

IUS^{ET} PRAXIS



EDICIÓN ESPECIAL 40 ANIVERSARIO DE LA FACULTAD DE DERECHO

Parte I

IUS^{ET} PRAXIS

REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO N.º 52, julio 2021



UNIVERSIDAD
DE LIMA

FONDO EDITORIAL

Ius et Praxis

Revista oficial de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima

N.º 52, julio, 2021

CONSEJO EDITORIAL

Director general:

José Luis Germán Ramírez-Gastón Ballón

Editor:

Enrique Varsi Rospigliosi

Comité editorial

Raúl Canelo Rabanal (Universidad de Lima, Perú)

Ronald Cárdenas Krenz (Universidad de Lima, Perú)

Joaquín Missiego del Solar (Universidad de Lima, Perú)

Enrique Varsi Rospigliosi (Universidad de Lima, Perú)

Adolfo Alvarado Velloso (Universidad Nacional de Rosario, Argentina)

Aída Kemelmajer de Carlucci (Universidad de Mendoza, Argentina)

Rémy Cabrillac (Universidad de Montpellier, Francia)

Francisco Ramos Méndez (Universidad Pompeu Fabra, España)

Flávio Tartuce (Universidad de São Paulo, Brasil)

© Universidad de Lima
Fondo Editorial
Av. Javier Prado Este 4600
Urb. Fundo Monterrico Chico, Lima 33
Apartado postal 852, Lima 100, Perú
Teléfono: 437-6767, anexo 30131
fondoeditorial@ulima.edu.pe
www.ulima.edu.pe

Edición, diseño y carátula: Fondo Editorial de la Universidad de Lima

Imagen de portada: Shutterstock.com

Impreso en el Perú

Los trabajos firmados son de responsabilidad de los autores. Queda prohibida la reproducción total o parcial de esta revista, por cualquier medio, sin permiso expreso del Fondo Editorial.

ISSN 2523-6296

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú n.º 2020-09663

Evaluadores

Mg. Marco Antonio Becerra Sosaya (Pontificia Universidad Católica del Perú)
Mg. Víctor Hugo Bolaños Velarde (Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú)
Mg. Paola Iris Vega Luciani (Universidad de Lima, Perú)
Br. José Tam Pérez (Universidad de Lima, Perú)
Mg. Olga Alcántara Francia (Universidad de Lima, Perú)
Mg. Roxana Gayoso Arnillas (Universidad de Lima, Perú)
Mg. María del Carmen Delgado Menéndez (Pontificia Universidad Católica del Perú)
Mg. Roxana Jiménez Vargas-Machuca (Universidad de Lima, Perú)
Dr. Eugenio María Ramírez Cruz (Universidad Nacional Federico Villarreal, Perú)
Mg. Luis Genaro Alfaro Valverde (Pontificia Universidad Católica del Perú)
Br. Imelda Dolka Marcos Picón (Universidad de Lima, Perú)
Dr. Samuel B. Abad Yupanqui (Pontificia Universidad Católica del Perú)
Mg. Jorge Luis Gonzales Loli (Universidad de Lima, Perú)
Dr. Carlos Antonio Pérez Ríos (Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú)
Mg. Milagros Campos (Pontificia Universidad Católica del Perú)
Mg. Eugenia Silvia María Ariano Deho (Universidad de Lima, Perú)
Dra. Marianella Ledesma Narváez (Universidad de Lima, Perú)

ÍNDICE

PRESENTACIÓN	9
FACULTAD DE DERECHO: 40 ANIVERSARIO	
Reflexiones	15
Entrevistas a los exdecanos	25
ARTÍCULOS	
Un proceso de reforma política <i>ad portas</i> del bicentenario <i>José Andrés Tello Alfaro</i>	43
Tratativa constitucional de los derechos culturales como categoría de derechos humanos en el Perú <i>Daniel Arnaldo Zegarra Rivera</i>	71
Los procesos constitucionales como medios idóneos para la efectividad de los derechos programáticos <i>Luis Andrés Roel Alva y Ronny Rojas Álvarez</i>	97
La responsabilidad social como imperativo en la Constitución económica peruana <i>María Elena Guerra-Cerrón</i>	131
Entendiendo los conceptos constitucionales de libre iniciativa privada y economía social de mercado <i>Luis Felipe Velarde Koechlin</i>	147
La justicia constitucional como legislación: Schmitt contra Kelsen en el siglo XXI <i>Eduardo Hernando Nieto</i>	163
La función notarial en las sentencias del Tribunal Constitucional <i>Oswaldo Arias Montoya</i>	175
Importancia de la función notarial en la protección de los derechos fundamentales en el contexto del COVID-19 <i>Jessica María De Vettori González</i>	187

Prevalencia del catastro sobre el Registro de Predios para corregir inexactitudes registrales	197
<i>Guillermo García Montúfar Sarmiento y Fredy Silva Villajuán</i>	
Inconvenientes de la introducción de las cargas probatorias dinámicas en el sistema procesal civil peruano	213
<i>Raúl Canelo y Edgar Castillo</i>	
La valoración probatoria y la prueba de oficio como aproximación a la gnoseología inductiva en el proceso civil	231
<i>Sergio Roberto Salas Villalobos</i>	
La negociación en tiempos del COVID-19	259
<i>Frank García Ascencios</i>	
El nuevo medio de solución de conflictos: los <i>dispute boards</i>	275
<i>Gonzalo García Calderón Moreyra</i>	
Resolución arbitral <i>extra petita</i> poslaudo: ¿protestar en sede arbitral o judicial?	287
<i>Rolando A. Martel Chang</i>	
Principales riesgos y límites de la aplicación del principio de <i>iura novit curia</i> en el arbitraje nacional	299
<i>Marcial G. Gutiérrez Lúcar</i>	
Arbitraje de consumo: retos en el sistema de protección al consumidor	311
<i>Alonso Morales Acosta</i>	
Investigar o no investigar. Pautas para elaborar una tesis de derecho	339
<i>Milushka Rojas Ulloa</i>	
COMENTARIOS LABORALES	
El impacto de las nuevas tecnologías en las relaciones laborales	357
<i>Pedro Morales Corrales y Alejandro Morales Cáceres</i>	
CÓDIGO DE ÉTICA	395
POLÍTICA EDITORIAL Y NORMAS PARA LOS COLABORADORES	399

PRESENTACIÓN

Constituye un privilegio y es motivo de gran satisfacción para mí presentar al inicio del año académico 2021 una edición especial de la revista *Ius et Praxis* para conmemorar el 40 aniversario de nuestra Facultad de Derecho. Rendimos homenaje a todas las autoridades, profesores y exalumnos, que dejaron huella, así como a todos aquellos profesores, alumnos y personal administrativo que siguen haciéndolo formando parte de esta gran familia.

