación de laudo arbitral; siendo importante subrayar, que para todos los casos descritos, las excepciones u objeciones deberán ser denunciadas en la primera oportunidad que el interesado tenga para hacerlo, proceder contrario sensu implicaría

convalidar estos hechos y ver irremediamente perjudicada su posibilidad de alegar estas situaciones en el fuero judicial, en virtud de la figura de por la renuncia al derecho de objetar y al reclamo previo en las anulaciones de laudo, requisito de procedibilidad de los mismos.

Justamente, hace un momento señalábamos que el recurso de anulación, constituía el último remedio para cuestionar por un lado, la imparcialidad, independencia y competencia del árbitro; y por el otro, la validez de la relación contractual que pretende respaldar el arbitraje; ello en la medida que los cuestionamientos planteados en sede arbitral no hayan sido amparados en dicha sede, y estimo que en el escenario que motiva esta investigación, donde el fraude y la colusión son las características a resaltar, es por demás evidente que el árbitro, ni va declarar su incompetencia, ni muchos menos la invalidez de la relación contractual, dado que estos son los componentes importantes para poder lograr el fin cometido.

Pues bien, en cuanto al recurso de anulación, es importante precisar que esta es la única vía de impugnación del laudo y tiene por objeto la revisión de su validez por las causales taxativamente establecidas en el artículo 63²¹ vale decir, estamos frente a un recurso extraordinario que se interpone ante el Poder Judicial, cuyo objeto no es el de revisar el contenido del laudo, en cuanto al fondo del asunto materia de controversia, expedido por los árbitros, sino controlar que éstos hayan dado cumplimiento a determinadas exigencias que la ley ha considerado indispensables para el buen funcionamiento del arbitraje. De este modo, el recurso de anulación “no es una instancia más en la que se haya de examinar el fondo del asunto, sino una vía para comprobar que el laudo no va contra el orden público y se ajusta a los puntos sometidos a decisión arbitral y a las normas básicas por las que se rige la institución.”²² Ello debido a que, el arbitraje -incluyendo a la anulación del laudo arbitral- se sustenta en el **principio de mínima**

21 Artículo 63°.- Causales de anulación

1.- El laudo solo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe:

- a) Que el convenio arbitral es inexistente, nulo, anulable, inválido o ineficaz.
- b) Que una de las partes no ha sido debidamente notificada del nombramiento de un árbitro o de las actuaciones arbitrales, o no ha podido por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos.
- c) Que la composición del Tribunal Arbitral o las actuaciones arbitrales no se han ajustado al acuerdo entre las partes o al reglamento arbitral aplicable, salvo que dicho acuerdo o disposición estuvieran en conflicto con una disposición de éste Decreto Legislativo de la que las partes no pudieran apartarse, o en defecto de dicho acuerdo o reglamento, que no se han ajustado a lo establecido en éste Decreto Legislativo.
- d) Que el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias no sometidas a su decisión.
- e) Que el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias que, de acuerdo a ley, son manifiestamente no susceptibles de arbitraje, tratándose de un arbitraje nacional.
- f) Que, según las leyes de la República, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje o el laudo es contrario al orden público internacional, tratándose de un arbitraje internacional.
- g) Que la controversia ha sido decidida fuera del plazo pactado por las partes, previsto en el reglamento arbitral aplicable o establecido por el tribunal arbitral”.

22 **CHOCRÓN GIRÁLDEZ**, op cit. página. 211.

intervención judicial recogido en el artículo 3° del prenotado Decreto Legislativo en el sentido que: “En los asuntos que se rijan por este Decreto Legislativo no intervendrá la autoridad judicial, salvo en los casos en que esta norma así lo disponga”²³, razón por la cual la labor contralora de la judicatura se circunscribe a emitir pronunciamiento sobre la validez formal de laudo.

En esta instancia la parte perjudicada buscará que el Poder Judicial se deje sin efecto decisiones arbitrales emitidas al interior de procesos contaminados con corrupción, denunciando generalmente las siguientes afectaciones: a) Falta de idoneidad de los árbitros; b) Violación al derecho de defensa; y, c) Inexistencia o nulidad del convenio arbitral.

En los dos primeros casos, el recurso de anulación se sustentará en la causal b) del artículo 63.1° del Decreto Legislativo N° 1071, apartado que si bien no reconoce expresamente estas situaciones; también lo es que será de aplicación en virtud de una interpretación extensiva de la norma al denunciarse en puridad: vulneración al debido proceso, derecho que comprende -entre otros- el de imparcialidad, independencia y contradictorio. Empero en estos supuestos, por un lado, será difícil acreditar el vínculo extraprocesal que tienen los árbitros con una de las partes; y por el otro, acreditar la vulneración del derecho de defensa.

En efecto, en el escenario de los arbitrajes de Orellana, la parte perjudicada con el arbitraje, tendrá pocas oportunidades para demostrar la colusión entre el demandante y el árbitro, careciendo el Poder Judicial de herramientas efectivas para escudriñar y averiguar esta situación, recordemos que el recurso de anulación tiene una limitación de actuación; de similar forma ocurre lo referente a la afectación del derecho de defensa, toda vez que en esos arbitrajes, se da visos de legalidad, al supuestamente emplazar al afectado (situación que en la praxis nunca se produjo), no pudiéndose analizar más de lo estrictamente formal, como lo es la existencia de un cargo de notificación correctamente diligenciado.

Similar suerte ocurre en lo concerniente a la denuncia de falta de suscripción del convenio arbitral o nulidad por falsedad de firma, que será subsumida bajo la causal a) del citado artículo 63.1° de la Ley de Arbitraje, dado que es criterio jurisdiccional que estas alegaciones, en atención a la especial naturaleza de estos procesos, no podrán ser discutidas vía el recurso de anulación; en efecto la judicatura ha señalado que: “Sin embargo, es oportuno precisar que en mérito de la naturaleza especial de este tipo de procesos, en los que únicamente la Corte

23 En esa línea el profesor Fernando Cantuarias Salaverry citado por Juan Eduardo Figueroa Valdés en: “La Autonomía de los Árbitros y la Intervención Judicial”. (Revista de Arbitraje PUCP. Número 04 (2014). Pág. 71-81) refiere que: “Con todo, resulta desde ya conveniente subrayar que la Ley Peruana de Arbitraje, de 2008, se ubica en la más moderna tendencia a reducir aún más, la injerencia judicial en casos sometidos a arbitraje, restringiendo severamente los supuestos que autorizan la intervención del Poder Judicial (...)”