En este largo camino, el primer director del Programa Académico de Derecho fue el profesor Camilo Carrillo Gómez (del 2 de octubre de 1980 al 10 de febrero de 1982). Continuaron esta tarea los doctores Carlos Torres y Torres Lara (en dos períodos: del 12 de febrero de 1982 al 15 de febrero de 1984 y del 25 de mayo de 1990 al 11 de abril de 1991), Álvaro Llona Bernal (del 7 de marzo de 1984 al 24 de mayo del mismo año), Augusto Ferrero Costa (en dos períodos: del 27 de mayo de 1984 al 25 de mayo de 1987 y del 24 de mayo de 1993 al 23 de mayo de 1996), Luis Cordero Rodríguez (del 28 de junio de 1991 al 23 de mayo de 1993), José León Barandiarán Hart (en dos períodos: del 24 de mayo de 1996 al 23 de mayo de 1999 y del 21 de mayo del mismo año al 28 de noviembre del 2002), Oswaldo Hundskopf Exebio (en dos períodos: del 29 de noviembre del 2002 al 23 de mayo del 2005 y del 24 de mayo de ese año al 23 de mayo del 2008) y Víctor García Toma (del 24 de mayo del 2008 al 17 de marzo del 2010). A él le sucedió nuevamente el doctor Oswaldo Hundskopf Exebio (en tres períodos: del 5 de abril del 2010 al 23 de mayo del 2011, del 24 de mayo de ese año al 23 de mayo del 2014, y desde esa fecha hasta el 23 de mayo del 2017) y, por último, quien tiene el privilegio de hacer esta presentación (desde el 24 de mayo del 2017 al 23 de mayo del 2020, prorrogado hasta el 31 de julio de ese año, y reelegido para el período que va del 1 de agosto del 2020 hasta el 31 de julio del 2023).

La primera promoción de la facultad contó con 12 alumnos y una sola sección. Hoy, después de 40 años, tenemos 404 alumnos matriculados en el curso de Derecho Civil I, distribuidos en 10 secciones; y un total de 2179 alumnos en toda la carrera, así como un

inconmensurable número de exalumnos que han pasado por nuestras aulas, que hoy se desempeñan en puestos de gran importancia a nivel nacional e internacional.

Todo esto hace que este año sea muy especial. No es únicamente el año del bicentenario de la Independencia del Perú (1821-2021), sino que, para nuestra facultad, este año representa el alcance de la madurez y la consolidación de un sólido prestigio alcanzado en la enseñanza del derecho. Por eso, para conmemorar este acontecimiento, 45 profesores —y algunos exprofesores— han contribuido con artículos de su especialidad sumándose a esta gran celebración.

Dado el volumen de colaboraciones, se ha previsto publicarlas en más de una edición. Esta, la primera, recoge diversos artículos, así como las palabras que una exalumna y una alumna del noveno ciclo de la facultad pronunciaron con ocasión del inicio del presente año académico. Las ediciones posteriores se darán a conocer en el segundo semestre del 2021.

Al recordar todos estos años compartidos, no puedo dejar de mencionar a aquellos profesores que pasaron por nuestras aulas dejando huella. Para no extenderme demasiado, solo nombraré a algunos de los que ya no están con nosotros y a algunos que ya han dejado la cátedra, sin repetir los nombres de los decanos, que por cierto también tienen un legado significativo.

Ellos son José León Barandiarán (padre), Mario Alzamora Valdez, Luis Alberto Sánchez, Carlos Fernández Sessarego, Ulises Montoya Manfredi, Max Arias-Schreiber, Felipe Osterling Parodi, Valentín Paniagua Corazao, Pedro Patrón Faura, Pedro Patrón Bedoya, Juan Morales Godo, César Fernández Arce, Jorge Power Manchego, Francisco Miró Quesada Cantuarias, René Boggio, Lucrecia Maisch von Humboldt, Rogelio Llerena Quevedo, Alberto Stewart, César Alcorta, Luis Hernández Berenguel, Jorge Basadre Ayulo, Guillermo Lohmann Luca de Tena, Pedro Planas, José Silva Vallejo, José Perla Anaya, Fernando Silva Santisteban, padre Harold Griffiths Escardó, Alfonso de los Heros Pérez Albela, Pedro Morales Corrales, Jaime Zavala Costa, Shoschana Zusman, Ántero Flores-Aráoz, Domingo García Belaunde, Delia Revoredo, Enrique Elías Laroza, Humberto Medrano, Javier Cavero Egúsqüiza, Ricardo Beaumont Callirgos, Javier Luque, Luis Antúnez, Hernando Montoya, Fernando Vidal Ramírez, Lizardo Taboada, Jorge Ramírez Aguirre, Lourdes Flores Nano, Ernesto Blume Fortini, José Santos Chichizola, José Ugaz Sánchez-Moreno, Luis Solari, Carlos Ferrero, Eduardo Ferrero, Nicolás de Piérola, Raúl Ferrero Costa, César Arias Quincot, Ricardo Marcenaro, Luis Ramírez Aguirre, Alberto Borea Odría, Pedro Cateriano Bellido, Gastón Fernández Cruz y Carlos Cárdenas Quirós, entre muchos otros más.

Todos ellos de manera simbólica representan a los profesores que pasaron por nuestras aulas, así como a aquellos que actualmente lo vienen haciendo con el gran esfuerzo de haberse digitalizado en poco tiempo para adaptarse a dictar clases virtuales, pero siempre creando “lazos imborrables” con los estudiantes.

No hay quien pueda llamarse profesor... si no tiene alumnos, así como tampoco hay alumnos si no tienen un guía que los oriente en el camino. Estamos llamados a ser como las dos caras de una moneda: inseparables, creando a lo largo del camino una gran familia en torno al maravilloso mundo del derecho.

La presentación de esta publicación constituye un acto significativo de reconocimiento a la gran familia que hemos formado a lo largo de 40 años, creando lazos imborrables de amistad en torno a los valores de ética, justicia, equidad, libertad, responsabilidad e integridad. Esperamos que estos sean transmitidos del mismo modo a las generaciones venideras.

Gracias a todos por su inconmensurable entrega y colaboración.

Germán Ramírez-Gastón Ballón
Director general de la revista *Ius et Praxis*
Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima

**FACULTAD DE DERECHO:
40 ANIVERSARIO**

REFLEXIONES

doi: <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2021.n052.5217>

“LA FACULTAD DE DERECHO LES DARÁ ESAS HERRAMIENTAS [...] QUE CONSTRUYEN Y AYUDAN A TRANSFORMARLOS A USTEDES Y AL PAÍS”*

KATHARINE CHRISTOPHERSON PUH**

Estimados colegas, profesores y alumnos de la facultad, damas y caballeros:

Es para mí un gran honor y un privilegio haber sido invitada para dirigirles unas palabras y poder estar con todos ustedes el día de hoy, en esta ocasión tan especial para nuestra facultad, en la que celebramos no solamente el inicio del año académico 2021, sino también el aniversario número 40 de la creación de nuestra Facultad de Derecho.