Superior realiza un examen formal de las actuaciones arbitrales y/o laudo arbitral, esta Judicatura se encuentra impedida de poder ingresar a analizar la validez de un determinado negocio jurídico como bien lo podría ser el aludido convenio arbitral, lo cual debe sustanciarse en vía de acción en el modo y forma establecido por la ley; razones por las cuales la pretensión impugnatoria que nos ocupa deviene en improcedente”²⁴. Posición bastante coherente, si uno tiene en cuenta que, según la Ley de Arbitraje, en la tramitación de los recursos de anulación únicamente se actuaran pruebas documentales, descartándose de esta manera la realización de pericias, medio probatorio por excelencia que serviría para acreditar la falsedad de la firma contenida en el convenio.

En el caso de los arbitrajes del Estado con Odebretech, entendemos que el supuesto es distinto, toda vez que ambas partes se adhieren a la jurisdicción arbitral, con lo cual se llega a colegir que no reclamaron en sede arbitral ni judicial, ninguno de los supuestos antes enunciados. Así pues, a la luz del razonamiento a que se contrae los acápites precedentes, se puede llegar a concluir que en la actualidad contamos con herramientas insuficientes a fin de hacer frente a los hechos ilícitos vinculados al arbitraje.

7. Posibles soluciones, Posibilidad del Tribunal de pronunciarse sobre temas vinculados a ilícitos; Propuesta para que en el Poder Judicial declare la invalidez del arbitraje a partir de hechos ilícitos.-

Se señala que el árbitro, dentro de las limitaciones propias de la institución, constituye en estricto un juez privado, y como tal debe resolver las alegaciones que le son puestas en consideración; de manera tal que no debe quedar impávido ante una denuncia relacionada a fraude o colusión, e inclusive cuanto esta no haya sido alegada, pero se sospeche la existencia de un delito deberá tener un rol proactivo; que si bien es cierto, no podrá emitir juicio de valor o decidir acerca de las sanciones penales de dichos actos; si podrá hacerlo respecto de las consecuencias que ello genera, por ejemplo las indemnizaciones generadas, o la nulidad de los contratos, lo que plenamente es arbitrable, conforme lo señalado en el acápite precedente; es decir los árbitros se encuentran habilitados a resolver la nulidad y demás consecuencias generadas por los actos de corrupción.

El problema surge cuando ninguna de las partes lo invocó, supuesto que claramente podría presentarse, un árbitro o tribunal ajeno a los actos de corrupción, tienes sospechas o indicios que el contrato principal e inclusive el convenio arbitral adolece de una causal de nulidad, muchos plantean que no estaría facultado a analizar o resolver esta situación; dado que contravendría el

²⁴ Fundamento 3.18 de la sentencia emitida por la Primera Sala Civil Comercial en la causa signada con el número 00233-2016-0-1817-SP-CO-01

principio de congruencia procesal, dado que el árbitro únicamente se encuentra empoderado a resolver solo las pretensiones postuladas; al respecto es importante precisar que dicha situación no la considero tan cierta, dado que el empoderamiento de los árbitros no se encuentra materializado en la solicitud o demanda arbitral, sino en el convenio, y muchos de estos convenios, señalan de forma genérica, que el tribunal se encuentra facultado para resolver cualquier relación vinculada con el arbitraje, entre las que se incluye, la nulidad, validez y resolución, del contrato; por ello cuando el árbitro decida analizar estas circunstancias, lo habrá hecho con la anuencia de las propias partes; empero en el hipotético caso que ello no sea así, podría declararlo de oficio, cuando este frente a una nulidad manifiesta; no siendo objeto de este trabajo definir cuándo se está frente a este tipo de nulidades; pero en uno y otro caso, el tribunal a efectos de resolver la causa, deberá conceder a la otra parte la posibilidad real de defenderse, de generar prueba, debiendo incluirlo como punto controvertido y motivar escrupulosamente su decisión.

Otro supuesto que podría presentarse, es que el árbitro al sospechar que el contrato se encuentre vinculado a actos de corrupción, decida no brindar tutela jurisdiccional, es decir si niegue a conocer el arbitraje y por ende a pronunciarse; en efecto, en aplicación de la teoría de la manos limpias muy utilizada en el derecho internacional, se niega acceso a la jurisdicción al demandante que pretenda el reconocimiento de un derecho, obtenido de forma ilícita o arbitraria, el espíritu de esta norma es que el tribunal arbitral evite ser cómplice de eventuales reconocimiento de derechos basadas en corruptelas o ilicitudes; pero creo ello, importa un papel pasivo del árbitro; por el contrario considero que la labor del árbitro debe ser totalmente distinta, por ello concuerdo con distintos ordenamientos y acuerdos internacionales, como el adoptado por la Cámara de Comercio de la CCI, que expidió una cláusula modelo llamada anticorrupción (The ICC Anti-corruption-clause) mediante las cuales las partes facultaban expresamente a los árbitros a conocer temas referentes a la corrupción.

Pero en todos estos casos, los árbitros únicamente podrían pronunciarse sobre la validez del contrato y no así sobre la validez del convenio arbitral, habida cuenta que su empoderamiento se concibe recién ante la existencia de un convenio arbitral válido; razón por la cual se llega a colegir que debe existir un órgano encargado de examinar la validez de la competencia de los árbitros.

Estimo pertinente, que luego de que el perjudicado con la ilicitud del contrato haya reclamado su nulidad en sede arbitral y no lo haya conseguido; o ante la imposibilidad de hacerlo dado que tomo conocimiento del arbitraje luego de desintegrado el tribunal arbitral, este por motivos de evidente fraude o colusión, podrá accionar en sede judicial y pedir en última ratio su nulidad vía el recurso de anulación de laudo arbitral, procedimiento que debería ser modificado en parte, con la finalidad de dar salidas prácticas que al momento de

promulgación de la norma arbitral no se tuvo en cuenta; es de resaltar que con lo antes dicho debe ser manejado con extrema cautela por el operador judicial, porque no deberá sorprender que las partes vencidas en una decisión arbitral, pretenderán desconocer lo decidido en un arbitraje, muchos de los cuales, por no decir casi todos, fueron obtenidos de manera lícita; en atención a ello, se deberá establecer un estándar mínimo para concluir, cuando se está frente a la existencia de un delito, fraude, colusión, ilicitud, y cuando no; y, ello como bien se anotó en la parte inicial de este trabajo, no quedara corroborado, por la mera investigación fiscal, o las prisiones preventivas, tan famosas en los últimos tiempos; o un dictamen fiscal o sentencia condenatoria de primera instancia inclusive; sino que ello se producirá, en tanto y en cuanto medie un pronunciamiento judicial firme que así lo establezca; o ante una pericia practicada dentro de los cánones del debido proceso, que dictamine la falsificación de una firma en el contrato y/o convenio; el supuesto en mención es plenamente aplicable a los casos de nulidad de convenio arbitral, razón por la cual deberá abrirse una etapa probatoria especial, solo cuando existan indicios suficientes de la existencia de un delito o cuando se esté frente a una nulidad manifiesta; en efecto, el artículo 220° del Código Civil, faculta al juzgador para declararla de oficio; es decir: *“(...) cuando no es materia de pretensiones formuladas por ninguna de las partes, pero es necesario que la nulidad del negocio sea manifiesta. Se entiende que dicha nulidad es manifiesta, cuando la causal que la produce se encuentre al descubierto de manera clara y patente (...) Por tanto, cuando el Juez se percate de la existencia de dicha nulidad, necesariamente tendrá que declararla”*²⁵. “El Juez debe tener en cuenta la nulidad que le sea conocida, aunque no la invoque aquel a quien le favorece, ya que no es menester una acción especial encaminada a ello (...) puesto que se produce, sin más en virtud de la ley”²⁶.

Por otro lado, en el Perú, se ha incorporado mediante el Decreto Legislativo N° 1341 la “Cláusula Anticorrupción” que rige para los grandes contratos del Estado, referidos a concesiones, infraestructura, y exige que: “32.3 Los contratos regulados por la presente norma incluyen necesariamente y bajo responsabilidad las cláusulas referidas a: (...)b) Anticorrupción (...)” conforme a lo previsto en el reglamento”²⁷. Mediante la prenotada institución, se busca que el contrato quede resuelto de pleno derecho, como resultado de actos de corrupción que involucren al concesionario en perjuicio del estado.

25 ESCOBAR ROZAS Freddy. Comentando el artículo 220° del Código Civil. En. “Código Civil Comentado” Ed. Gaceta Jurídica. Lima 2007. Tomo I. Página 689

26 VIDAL RAMIREZ Fernando op cit. Página 500

27 Información recogida a través del portal web: <https://busquedas.elperuano.pe/normaslegales/decreto-legislativo-que-modifica-la-ley-n-30225-ley-de-con-decreto-legislativo-n-1341-1471548-1/>

Estimo, que la esencia de las nulidades a que se contraen los acápites precedentes es: “(...) que el derecho no puede reconocer valor a actos que son contrarios a sus mandatos o los de la moral; la ilicitud comprende tanto la legal como la moral. Queda a criterio del Juez (arbitro) apreciar esta última dentro de las buenas costumbres”

Por otro lado, debe informarse que en ordenamientos extranjeros, la corrupción o ilicitud constituye una causal expresa de anulación de laudo; el artículo 52.1-C de las reglas CIADI informa que: “52.1: Cualquiera de las partes podrá solicitar la anulación del laudo, mediante escrito dirigido al Secretario General, fundado en una o más de las siguientes causales: (...) c.- que hubiera habida corrupción de algún miembro del tribunal (...)”²⁸. En la legislación española, también se busca invalidar un laudo arbitral por temas similares, allí, además de la acción de anulación recogida en el artículo 40 de la Ley 60/2003, encontramos la figura de la revisión de laudos arbitrales firmes, mediante el citado mecanismo se encuentra recogido en la Ley de Enjuiciamiento Civil de España, y: “ (...) constituye una acción autónoma de impugnación de la que conocen la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo o las Salas de lo Civil de los Tribunales Superiores de Justicia, que se dirige frente a las sentencias y laudos arbitrales firmes respecto de las que, a la luz de acontecimientos posteriores a su emisión y tasados en la Ley, se evidencia que tomaron como base algún elemento determinante de la injusticia de la decisión adoptada, y cuya finalidad radica en que se rescindan aquellas, y seguidamente, se desarrolle de nuevo el proceso jurisdiccional o el procedimiento arbitral (...)” es pues la injusticia de la resolución que ha alcanzado firmeza y que como tal, produce todos los efectos de la cosa juzgada material (...) injusticia que obviamente se revela con posterioridad a la adquisición de la firmeza a la luz de determinados acontecimientos, tanto activos o positivos (condena penal por falsedad documental, recuperación de documentos decisivos), como pasivos o negativos (desaparición de la violencia infligida a una parte procesal ...) o cuando el laudo es producto de cohecho (...). Ante esos escenarios es indudable el importante papel que debe cumplir el ordenamiento jurídico, el cual debe reaccionar, implementando mecanismos excepcionales, bajo la premisa que el hecho ilícito jamás debería de producir efectos jurídicos, como la cosa juzgada.

Así, de los hechos narrados en varios pasajes de este artículo, es forzoso colegir que a nivel mundial, la ilicitud, corrupción, fraude o colusión, constituye un fenómeno por demás recurrente en el mundo arbitral, y busca ser sancionado por distintos instrumentos; situación que parece pretende ser abordada por

28 Información recogida a través del portal web: https://icsid.worldbank.org/en/Documents/resources/2006%20CRR_Spanish-final.pdf

el legislador nacional, no solo por la entrada en funcionamiento de la aludida “clausula anticorrupción”; sino también por propuestas legislativas como la presentada en el Proyecto de Ley N° 4437-2018-CR de fecha 07 de Junio de 2019²⁹, que busca modificar el artículo 63.1° del Decreto Legislativo N° 1071, incorporando una nueva causal de anulación de laudo, en el siguiente sentido: “*h. Que el proceso arbitral se haya seguido con fraude, o colusión, afectando el derecho a un debido proceso, cometido por una, o por ambas partes, o por el o los árbitros o por éste y aquellas; asimismo el cometido por peritos y terceros*”³⁰, reconociéndose en la exposición de motivos que ninguna de las causales de anulación señaladas de forma taxativa en la Ley, ha reconocido la posibilidad de invalidar un laudo al comprobarse colusión de los árbitros, de las partes, o de los peritos.