Me han pedido que me dirija a ustedes para decirles unas palabras acerca de mis experiencias como exalumna y exprofesora de esta facultad, y créanme que, aunque me podría quedar toda la tarde con ustedes compartiendo emocionadamente estas experiencias, les prometo que me regiré por las pautas de los organizadores y respetuosamente me limitaré a los quince minutos asignados.

Mi historia como alumna de la Universidad de Lima se inicia en marzo del año 1985, cuando ingresé a la universidad, y luego del mandatorio primer año de Estudios Generales, comencé mis estudios en la Facultad de Derecho en 1986. Desde ese momento, descubrí el maravilloso mundo del derecho, al cual le he dedicado mi vida desde entonces, guiada por la enseñanza recibida y los valores inculcados por un conjunto de excelentes profesores.

Cada uno de ellos eran grandes profesionales en sus respectivas áreas de especialización y traían a las aulas no solo el conocimiento teórico académico del tema de su especialidad, sino también el vasto conocimiento empírico derivado del ejercicio de la práctica profesional, ya sea del sector público como del privado. Cada clase con estos

* Extracto del discurso de la ceremonia de inauguración del año académico 2021 de la Universidad de Lima.

** Exalumna y exprofesora de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima.

grandes profesores era para mí una oportunidad sublime de sumergirme en una fuente inagotable de conocimientos que hacía crecer en mí, y en mis compañeros, el deseo de saber y aprender cada día más sobre el derecho y la justicia.

Si bien no podría recitar la lista completa de todos los grandes maestros que tuve la suerte de tener mientras estudié en la Facultad de Derecho, me gustaría mencionar a algunos que dejaron una especial huella en mi memoria de estudiante, como los doctores Germán Ramírez-Gastón y Oswaldo Hundskopf, presentes el día de hoy; el doctor Carlos Torres y Torres Lara, nuestro querido decano cuando entré a la Facultad de Derecho; el doctor Alonso Morales, mi profesor de derecho empresarial; el doctor Carlos Fernández Sessarego, eminencia del derecho civil peruano y defensor acérrimo del derecho de la persona; los doctores José Santos Chichizola y José Ugaz, quienes me enseñaron lo difícil de ejercer el derecho penal en el Perú; los doctores Mansilla, Antúnez, Lohmann y García Toma; el padre Cordero; el doctor Jaime Zavala, en laboral, y el doctor Augusto Ferrero, profesor de sucesiones y también exdecano de nuestra facultad; el doctor Aníbal Quiroga, en derecho constitucional; y el doctor Javier Luque Bustamante, en derecho tributario.

Y así podría realmente pasarme toda la tarde enumerando a los grandes profesores que tuve durante mis años de estudiante y quienes sembraron las bases intelectuales sobre las cuales se formó la abogada que soy el día de hoy. Pero mi mejor recuerdo de la facultad y de mis profesores es que siempre hubo mucho más que la simple transmisión del conocimiento jurídico-intelectual. Estuvo también presente la parte personal, la del maestro comprometido de la facultad. Comprometido con infundir también valores y principios por los cuales habíamos de regirnos nosotros como futuros egresados de esta casa de estudios: el respeto por el derecho y la legalidad, y la lucha continua por la justicia, la equidad y la verdad. Y, por eso, lo que me llevé conmigo de estas aulas no solo fue el conocimiento necesario para sobresalir en mi carrera como abogada, sino los principios y valores por los que me rijo personal y profesionalmente hasta el día de hoy.

Me imagino que ya se habrán dado cuenta, por las fechas en las que fui alumna en nuestra casa de estudios, de que soy de la generación que estudiaba y hacía sus tareas a la luz de las velas; no aquellas encendidas por puro romanticismo, sino impuestas por la nefasta realidad de quienes vivimos la peor época del terrorismo en el Perú. También soy de la generación de quienes vivimos las grandes crisis económicas; la pérdida total de reservas internacionales; la hiperinflación; el repudio y desconocimiento ilegal de nuestras obligaciones contractuales respecto a la deuda externa, que convirtieron al Perú en un paria internacional; las interminables colas para comprar lo mínimo esencial para subsistir; y, en fin, soy de una generación que vivió en el desorden y el caos económico, político y social.

Y creo que las dificultades por las cuales tuvimos que atravesar como estudiantes en esa época hicieron que valoráramos aún más todo lo que recibíamos, particularmente

de nuestros maestros, porque ellos nos permitían abstraernos de esa dura realidad que vivíamos mientras se dedicaban a darnos las herramientas necesarias para transformarnos y transformar a nuestro país. Ellos fueron artífices de una revolución distinta, no de las que se ganan con armas que matan, sino con herramientas de aquellas que crean y construyen nuevas oportunidades a través del cambio del régimen legal e institucional, las cuales sentaron las bases para la transformación del Perú. Cambio del cual muchos de los abogados egresados de nuestra facultad fuimos partícipes de una forma u otra en los años subsiguientes.

Con relación a ello, quisiera en este momento hacer mención especial de mis compañeros de la promoción 90-II. Muchos de ellos han alcanzado grandes cargos en la esfera legal, política y de gestión pública del país, mientras que otros están dedicados y comprometidos con la cátedra y la enseñanza del derecho, y que son ahora también excelentes profesores de esta nuestra casa de estudios, algunos de los cuales tengo el honor de ver presentes en este acto tan especial. Y, por ello, debo decir que, además de grandes profesores, otra cosa maravillosa que me dio mi facultad fue a mis compañeros de promoción, grandes profesionales y amigos, que siempre están allí, a pesar de la distancia.

Pero la facultad no solo me brindó la sólida educación y formación que me permitió sobresalir en mi desarrollo profesional como abogada, sino que también me dio la oportunidad de descubrir una de mis grandes pasiones en la vida: la docencia universitaria. Yo empecé muy joven en el mundo de la enseñanza del derecho, cuando aún era estudiante. Tuve el privilegio de ser considerada por el doctor Alonso Morales para ayudarlo como jefe de práctica del curso de derecho de la empresa. Con gran paciencia y dedicación, el doctor Morales invirtió mucho tiempo y esfuerzo en enseñarme todo lo que debía saber sobre esta área, tanto lo sustantivo como lo práctico, para que yo pudiera asistirlo en sus clases. Poco después, tuve el honor de ser considerada también por el doctor Javier Luque Bustamante como jefe de práctica de su curso de derecho tributario, lo cual me llevó posteriormente a trabajar con él en esa misma área. Y es gracias a estos dos grandes maestros y mentores que tuve en la Facultad de Derecho, a las increíbles enseñanzas y oportunidades que me dieron en la docencia a través de sus cursos, que se inició mi carrera como profesora de la Facultad de Derecho.