A pesar de esta corriente, en este extremo es de vital importancia recordar, tanto la especial naturaleza del recurso de anulación de laudo arbitral, así como los supuestos facticos que deben mediar para poder atrevernos a concluir que estamos frente a una ilicitud; toda vez que proceder contrario sensu y buscar un rol más agudo del órgano jurisdiccional, no solo, sería desdibujar la figura de la anulación de laudo, dejando de ser ese recurso extraordinario, sino que también convertiría a la Salas Superiores, como una instancia más, lo que a todas luces se opone a la esencia misma del arbitraje, y a los principios que lo sustentan, dado que es indudable colegir que la parte al suscribir el convenio arbitral, lo hizo principalmente, con la finalidad de evitar que el Poder Judicial -entre otras cosas- examine la validez del laudo, por un sinnúmero de motivos.

8. Conclusiones.-

1. Precisamente las fortalezas que proclama el Arbitraje en contraposición a las que ofrecía el sistema ordinario de justicia, era que esta forma de administración de justicia se encontraba ajena a los actos de corrupción.
2. Tanto en los supuestos de corrupción o ilicitud de los casos “Orellana” u “Odebrecht” se utilizaba el Arbitraje como mecanismo para ejecutar y darle validez a los actos ilícitos (ilicitud que se iniciaba desde el momento precontractual, hasta la propia sustanciación del Proceso Arbitral, materializándose vía ejecución judicial del laudo)
3. El Arbitraje es una institución, que nace del Derecho Privado; y, por tal razón un estudio y posibles soluciones a dictar al respecto, debe ser realizado teniendo en cuenta los principios básicos del Derecho Civil, que sanciona con nulidad los actos jurídicos contrarios a la ley.

29 Información recogida a través del portal web: http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Proyectos_de_Ley_y_de_Resoluciones_Legislativas/PL0443720190607.pdf

30 E GARBIERI LLOBREGAT J. “Comentarios a la Ley 60/2003 de 23 de Diciembre, de Arbitraje” Ed. Ed. BOSH. Barcelona – España 2004. Tomo II Página 1230 y 1231.

4. A la luz de la normatividad vigente (Ley de Arbitraje) podemos advertir la existencia de remedios que podrían hacer frente a los actos de fraude relacionados al Arbitraje; empero a quedado corroborado que los mismos resultaban insuficientes; ante tal escenario se deben considerar nuevas salidas, en un proyecto de reforma del Decreto Legislativo 1071°.
5. Cuando el Árbitro advierta ilicitud o fraude en el contrato coberturado con el contrato, deberá ocuparse de analizar tal situación; siempre y cuando, ello conste en forma manifiesta; y, en caso esto no pueda ser declarado en dicha instancia; es el Poder Judicial, vía el Recurso de anulación, el encargado de conocer la supuesta invalidez del contrato como la del convenio arbitral.

9. Referencias bibliográficas.-

- COLINA GAREA, Rafael, *El Arbitraje en España: Ventajas y desventajas*, Madrid: Difusión Jurídica y Temas de Actualidad.
- CHOCRÓN GIRALDEZ, Ana, *Los Principios Procesales en el Arbitraje*, Barcelona: JM Bosch Editor.
- BETTI Emilio. En. “*Teoría del Negocio Jurídico*” Traducido por: Martín Pérez Ed. Comares Granada 2000.
- BARONA VILAR Silvia. En. “*Medidas Cautelares en el Arbitraje*” Thomson Civitas Ed. Aranzadi, SA. Navarra 2006.
- GUASP Jaime En. “La Ejecución del Laudo y su Anulación- estudio del artículo 45 la” Ed. Bosch. Barcelona 2013.
- LOHMANN LUCA DE TENA Juan Guillermo. En. “El Negocio Jurídico” Ed. Librería Studium. Lima 1986.
- STOLFI Giuseppe. En. “Teoría del Negocio Jurídico” Ed. Revista de Derecho Privado de Madrid.
- CARNACINI Tito. En. “Arbitraje” Traducción de Santiago Sentís Melendo. Ed. Jurídicas Europa- América. Buenos Aires 1961.
- LLOPIS- LLOMBART Marco de Benito. En. “El Convenio Arbitral-Su Eficacia Obligatoria” Ed. Aranzadi S.A. Navarra 2010.
- SATTA S. En. “Contributo alla doctrina dell’arbitrato” Ed. Giuffrè. Milano 1931.
- DE CASTRO Y BRAVO. En. “El Negocio Jurídico” Ed. Civitas. Madrid 1985.
- VIDAL RAMÍREZ Fernando En. “El Acto Jurídico” Ed. Gaceta Jurídica. Lima 2011.
- REDFERN Alan y HUNTER Martín. En. “Teoría y Práctica del Arbitraje Comercial e Internacional” Ed. La Ley. Buenos Aires 12007.

- ESCOBAR ROZAS Freddy. Comentando el artículo 220° del Código Civil. En. “Código Civil Comentado” Ed. Gaceta Jurídica. Lima 2007.
- E. GARBIERI LLOBREGAT J. “Comentarios a la Ley 60/2003 de 23 de Diciembre, de Arbitraje” Ed. Ed. BOSH. Barcelona – España 2004.

PLAN OPERATIVO INSTITUCIONAL

CALSUR 2020

I. ACCIONES ESTRATEGICAS PRIORIZADAS POR OBJETIVOS INSTITUCIONALES 2020

OI.1. Consolidar y fortalecer la presencia del Colegio de Abogados de Lima Sur.

INDICADORES: (i) Participación en actividades interinstitucionales (ii) Gestión de convenios. (iii) Articulación institucional y social.
RESPONSABLE: Decano y Vicedecana.

OI.2. Efectuar campañas de lucha contra el ejercicio ilegal de la profesión.