Hay un tema adicional que quisiera comentarles, muy importante para mí, y por el cual aún trabajo arduamente desde mi posición actual en el FMI: es el tema de la igualdad de género. En una época como la mía de estudiante, cuando este tema no aparecía mencionado en ningún lugar, fue nuestra Facultad de Derecho la que me dio las mismas oportunidades que se les daba a los hombres para crecer y superarse profesionalmente dentro de la universidad. De esta forma, la facultad me dio grandes oportunidades para crecer y desarrollarme en lo académico, lo profesional y en la docencia, y es algo de lo cual le estaré eternamente agradecida a nuestra universidad.

Luego de graduarme, me dediqué a trabajar como abogada y como profesora de derecho tributario en la Universidad de Lima y en otros centros de estudios. Y, con la finalidad de seguir creciendo profesional y académicamente en un mercado muy competitivo, y donde muy pocas mujeres podían sobresalir, decidí obtener una maestría en los Estados Unidos, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Yale. Luego de terminar mi maestría en el año 2000, resolví quedarme un año más en Estados Unidos haciendo unas prácticas antes de regresar al Perú. Por esas cosas que tiene el destino, mi experiencia profesional y académica en temas fiscales llamó la atención de las auditoras internacionales y de los organismos internacionales como el Banco Mundial, el Banco Interamericano de Desarrollo y el Fondo Monetario Internacional, dado que son estas entidades las que manejan los temas fiscales, económicos y financieros internacionales. Decidí aceptar la oferta del FMI porque, luego de haber vivido durante una de las peores épocas de crisis económica del país, quería entender mejor, y desde el otro lado de la ecuación, cómo se puede no solo solucionar, sino también prevenir ese tipo de crisis. Era mi intención original quedarme solo un año para aprender todo lo que pudiera sobre los temas económicos y financieros internacionales, y luego regresar a mi país a seguir creciendo como abogada y profesora de la facultad. Pero al término de mi contrato el FMI me ofreció un plaza permanente, y fue entonces que tuve que tomar una de las decisiones más difíciles de mi vida: regresar al Perú, a seguir trabajando por mi país, o quedarme en los Estados Unidos y trabajar no solo por mi país, sino por todos los países miembros del FMI y ayudarlos a manejar los temas de crisis económica y financiera; ayudar principalmente a los países más pobres y en vías de desarrollo, porque son ellos los que más se ven afectados por esta clase de crisis. Y fue así como la aventura de una práctica profesional de un año en el extranjero se convirtió en más de veinte años de carrera en el FMI.

Quiero contarles que no fue fácil, especialmente al comienzo de mi carrera en Estados Unidos. No fue fácil para una mujer, latina, abogada, lograr ascender en una institución pública internacional regida por los más destacados macroeconomistas del mundo. Pero ha sido en esta lucha constante donde puse en práctica todo lo que aprendí en la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, porque tuve que aprender desde cero muchísimos nuevos temas legales y de otras disciplinas. Fueron las bases sentadas durante mis años de estudiante y mi experiencia académica como profesora en nuestra facultad las que me han servido enormemente para lograr salir adelante en mi institución y alcanzar el cargo que ahora tengo, cargo que por primera vez una mujer peruana, no economista, sino abogada, alcanza en el FMI.

Pero quiero decirles que nada de lo que he logrado alcanzar profesionalmente hasta el día de hoy hubiera sido posible sin la educación y formación recibidas, especialmente los principios y valores inculcados por mis maestros de la facultad, porque son esos principios y valores abocados a la defensa y lucha constante por el derecho y la justicia los que guían mis opiniones legales el día de hoy en el mundo del orden

financiero internacional, en el que ahora me desenvuelvo. Espero algún día poder retribuirle en algo a nuestra facultad todo lo que me ha dado y, especialmente, espero algún día volver a sus aulas a compartir con nuestros alumnos lo aprendido en mis largos años fuera del país.

Para concluir, solo quiero reiterar mi infinito agradecimiento a la Universidad de Lima y la Facultad de Derecho por todo lo que me han dado en mis años de alumna y profesora, y en particular por permitirme estar aquí con ustedes en esta celebración tan especial del día de hoy. Y, si me permiten el atrevimiento, quisiera dirigir unas palabras finales a los queridos alumnos que hoy nos acompañan.

Quisiera decirles que nunca olviden que ustedes pueden lograr todo lo que se propongan; que todo es posible con esfuerzo, dedicación y sacrificio, y que la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima les dará esas herramientas necesarias para lograrlo; aquellas herramientas que construyen y ayudan a transformarlos a ustedes y al país. Utilícelas siempre para crear y construir, nunca para destruir. Y recuerden siempre que solo el respeto absoluto del Estado de derecho garantiza la existencia de la justicia y la libertad.

Y, finalmente, les pido que lleven siempre en alto el nombre de nuestra universidad y nuestra facultad para que, adonde sea que los caminos insospechados de la vida los lleven, sean siempre un motivo de orgullo para la Universidad de Lima y una fuente constante de inspiración para generaciones venideras de alumnos de la Facultad de Derecho.

Muchísimas gracias por su atención.

¡Feliz aniversario, querida facultad!

“GRACIAS [...] POR DEMOSTRARNOS QUE NO HAY DISTANCIA SUFICIENTE QUE PUEDA SEPARAR A UNA FAMILIA COMO LA NUESTRA”*

XIMENA CAMPOS DE LA PUENTE**

En un contexto tan distinto, en donde muchos peruanos no tienen la oportunidad de seguir con sus estudios, dada la poca conectividad que presenta nuestro país, quisiera comenzar resaltando la suerte que tenemos todos de pertenecer a una facultad y, en general, a una universidad que ha podido enfrentar los cambios que el 2020 nos trajo y adaptarse de la mejor manera. Asimismo, tengo que destacar que esa suerte nos debe motivar a ayudar a quienes no la tienen y a jamás permanecer indiferentes ante las miles de necesidades y oportunidades de ayuda que tenemos.

En esta oportunidad, me pidieron que pueda compartir mi experiencia en la Facultad de Derecho, y también que pudiese hacer una proyección a futuro con base en las herramientas y la preparación que la universidad nos da. Acepté con mucho gusto y con muchas ideas en mente de todas las respuestas que puedo dar a esos planteamientos. A partir de ello he resumido lo que, en mi opinión, más nos representa. Espero, entonces, que los siguientes párrafos puedan responder a dichas premisas.