INDICADORES: (i) Numero de campañas efectuadas (ii) Informe de resultados. **RESPONSABLE:** Director de Defensa Gremial.

OI.3. Efectuar campañas jurídicas gratuitas de proyección a la comunidad.

INDICADORES: (i) Numero de campañas efectuadas (ii) Informe de atenciones en consultorio jurídico gratuito. (iii) Implementación de centro de conciliación extrajudicial en VES. **RESPONSABLE:** Directora de Extensión Social y Participación.

OI.4. Fortalecer la labor del Consejo de ética profesional.

INDICADORES: (i) Número de casos en trámite (ii) Número de casos resueltos (iii) Jornadas de capacitación y sensibilización sobre la ética profesional. **RESPONSABLE:** Director de ética Profesional.

OI.5. Realizar capacitaciones jurídicas de forma permanente, e incentivar la emisión de informes técnicos y opiniones, así como debates y conferencias especializadas de las comisiones de estudio.

INDICADORES: (i) Número de diplomados, seminarios, conferencias en Lima Sur (ii) Número de abogados beneficiarios de becas, semibecas. (iii) Numero de comisiones conformadas y con actividades debidamente acreditadas –consultas, capacitaciones, opiniones,

proyectos de ley e informes jurídicos. **RESPONSABLE:** Directora Académica y Promoción Cultural y Director de Comisiones y Consultas.

- OI.6.** Realizar la publicación de la Revista del Foro 8 y 9 ediciones y mantener actualizada la página web: calsur.org.pe, así como la implementación de la biblioteca en VES.

INDICADORES: (i) efectuar la compilación de artículos y/o ensayos jurídicos de calidad (ii) Elaborar el machote para la revisión e impresión. **RESPONSABLE:** Decano, Vicedecano y Director de Biblioteca y Centro de Comunicación, Director de Comunicaciones e Informática.

- OI.7.** Difundir el respeto a los Derechos Humanos, lucha contra la violencia, equidad de género y defensa de poblaciones vulnerables.

INDICADORES: (i) Efectuar jornadas de capacitación y sensibilización. (ii) Elaborar informes y propuesta de pronunciamientos institucionales. (iii) Articular con los entes rectores. **RESPONSABLE:** Director de Derechos Humanos, Directora Académica y Promoción Cultural, Comisión de Estudio.

- OI.8.** Establece políticas de incentivo de incorporaciones, e incentivo de pago de cuotas ordinarias, y reducción de la morosidad.

INDICADORES: (i) Gestionar la incorporación de nuevos agremiados con publicidad en universidades (ii) Reducir la morosidad con estrategia de incentivos para los abogados activos. **RESPONSABLE:** Directora de Economía.

- OI.9.** Mantener al día los libros de actas, junta directiva y asambleas y padrón de agremiados y llevar el acervo documentario con responsabilidad.

INDICADOR: (i) Contar con los libros de actas y padrón de afiliados al día. (ii) Archivo documentario adecuadamente ordenado. **RESPONSABLE:** Secretaría General.

- OI.10.** Efectuar jornadas de confraternidad y recreación para los agremiados.

INDICADOR: (i) Realizar jornadas de confraternidad y recreación. (ii) Realizar campañas y convenios de servicios múltiples en favor de los agremiados. **RESPONSABLE:** Directora de Bienestar Social.

II. PLAN DE ACTIVIDADES 2020

• PRIMER SEMESTRE (ENERO A JUNIO)

- Ol.1. Suscribir 3 convenios de cooperación institucional
- Ol.2. Realizar 3 campañas contra el ejercicio ilegal de la profesión.
- Ol.3. Realizar 2 campañas de proyección a la sociedad e implementación de CC en VES.
- Ol.4. Presentar informe de casos concluidos y resueltos a junio 2020.
- Ol.5. Realizar 6 diplomados especializados y beneficiar con 30 becas integrales a los abogados agremiados activos.
- Ol.6. Publicación de la Revista del Foro.
- Ol.7. Realizar 2 capacitaciones y/o sensibilizaciones sobre Derechos Humanos y/o equidad de género.
- Ol.8. Reducir al 10% la tasa de morosidad e incentivar la incorporación bimestral de no menos 20 abogados.
- Ol.9. Mantener los libros y acervo documentario al día.
- Ol.10. Realizar una jornada de confraternidad y un campeonato deportivo.

• SEGUNDO SEMESTRE (JUNIO A DICIEMBRE)

- Ol.1. Suscribir 3 convenios de cooperación institucional
- Ol.2. Realizar 3 campañas contra el ejercicio ilegal de la profesión.
- Ol.3. Realizar 2 campañas de proyección a la sociedad.
- Ol.4. Presentar informe de capacitaciones realizadas y casos concluidos.
- Ol.5. Realizar 6 diplomados especializados y beneficiar con 30 becas integrales a los abogados agremiados activos.
- Ol.6. Implementación de la biblioteca en VES.
- Ol.7. Realizar 2 capacitaciones y/o sensibilizaciones sobre Derechos Humanos y/o equidad de género.
- Ol.8. Reducir al 10% la tasa de morosidad e incentivar la incorporación bimestral de no menos 20 abogados.
- Ol.9. Acreditar que los libros y actas se encuentren al día.
- Ol.10. Realizar una jornada de confraternidad y un campeonato deportivo.

III. PROGRAMACIÓN DE ACTIVIDADES 2020

	Ol.1	Ol.2	Ol.3	Ol.4	Ol.5	Ol.6	Ol.7	Ol.8	Ol.9	Ol.10
E		x			x			x	x	
F	x				x				x	
M		x	xx		x		x	x	x	
A	x				x	x	x		x	x
M		x	x		x			x	x	
J	x			x	x				x	
J		x			x			x	x	
A	x				x	x			x	
S		x	x		x			x	x	
O	x				x				x	
N		x	x	x	x		x	x	x	
D	x				x		x		x	x

INFORME DE GESTIÓN INSTITUCIONAL

CALSUR 2018-2019

Durante el bienio 2018 -2019, la Junta Directiva del Ilustre Colegio de Abogados de Lima Sur trabajo los siguientes objetivos institucionales:

I. FORTALECER LA INSTITUCIONALIDAD DEL CALSUR Y DOTARLO DE INFRAESTRUCTURA ADECUADA PARA EL SERVICIO AL AGREMIADO.

1.1. Oficinas del CALSUR

- Oficina en Villa Marina Chorrillos (Junio 2018) Consultorio Jurídico Gratuito y Oficina de Enlace.
- Local Institucional Propio en Villa El Salvador (Setiembre 2019) Consultorio Jurídico Gratuito, diferentes ambientes y Área Administrativa.