Hace cuatro años entré a la facultad con sentimientos encontrados. Llegaron las primeras clases y con ellas la clásica pregunta de “¿por qué derecho?”. Rápidamente me di cuenta de que, a diferencia de muchos, mis papás no eran abogados ni tenía algún referente tan cercano, sino que había decidido estudiar derecho por lo que yo misma

* Extracto del discurso de la ceremonia de inauguración del año académico 2021 de la Universidad de Lima.

** Estudiante de noveno ciclo de la Facultad de Derecho. Ha participado por seis años como delegada, entrenadora y en la mesa directiva en conferencias del Modelo de las Naciones Unidas, tanto nacionales como internacionales, en donde ha obtenido premios individuales y de delegación. Fue voluntaria de la asociación Promotora Internacional de Debates del Perú, en donde lideró proyectos de educación y fue parte de la organización de conferencias en alianza con la Universidad de Harvard y la Universidad de Pensilvania. Lideró el equipo de Enseñame Voluntariado para el EMTIJ 2020 y, actualmente, es mentora en el Programa de Liderazgo organizado por Perú Champs, además de realizar prácticas preprofesionales.

pensaba que era el derecho y, sobre todo, por lo que yo consideraba que podría lograr como abogada.

Siempre he creído que hay que ser conscientes de las oportunidades que nos da la vida. Considero que ser conscientes es el primer paso para luego poder valorarlas y agradecerlas. Es por eso que en estos párrafos me gustaría generar consciencia de los que para mí han sido tres factores o etapas claves que me han dejado entender si es que tomé o no la decisión correcta: (i) lo que significa ser un estudiante de la facultad, (ii) lo que significa ser un abogado o abogada de la facultad (o un exalumno) y (iii) el rol de los profesores en ambas etapas.

Creo que como estudiantes tenemos la oportunidad de aprender de los mejores en cada área del derecho, lo que hace, a su vez, que tengamos la oportunidad de luego saber cómo construir un mundo más justo desde donde estemos.

Claro, soy consciente también de que todo eso viene con una responsabilidad tremenda, pero sé que somos una generación activa, que levanta la voz ante las injusticias y que está alerta a promover el cambio para bien. Es por eso que debemos aprovechar todas y cada una de las herramientas que la universidad nos da para que luego, cuando seamos profesionales, sepamos que debemos actuar siempre con transparencia, con compromiso y, sobre todo, con respeto.

Como estudiante de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, sé que quienes me rodean, al ser jueces o juezas, resolverán los casos que se les presenten de forma objetiva y efectiva; que cuando formen parte de un tribunal arbitral sabrán la importancia que tiene que los hayan elegido y actuarán con la verdad; que somos futuros legisladores, abogados de oficio, de empresas o de estudios, que sabemos que quienes nos buscan confían en nosotros para poder ayudarlos y encaminarlos a resolver quizá los problemas más difíciles por los que están pasando.

Un estudiante de la facultad es alguien que aprovecha todas sus clases, participa activamente y es puntual, pues valora y es consciente de los muchos equipos de trabajo que coordinan cada detalle de los cursos, de la malla, de los círculos de estudio y de las miles de actividades en las que como facultad tenemos la posibilidad de participar. Pero, por encima de todo ello, un estudiante de derecho es alguien que se conecta a cada clase porque sabe que va a aprender algo nuevo y que se va a encontrar con un grupo de amigos entre quienes están sus profesores y compañeros.

Luego de todo ello, pasan seis años y toca entrar a la segunda etapa y asumir nuevos retos. El siguiente paso, entonces, es ¿qué significa ser un abogado o abogada de la Universidad de Lima?

Veo en cada uno de ellos a personas que representan una trayectoria de cuarenta años de mucho esfuerzo y dedicación. Profesionales que día a día se esfuerzan por

borrar los estereotipos de corrupción, de rigidez y algunos otros que algunas veces pueden injustamente embarrar a nuestra profesión.

Son abogados y abogadas, conscientes de que tenemos una profesión que va más allá de lo académico, que tiene un factor personal muy importante. En ese sentido, comprenden que su responsabilidad es acompañar a quienes tengan enfrente, a quienes les pidan ayuda, y dar lo mejor de sí para que puedan obtener un resultado justo y dentro del marco de la ley.

Además, nuestra profesión nos impulsa a trabajar siempre en equipo, ya que muchas veces recibiremos consultas que involucren a más de un área del derecho. Un abogado o abogada de la Universidad de Lima sabe que eso nunca va a ser un problema, ya que siempre va a poder voltear y apoyarse en quienes conoció en los años que estuvo aquí, en la universidad. Sabe que los lazos que formó van a durar para siempre y que entre todos nos apoyaremos y nos aconsejaremos cuando sea necesario.

Hoy, más que nunca, el Perú necesita de profesionales así: informados y en quienes podamos confiar nuestras decisiones y las soluciones a nuestros problemas. Los exalumnos de la facultad se dan cuenta de lo importante que es ser solidarios y de lo valiosos que son sus conocimientos para quienes están pasando por momentos difíciles, pues muchos de los problemas del día a día tienden a tener un aspecto legal de por medio y el privilegio de comprenderlo —pero sobre todo de saber cómo resolverlo— les sirve como una motivación para explicarlo y ayudar a quien lo necesite.

Ser un abogado o abogada de la Universidad de Lima significa poner a los demás primero; significa caminar juntos, en equipo, dejando huella y logrando todo lo que uno se proponga.

Pero no sería posible llegar ni al comienzo de la carrera si no fuese por nuestros profesores. Tenemos profesores que nos inspiran a querer ser como ellos, a, luego de habernos graduado, regresar para poder formar a nuevas generaciones de abogados y abogadas. Profesores que con una paciencia y cariño infinitos responden a cada una de nuestras dudas y corrigen cada uno de nuestros errores. Siempre asegurándose de que no solo aprendamos la teoría, sino también de que entendamos cómo funcionan las cosas en la realidad y, de ser el caso, cómo es que deberían funcionar, porque confían en que nosotros podremos hacer que así sea y estoy segura de que lo haremos. Esa es la clave para que un estudiante de esta universidad luego llegue a ser un profesional que conoce el mundo al cual se enfrenta una vez que termina la carrera y esté listo para cambiarlo.

Nuestros profesores son nuestros ejemplos; en muchos casos, son los primeros abogados o abogadas que conocemos y nuestros primeros referentes de a dónde queremos llegar. Son ellos quienes con su experiencia nos enseñan lo mucho que

podemos lograr, sin decirnos que el camino es fácil, pero asegurándose de que tenemos las herramientas necesarias para hacerlo.