1.2. Mobiliario

- Adquisición de equipos de cómputo e impresoras.
 - Sede VMT con dos equipos de cómputo e impresora.
 - Sede Chorrillos con dos equipos de cómputo e impresora.
 - Sede central con dos equipos de cómputo e impresora.
- Se adquirió mobiliarios escritorios, gaveteros y sillas para la sede Chorrillos.
- Sede central VES se adquirió mobiliario para la implementación de la secretaría, consultorio jurídico, centro de conciliación, sala de reuniones multiusos, sala de estar, despacho decanal y auditorio multiusos
 - OBJETIVO CUMPLIDO: LOGRAMOS MATERIALIZAR EL ANHELO DEL LOCAL INSTITUCIONAL PROPIO Y DOTAR CON INFRAESTRUCTURA ADECUADA LAS SEDES DE VES, VMT Y CHORRILLOS.

II. POSICIONAR AL CALSUR EN EL AMBITO NACIONAL E INTERNACIONAL COMO UN REFERENTE DE LA DEFENSA DEL ESTADO DE DERECHO Y LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

2.1. ÁMBITO INTERNACIONAL

- CALSUR miembro colectivo de la Federación Interamericana de Abogados –FIA (1940) con sede en Washington DC

- CALSUR además de ser miembro de la FIA, actualmente es miembro colectivo de la Unión Internacional de Abogados UIA (1925) con sede en París, siendo el foro mundial de la abogacía.
- Suscribimos la declaración de París sobre abolición de la Pena de Muerte en el Mundo (Febrero 2018).
- Suscribimos la declaración de Filipinas sobre la ilegal persecución a los abogados y la criminalización del ejercicio de la defensa técnica (junio 2019).
- Nos adherimos al rechazo de la reelección del presidente Morales en Bolivia – Moción FIA.
- Nos adherimos al rechazo a la pornografía infantil y explotación sexual y turismo sexual presentada por la delegación de Paraguay –Moción FIA.
- Suscribimos acuerdo de cooperación con el Colegio de Abogados de Costa Rica.

2.2. AMBITO NACIONAL

- CALSUR miembro de la Junta Nacional de Decanos de los Colegios de Abogados del Perú – JUDECAP
- CALSUR desarrollo una participación activa en la JUDECAP, en diciembre de 2018 asumió la secretaría del Consejo Directivo de la JUDECAP y en noviembre de 2019 asumió por el periodo de 02 años la presidencia de la JUDECAP
- Se realizó en enero del 2019 por primera vez en nuestra historia una Junta Nacional de Decanos de los Colegios de Abogados del Perú en el CALSUR, para ello contamos con el apoyo incondicional de la CSJ LIMA SUR y la Universidad Autónoma del Perú.
- Hemos asumido posición de rechazo frente al allanamiento de los estudios de abogados y la criminalización de la defensa técnica.
- Hemos exhortado a los Poderes Públicos a lograr niveles de entendimiento para solucionar los problemas comunes.
- Rechazamos categóricamente la interpretación de la denegatoria fáctica de la cuestión de confianza y alzamos nuestra voz frente a la grave crisis y ruptura del orden constitucional en nuestro país.
- Condenamos el alto índice de feminicidios y violencia contra las poblaciones vulnerables en nuestro país.
- Levantamos nuestra voz de rechazo frente a las prácticas deshonestas y de corrupción.
- Propusimos e impulsamos la ley de la abogacía peruana, aprobada

por unanimidad en la JUDECAP, y cuya defensa se efectuamos ante la Comisión de Justicia del Parlamento, teniendo a la fecha dictamen favorable.

- Actualmente estamos trabajando con los Colegios profesionales del Perú, la realización del Congreso Nacional de Profesionales CONAPROF.
- OBJETIVO CUMPLIDO: LOGRAMOS POSICIONAR AL COLEGIO DE ABOGADOS DE LIMA SUR COMO UNA INSTITUCIÓN REFERENTE DE LA ABOGACÍA NACIONAL E INTERNACIONAL CONTANDO ACTUALMENTE CON LA PRESIDENCIA DE LA JUDECAP, Y UNA PARTICIPACIÓN ACTIVA EN LA UIA Y LA FIA.

III. EFECTUAR Y ARTÍCULAR ESFUERZOS PARA UN ADECUADO CONTROL DEONTOLOGICO, DEFENSA GREMIAL Y EXTENSIÓN Y BIENESTAR SOCIAL.

3.1. CONTROL DEONTOLÓGICO.

- CALSUR cuenta con un adecuado nivel de reporte y registro de los procedimientos disciplinarios y en trámite.
- Se implementó la secretaria técnica del Consejo de ética, que brinda soporte en la elaboración de los informes, proyectos de ponencias y resoluciones, y archivo de expedientes.
- Se brinda de forma periódica - información al Registro Nacional de Abogados Sancionados del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Durante el bienio 2018 -2019, han ingresado 14 quejas y denuncias por infracción al Código de ética, y a la fecha se han resuelto 8 expedientes, quedando 6 procedimientos en trámite.

3.2. DEFENSA GREMIAL

- Se realizaron campañas contra el ejercicio ilegal de la profesión en los distritos de San Juan de Miraflores (02 jornadas frente a la Municipalidad y 01 jornada en Valle Sharon), Villa El Salvador y en las inmediaciones de la CSJLIMASUR en Villa María del Triunfo.
- Se articuló el apoyo de la Fiscalía de Prevención del Delito, las Direcciones de Fiscalización de las diferentes Municipalidades y los abogados del CALSUR.
- Como diagnostico se tiene que aproximadamente el 90% de abogados ejercen la profesión de forma legal, más del 70% tiene inconvenientes con las licencias municipales y ciertos conciliadores extrajudiciales y tramitadores se hacen pasar por abogados.

3.3. EXTENSIÓN Y BIENESTAR SOCIAL

- Se efectuaron campañas jurídicas de asistencia legal gratuita en los establecimientos penitenciarios de nuestra jurisdicción, dígase Santa Mónica y Virgen del Carmen, lográndose la atención de más de 100 internas.
 - Se han efectuado atenciones en los Consultorios Jurídicos de VMT, Chorrillos y VES sobre diversos temas vinculados a Familia, propiedad y derechos de los niños y adolescentes.
 - Se institucionalizó la semana del abogado por el natalicio de Francisco García Calderón con un encuentro de confraternidad en el mes de abril y otro en el mes de diciembre por fiestas navideñas.
 - Contamos con un convenio de tarifas preferenciales de consumo en el local Cajamarquino de Lurín, establecimiento donde realizamos nuestras actividades de confraternidad.
 - Se realizó coordinaciones con autoridades municipales de Lima Sur para adecuado manejo de residuos sólidos, lucha contra la criminalidad e inseguridad ciudadana.
- OBJETIVO CUMPLIDO: SE LOGRO EFECTUAR Y ARTÍCULAR ESFUERZOS PARA UN ADECUADO CONTROL DEONTOLÓGICO, CON UN ÓPTIMO NIVEL DE REPORTE Y TRÁMITE DE PROCEDIMIENTOS, EN DEFENSA GREMIAL SE LOGRO SENSIBILIZAR A LOS ABOGADOS FRENTE AL EJERCICIO ILEGAL DE LA PROFESIÓN, QUEDANDO PENDIENTE LA ASISTENCIA TÉCNICA PARA LA FORMALIZACIÓN DE LOS DESPACHOS, Y EN EXTENSIÓN Y BIENESTAR SOCIAL, SE LOGRO REALIZAR UNA SERIE DE JORNADAS DE ORIENTACIÓN LEGAL GRATUITA EN LOS CONSULTORIOS Y CAMPAÑAS, Y SE INSTITUCIONALIZO AL MENOS DOS ENCUENTROS ANUALES DE CONFRATERNIDAD ENTRE ABOGADOS.

IV. EJECUTAR PROGRAMAS DE CAPACITACIÓN ACADÉMICA EN FAVOR DE NUESTROS AGREMIADOS, CELEBRAR CONVENIOS DE COOPERACIÓN Y LOGRAR UNA ADECUADA ARTÍCULACIÓN ENTRE LAS INSTITUCIONES VINCULADAS AL SISTEMA DE ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN LIMA SUR.

4.1. ÁMBITO ACADÉMICO Y CAPACITACIÓN PARA LOS ABOGADOS AGREMIADOS

- Desde el inicio de la gestión, se dispuso que todos los abogados agremiados activos puedan acceder al menos a una beca integral anual en cualquiera de los diplomados, seminarios y/o conferencias auspiciados por el CALSUR.
- Con ICJ, Escuela Jurídica, Sindicato de Trabajadores del Poder Judicial

de Lima Sur, ECAPREV, se han realizado diferentes eventos sobre Corrupción de Funcionarios, Derecho Laboral, Derecho Penal, Litigación Oral, Derecho de Familia, Contrataciones con el Estado, Derecho Registral y Notarial, y otros, habiéndose otorgado 118 becas integrales y semibecas en favor de nuestros agremiados.

- Abogados de Lima Sur han acudido al curso de especialización en Derecho con la Universidad de Salamanca, la maestría en Justicia Constitucional y Derechos Humanos en la Universidad de Boloña, asimismo han participado en las pasantías organizadas por el STPJ en Chile y Costa Rica.
- En agosto de 2018 publicamos la 6 y 7 edición de nuestra Revista del Foro, habiéndose publicado en dicha edición, artículos de los siguientes juristas extranjeros: Manuel Atienza Rodríguez (España), Graciela Cristina Ignacio (Argentina), María Juliana Jiménez Martínez (Colombia), Octavio Augusto Tejeiro Duque (Colombia), Manuel de Jesús Corrado de Paz (México)
- En el CALSUR tuvimos la visita de los distinguidos profesores españoles Vicente de Remesal, Miguel Díaz García Conlledo, y Diego Luzón Peña.
- Desde la Dirección Académica se estableció una tabla de evaluación de Convenios que sirve como parámetro para establecer un estándar mínimo de calidad en favor de nuestros agremiados.
- Se continuó con la ejecución de los programas de maestrías y doctorados con tarifas preferenciales para nuestros agremiados.
- Se suscribió el convenio de SPIJ con el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

4.2. CONVENIOS DE COOPERACIÓN Y ALIANZAS ESTRATEGICAS

- Corte Superior de Justicia de Lima Sur
- Fiscalía de Lima Sur
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos
- Fundación Universidad de Salamanca
- Universidad de Boloña
- Colegio de Abogados de Costa Rica
- Universidad Autónoma del Perú
- Universidad José Carlos Mariátegui
- Universidad Alas Peruanas
- Instituto de Capacitación Jurídica

- ECAPREV
- Escuela Jurídica
- Sindicato de Trabajadores del Poder Judicial – Lima Sur

4.3. MEMBRESIAS Y ADHESIONES:

- Unión Internacional de Abogados UIA
- Federación Interamericana de Abogados FIA
- Junta Nacional de Decanos de los Colegios de Abogados del Perú –JU-DECAP
- Consejo Nacional de Decanos de los Colegios Profesionales - CDCP
- OBJETIVO CUMPLIDO LOGRO: SE EJECUTO UNA SERIE DE PROGRAMAS ACADEMICIOS EN BENEFICIO DE NUESTROS AGREMIADOS BENEFICIANDO A LOS QUE ESTAN AL DÍA EN SUS APORTACIONES, ASIMISMO SE SUSCRIBIERON DIVERSOS ACUERDOS DE COLABORACIÓN Y SE LOGRO UN NIVEL ADECUADO DE ARTICULACION ENTRE LAS INSTITUCIONES DEL SISTEMA DE ADMINISTRACION DE JUSTICIA EN LIMA SUR.

V. GESTIÓN TRANSPARENTE QUE PUBLICA SUS ACTIVIDADES A TRAVES DE SU PORTAL WEB, Y SIMPLIFICA SUS PROCEDIMIENTOS, LOS CUALES TIENEN PLAZO Y PREDICITABILIDAD.