Son profesores que logran todo. Que entre audiencias, reuniones, entrevistas y estudios paralelos llegan a cada clase como si eso fuese lo único que hacen, dispuestos a dar lo mejor de sí, como si todo el resto parase para dedicarles esas horas a quienes seremos sus futuros colegas.

Por si no fuese poco, el 2020 les trajo más retos, los obligó a sentarse frente a una pantalla y adaptar el contenido de sus cursos en tiempo récord: sin pizarra, sin poder vernos en todo momento y sin poder caminar entre las carpetas. A pesar de ello, da tranquilidad saber que estamos en un lugar donde todos aprendemos juntos. Donde, juntos, hemos ido descubriendo plataformas y distintos métodos que hace unos años no nos imaginábamos estar usando. Nuestros profesores, con su paciencia y actitud positiva, logran hacer que cada clase sea un espacio de confianza, en donde no nos dé miedo decir lo que pensamos y cuestionar lo que escuchamos.

Entonces, siendo consciente de estos tres factores, hoy puedo afirmar que tomé la decisión correcta en cuanto a la carrera y a la universidad. Puedo darme cuenta del valor que tiene cada uno de ellos y, por ello, quiero terminar agradeciéndoles. Primero, a los amigos y amigas que he conocido desde que entré a la facultad, por hacer que cada clase —presencial o virtual— sea más divertida e interesante. A todos los exalumnos, por abrirnos el camino y dejar el nombre de la facultad en alto, además de ser un ejemplo para los que seguimos estudiando. A los profes, por entender lo que hay detrás de cada alumno que está en sus clases, por escucharnos, por darnos la mano y convertirse en nuestros amigos.

Quiero agradecer también a todos los que han hecho posible, y siguen haciendo posible, que podamos seguir aprendiendo, a pesar de la distancia y los retos. Gracias por su dedicación, su paciencia y su perseverancia, por demostrarnos que no hay distancia suficiente que pueda separar a una familia como la nuestra. Pronto estaremos paseando por un nuevo campus, compartiendo más momentos inolvidables y disfrutando todos juntos en los salones que han visto pasar a tantas generaciones.

Una vez más, gracias por la oportunidad de compartir mis reflexiones con todos ustedes y felices 40 años a nuestra facultad.

ENTREVISTAS A LOS EXDECANOS

<https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2021.n052.5218>

CAMILO CARRILLO*:

“LO FUNDAMENTAL ES SENTIR EL DERECHO COMO PARTE INTEGRANTE DEL PROPIO SER”

En su período como decano de la facultad, se implementaron diversas políticas educativas. ¿Cuál considera usted que fue la más necesaria o relevante para la facultad?

Son tantos los recuerdos que parece mentira que hayan transcurrido cuarenta años. Recordar cómo se formó la facultad, llamada entonces *Programa Académico de Derecho y Ciencias Políticas*, en tiempos del gobierno militar del general Morales Bermúdez, nos obliga a recuperar de la memoria la condición de abogado asesor jurídico que yo tenía de la universidad allá por el año 1977, así como la amistad personal y las largas conversaciones que sostenía con la rectora de esos años, la doctora Ilse Wisotzki. Así, entre cambio de ideas y de pareceres, un día convergimos en que era necesario que la universidad peruana debía aportar académicamente a la institucionalización del país, de modo tal que fuera la civilidad la encargada de su conducción a través de una formación política activa, para lo cual resultaba obvio que hacía falta un conocimiento de base que en ese momento no teníamos como centro de estudios superiores.

Así surgió la idea de incluir en el currículo del primer año de universidad, Estudios Generales, un curso formativo cuyo contenido versara sobre la Constitución y que se llamaría *Cultura Política*, el cual, lejos de promover cercanía o adhesión a partido o grupo político alguno, proporcionara a los alumnos el interés por los grandes temas del país y su conciencia jurídica como nación soberana. Para ello contaríamos con el desarrollo de un espíritu analítico y crítico sobre la materia, despertando la preocupación más allá del acontecer inmediato y cotidiano, de modo tal de proyectar ideas y planteamientos que hicieran sostenible un futuro distinto y mejor. Así nació incipientemente este curso, *Cultura Política*, que resultó todo un éxito, al punto de obtener desde su primer semestre

* Camilo Carrillo fue decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima y el primer director del Programa Académico de Derecho. La entrevista fue elaborada por la revista *Ius et Praxis* y realizada por Anita Solano, estudiante de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima y miembro de esta revista.

lectivo la mayor aprobación del alumnado. Sin embargo, grande fue mi sorpresa un día cuando la rectora me dijo que, a su criterio, una universidad, para contar con el peso académico necesario, debía tener necesariamente una Facultad de Derecho, a lo que yo asentí. Pero fue aún mayor mi sorpresa cuando sin más trámite me propuso, en vista de los buenos resultados del curso Cultura Política, encargarme de la organización y estructuración de la futura Facultad de Derecho para la Universidad de Lima. Lo recuerdo todavía como si hubiera sido ayer. Ese día salí de la universidad pensando en las inmensas posibilidades que se abren en un centro universitario con la creación de una nueva facultad y más aún en las enormes posibilidades de hacer realidad todos los deseos de un mañana distinto y de una Facultad de Derecho que recogiera lo mejor de nuestras experiencias y quizá también lo mejor de nuestros sueños.

Surgió así la idea, insólita por aquellos días, de dictar obligatoriamente un curso de matemáticas como requisito básico para el ingreso a facultad. El derecho no se ha hecho para aquellos a quienes no les gustan o no pueden con las matemáticas; por lo demás, un abogado necesita saber de ellas lo mínimo que le permita hacer una partición de herencia, dividir tierras, partir porcentajes de acciones y, por último, hasta cobrar honorarios. Para todo ello eran y son necesarias las matemáticas, y así se hizo.

Otro tema que se retomó, en momentos en que las corrientes norteamericanizantes de la enseñanza del derecho parecían predominar en el Perú, con detrimento de nuestras verdaderas raíces románicas, fue la introducción con carácter igualmente obligatorio del curso Derecho Romano, I y II, a fin de proporcionar una base sólida para asentar en el Perú las formas legales que permitieran un desarrollo jurídico acorde con nuestra propia tradición histórica y no con base en fundamentos de derechos muy respetables, pero foráneos y, por tanto, ajenos a nuestra realidad jurídica.

Finalmente, recuerdo que siguiendo el método de la Universidad de París Sorbonne, de donde no hacía mucho yo acababa de llegar, nos decidimos por la implementación de cursos electivos a fin de que el alumno pudiera orientar, desde un primer momento, la especialidad a la cual dedicaría su futuro académico o profesional. Fue un proceso rico en experiencias y contenidos en el que colaboraron directamente la doctora María Ramírez y el doctor Luis Rubio del Castillo. El actual decano, el doctor Germán Ramírez-Gastón, era entonces un joven y entusiasta abogado que ponía todo su empeño y corazón en sacar adelante la Secretaría General de la Universidad, brindando en su momento similar apoyo en los primeros dictados de la facultad.

Cuando se terminó el armado del proyecto, se presentó y evaluó conjuntamente por el Rectorado y luego por el Consejo Universitario. El aporte inicial de la doctora Ilse Wisotzki fue excepcional y su apoyo fue decisivo en la preparación y el éxito que luego sobrevendría al inicio de la vida académica lectiva.

Aún la recuerdo con su empeño y decisión como promotora de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, así como recuerdo su decidido apoyo al curso de Instrucción para Abogados. Con este curso decidimos comenzar funciones antes del inicio de los cursos regulares, aprovechando las muchas leyes con las que el Gobierno Constitucional reemplazó varias de las normas dictadas por el régimen militar. Corría el año 1980.

El camino para ser profesional de la carrera de Derecho se puede decir que es un tanto largo en comparación con otras carreras, y la meta que en su mayoría se persigue es lograr la especialización en un tema de interés y conseguir maestrías e incluso el grado de doctor. ¿Usted considera que optar por ser catedrático en Derecho constituye una parte esencial para llegar a la cúspide como abogado?

La función de la universidad no es formar solamente profesionales; igualmente es su papel la preparación de investigadores y docentes, caminos que no necesariamente van siempre juntos. A veces, es cierto, se pueden hasta compartir los tres. Pero para ser un hombre de derecho no es necesario ser profesor, como tampoco lo es ser investigador o abogado; lo fundamental es, en todo caso, sentir el derecho como parte integrante del propio ser. Muchas veces se pregunta la gente cómo se vive mejor el derecho, si ejerciendo la abogacía en forma privada o en la administración pública, en el Poder Judicial o en la vida profesional independiente. Han pasado varios siglos y no encuentro mejor definición que aquella que dio Alfonso X el Sabio, rey de Castilla: "Abogado es el que litiga en pleito ajeno", por lo que, luego de lo que resulta ya ser una larga carrera profesional, puedo afirmar que para llegar a la cúspide como profesional en el campo del derecho es necesario defender, no necesariamente en la corte, también puede ser en el ministerio o en la empresa, pero siempre defender, defender con base en la justicia, la equidad y todo aquello que asegure el orden con valores y justicia social.

Considerando el contexto actual, ¿a dónde cree usted que debería apuntar la facultad a largo plazo y cuál es el reto de los futuros decanos?

El reto a futuro, tanto de la universidad como de la Facultad de Derecho, es seguir sirviendo al Perú. Yo recuerdo alguna vez que de joven vi escrita esta frase en la puerta de un cuartel en Tacna: "Aquí se viene a aprender a servir a la Patria". Yo era apenas un muchacho, pero imaginé que un aviso igual debía de colocarse a la puerta de todas las universidades del Perú. Porque al fin es eso lo que se debe enseñar en la universidad, a amar al Perú. Lo demás lo brindan los libros, las conferencias magistrales, los tratados, etcétera; sin embargo, solo la palabra del profesor es capaz de inflamar el pecho de los jóvenes que asisten a ella en busca de su verdad. Cuando la universidad deja de cumplir su rol, entonces, se convierte en un centro productor de servicios que no traerán más recurso al país que profesionales sin visión de mañana, trabajadores sin más objetivo

que un estipendio. Para eso no existe la universidad y menos una Facultad de Derecho y Ciencias Políticas.

Debido a la pandemia, todas las profesiones han tenido que adaptarse a los medios virtuales. En particular, en el mundo del derecho se han creado plataformas que permiten llevar juicios virtuales o audiencias. ¿Usted considera que ese es el futuro al que debemos apuntar en el medio jurídico o, por el contrario, se debe apuntar a reducir los riesgos de contagio para volver a las sesiones presenciales?

La pandemia ha generado una crisis sin precedentes en nuestras vidas cotidianas, pero, a pesar de sus graves consecuencias, así como vino se irá y volveremos a las clases presenciales. El mundo virtual no pasará de ser un sucedáneo del mundo real, de la imagen, de la palabra, del calor humano que solo el maestro puede brindar directamente con su presencia. El mundo virtual tiene sus ventajas, qué duda cabe. Ya no es posible dividir a mano, o realizar operaciones matemáticas sobre un papel; el mundo de las calculadoras, como el de las computadoras, ha venido a suplir en mucho a las máquinas sumadoras, a los viejos ábacos que también existieron, pero jamás se podrá sustituir el concepto de las cantidades, que solo es posible alcanzar con la mente humana. Pero, así como la máquina de escribir reemplazó a la pluma, la computadora ha venido a reemplazar a la máquina de sumar o a la calculadora. Sin embargo, hasta ahora no se ha encontrado el artificio que sustituya a la mente humana, sus principios y valores. Se podrá armar un buscador de títulos legales, un numerador de leyes y una compilación de documentos, pero difícilmente se podrá obtener un instrumento capaz de desarrollar los principios de accertamiento de la verdad jurídica. Frente a este reto, la máquina puede facilitar el orden y su velocidad, pero jamás suplir el pensamiento humano y menos aún su capacidad de razonamiento en valores.

En países como Estados Unidos, Alemania y Holanda, se ha implementado la votación virtual como un mecanismo que permite mayor eficacia en las elecciones. ¿Cree que podría ser implementada en la legislación peruana? De ser el caso, ¿qué medidas se podrían tomar para asegurar la veracidad de estas?

La votación electrónica no es otra cosa que una tecnología más, así como el voto impreso y secreto también lo fue en su momento. Ahora estamos viendo en los Estados Unidos la importancia que ha tomado el voto postal. ¿Se imaginan lo que sería una votación nominal en un país con millones y millones de habitantes como la China? Ciertamente, hoy en día la aviación comercial no podría procesar sus capacidades de más de cuatrocientas plazas por avión si no fuera por la ayuda de las computadoras y los boletos electrónicos, pero lo que jamás podrá lograrse es la máquina capaz de determinar el destino de cada pasajero, el lugar elegido para vacacionar o cómo y por cuál ruta viajar a su destino. Esas decisiones siempre serán personales, como personal será la decisión contenida en cada voto en toda elección popular, sin lo cual simplemente dejaría de ser democrática.

El tema de la autenticidad o veracidad de los procesos con votación electrónica es apenas un problema técnico de eficiencia por parte de las máquinas. Pero, así como no se concibe una máquina de escribir que grafique algo distinto a lo que le ordena el mecánógrafo, es igualmente impensable una votación con un sistema de votación mecanizado que no respete total y cabalmente la opinión exclusiva y excluyente del votante. Y esto solo es cuestión de tiempo más o tiempo menos, y nada más.