5.1. PORTAL WEB: calsur.org.pe

- A través del portal web. Se publicitan todas las actividades del Colegio de Abogados de Lima Sur, contando con información actualizada y de relevancia para todos nuestros agremiados.
- Los teléfonos y direcciones de contacto se encuentran publicadas en la web institucional, incluso esta publicado el teléfono del señor Decano de la Orden.
- A través de la página institucional, se puede acceder al Estatuto de la Orden, Código de ética, verificación de condición de activo, datos institucionales, correo de contacto, pronunciamientos y actividades oficiales.

5.2. TEXTO DE PROCEDIMIENTOS CALSUR

- Nuestra gestión implemento el Texto de Procedimientos Administrativos del CALSUR, el cual establece 14 trámites desde incorporación grupal hasta duplicado de carnet, requisitos, área responsable, procedimiento y plazo, asimismo se han simplificado requisitos a través de declaraciones juradas y/o verificación e impresiones de los portales web.

- Implementamos la papeleta de habilidad al instante y reducimos sustancialmente el plazo de emisión de la constancia de habilitación, la cual incluso se puede tramitar a través del portal web.
- Asimismo se implementó la estructura de costo de cada trámite administrativo, ello a efectos de poder brindar la información solicitada por la oficina de Barreras Burocráticas de INDECOPI.

GESTIÓN ECONÓMICA CALSUR

INFORME DE GESTION 2018 2019

RECIBIDOS AL 26 DE FEBRERO DEL 2018 DE LA GESTIÓN ANTERIOR

EFFECTIVO

Soles			287,663.00	
Dolares	3.25	23,597.18	<u>76,690.84</u>	364,353.84

DEUDAS

Provedores diversos				<u>31,635.00</u>
Saldo				<u>332,718.84</u>

RECURSOS AL 31 DE DICIEMBRE 2019

EFFECTIVO

Soles				29,333.00
-------	--	--	--	-----------

INVERSIONES

AÑO 2019

Local Propio			360,710.00	
Instalaciones y arreglos			20,000.00	
Equipamiento (Muebles y Equipo)			<u>22,000.00</u>	402,710.00

AÑO 2018

Equipamiento (Muebles y Equipo)				<u>14,711.00</u>
Total Inversiones				<u>417,421.00</u>

DEUDAS

ninguna

EFFECTIVO



GALERÍA DE FOTOS

**Resumen de Actividades
del Ilustre Colegio de Abogados
de Lima Sur**

JURAMENTACIÓN DE LA JUNTA DIRECTIVA Y JUNTA DE VIGILANCIA PERIODO 2020-2021



Junta Directiva y Junta de Vigilancia CALSUR 2020 -2021



Informe de gestión institucional

INAUGURACIÓN DEL LOCAL INSTITUCIONAL DEL COLEGIO DE ABOGADOS DE LIMA SUR EN VES



Dr. Vicente Paul Espinoza Santillan- Decano CALSUR y Dr. Juan Vicente Veliz Bendrell –Presidente de la Corte Superior de Justicia de Lima Sur inauguran el local institucional del CALSUR.



Paraliturgia y bendición del local institucional del Ilustre Colegio de Abogados de Lima Sur en VES.

COLEGIO DE ABOGADOS DE LIMA SUR ASUME PRESIDENCIA DE LA JUDECAP 2020-2021



Decanos de los Colegios de Abogados del Perú eligen al Dr. Vicente Paul Espinoza Santillan como Presidente de la JUDECAP 2020-2021



Consejo Directivo JUDECAP 2020-2021

CALSUR BRINDA RECONOCIMIENTO A RECTOR DE LA USAL



Con la presencia del Dr. Orestes Cachay Rector de la UNMSM se brindó reconocimiento al Dr. Ricardo Rivero Ortega Rector de la Universidad de Salamanca.

CALSUR SUSCRIBE ACUERDO DE COOPERACIÓN CON EL MINISTERIO PÚBLICO DE LIMA SUR



Con la presencia de la Dra. Niccy Valencia – Presidenta de la Junta de Fiscales de Lima Sur y el Dr. Aníbal León –Fiscal Provincial Penal se suscribió el acuerdo de colaboración con el CALSUR.

JUDECAP LIMA SUR 25, 26 Y 27 DE ENERO 2019



Colegio de Abogados de Lima Sur recibe a los decanos de los 33 Colegios de Abogados del Perú



Mesa de honor conformada por el Dr. Juan Vicente Veliz Bendrell – Presidente de la Corte Superior de Justicia de Lima Sur, Dr. Manuel Castillo Venegas –Presidente JUDECAP 2018-2019, Dr. Jesús Antonio Rivera Oré – ex decano y Dr. Vicente Paúl Espinoza Santillán – decano CALSUR 2018-2019.

HOMENAJE A DON FRANCISCO GARCÍA CALDERON Y LANDA PATRONO DE LOS ABOGADOS DEL PERÚ



Delegación CALSUR en compañía del señor Alcalde de Pueblo Libre Dr. Stephen Hass



Palabras del Dr. Vicente Paul Espinoza Santillan – Decano CALSUR

CAMPAÑAS CONTRA EL EJERCICIO ILEGAL DE LA PROFESIÓN EN LIMA SUR



Equipo CALSUR en compañía de la Fiscalía de Prevención del Delito, la PNP y la Dirección de Fiscalización del VES.



Campaña contra el ejercicio ilegal en Valle Sharon SJM.

CAMPAÑAS DE ASESORÍA LEGAL GRATUITA EN ESTABLECIMIENTOS PENITENCIARIOS



Equipo CALSUR brinda asesoría legal gratuita a internas.



Equipo CALSUR en el frontis del Establecimiento Penitenciario Virgen de Fátima en Chorrillos.

ACTIVIDADES DE CONFRATERNIDAD EN LIMA SUR



Almuerzo de fiestas navideñas CALSUR



Brindis de honor

MOTIVENSA
Editora Jurídica

Este libro se terminó
de imprimir en Abril de 2020
Telefax: 4237644
www.motivensa.com
ventas@motivensa.com
LIMA – PERÚ