Estoy segura de que su paso por la facultad significó un momento de grandes retos y de crecimiento tanto profesional como en liderazgo. Para nosotros, ser parte de la familia de la Universidad de Lima en la carrera de Derecho es algo que nos marca como profesionales, ya que el perfil del alumno debe ser el reflejo de los pilares de la institución. ¿Cuál diría usted que es la mejor experiencia que se lleva de su paso por la facultad?

Sin duda alguna, el mayor reto que se tuvo que enfrentar con la fundación de la Facultad de Derecho, así como el haber sido nombrado como su primer titular, fue la natural reacción a lo nuevo, el recelo a lo novedoso, y más aún si la novedad conlleva nuevas ideas y nuevos principios, más aún si ello conduce a nuevas formas y niveles de expresión académica. Eso fue el inicio de la facultad, y ese fue su costo personal. Estoy seguro de que enfrentarlo acarreó sus consecuencias, pero mirando los cuarenta años que han transcurrido desde aquel entonces veo que el esfuerzo no fue en vano, que, a fin de cuentas, el tiempo transcurrido no ha hecho otra cosa que confirmar la fe y la esperanza que supimos poner en su creación con Ilse Wisotzki y su visionaria imaginación, cuando fue capaz de concebir una universidad más universal y más grande. A ella va mi recuerdo y mi permanente gratitud.

VÍCTOR GARCÍA TOMA*:

**“DICEN QUE LOS LEONES BRAVOS NO ESTÁN AFUERA,
LOS LEONES MÁS BRAVOS ESTÁN ADETRON”**

En su período como decano de la facultad, se implementaron diversas políticas educativas. ¿Cuál considera usted que fue la más necesaria o relevante para la facultad?

En el tiempo que me tocó conducir la facultad, se habían producido tres circunstancias que son importantes de resaltar. La primera es que el Tribunal Constitucional, en el año 2002, había iniciado un proceso destinado a una producción jurisprudencial en donde había precedentes, jurisprudencia y doctrina vinculante. Ello transformó las fuentes jurídicas: ya no solamente era la ley, sino que la jurisprudencia tenía un papel equivalente. Esta posición adoptada por el tribunal fue repetida tenuemente, pero repetida, al fin y al cabo, por el Poder Judicial, y coincidió también con el hecho de que aparecieron las revistas especializadas que se dedicaron a recopilar la jurisprudencia de la disciplina del derecho a la que se dedicaban. Entonces, nosotros orientamos y coordinamos con los jefes de área y de asignatura la necesidad de que se dictaran clases no solamente sobre la base de la legislación, como la doctrina, sino también incorporar dentro del curso el debate y la discusión de la jurisprudencia. Eso me parece que ha quedado como legado en la facultad.

Un segundo aspecto que nos pareció importante fue modificar el cuadro de profesores. Así recuperamos la presencia de profesores notables, aquellos que tienen un prestigio ganado y son referentes en el derecho. Muchos de ellos tenían problemas con los horarios, y se hicieron todos los esfuerzos para darles las comodidades y facilidades para que regresaran o se incorporaran a la universidad. El segundo eslabón fueron los profesores de base, quienes están continuamente en la universidad, y se abrió un espacio para los jóvenes, es decir, aquellos de nuestras canteras, en quienes veíamos posibilidades de crecer académicamente.

* Abogado por la Universidad de San Martín de Porres. Máster en Derecho Constitucional por la Universidad Federico Villarreal. Profesor de la Universidad de Lima. Socio del Estudio Benites, Vargas & Ugaz Abogados. La entrevista fue elaborada por la revista *Ius et Praxis* y realizada por Anita Solano, estudiante de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima.

El tercer aspecto fue el vinculado a las revistas. La revista *Ius et Praxis* en ese momento fue entregada a los alumnos, bajo la supervisión de un profesor —en ese entonces fue el doctor Ernesto Blume—, y con su impulso recobró vida. Esto motivó a que las otras revistas también se vean impulsadas a competir. Yo diría que estos tres aspectos fueron los más resaltantes, desde esa perspectiva.

¿Cuál considera usted que es el aporte de la facultad a la formación jurídica del país?

La universidad se trazó desde su creación el objetivo de estar vinculada con la empresa. Sucede que en la Constitución del año 79 —años después de la creación de la universidad— se estableció el modelo de economía social de mercado y, en la Constitución del 93, este modelo fue reformulado, ampliado y mejorado. Entonces, el papel que ha cumplido la universidad al formar abogados con una clara posición y tendencia hacia la empresa, en el ámbito de las asesorías, la gerencia, etcétera, sin descuidar, por supuesto, las otras áreas del derecho, creo que ha sido la mejor contribución que ha hecho la Facultad de Derecho a la sociedad peruana.

En países como Estados Unidos, Alemania y Holanda, se ha implementado la votación virtual como un mecanismo que permite mayor eficacia en las elecciones. ¿Cree usted que este mecanismo podría ser implementado en la legislación peruana? De ser el caso, ¿qué medidas se podrían tomar para asegurar la veracidad y transparencia de estas?

Justamente el gran problema de un sistema electoral electrónico o virtual es la posibilidad de garantizar plena transparencia. Incluso, ha habido países que han implementado este modelo y luego han tenido que retroceder. Por ejemplo, en la elección entre George Bush y Al Gore¹, el gran problema fue el cómputo electrónico; es más, se pretendió determinar si la verdad legal era regresar al sistema del conteo manual. Entonces, aun cuando el sistema electrónico hace que los procesos sean más ágiles y más rápidos —seguramente en Suiza más transparentes—, por las características y condiciones de la sociedad peruana, yo creo que por ahora deberíamos caminar más despacio. Creo que todavía, por la naturaleza y características de nuestra sociedad, no deberíamos dar ese paso.

Es obvio y seguro que su paso por la facultad significó un momento de grandes retos y de crecimiento tanto profesional como en liderazgo. Para nosotros, ser parte de la familia de la Universidad de Lima en la carrera de Derecho es algo que nos marca como profesionales, ya que el perfil del alumno debe ser el reflejo de los pilares de

1 Se trata de las elecciones presidenciales de Estados Unidos del año 2000. Bush ganó; sin embargo, fue una elección controvertida a raíz del cuestionamiento del conteo de los votos electrónicos.

la institución. ¿Cuál diría usted que es la mejor experiencia que se lleva de su paso por la facultad?

Ingresé a la facultad primero como secretario. En ese momento, yo ya prestaba labores profesionales en el servicio público y combinaba mi horario con la universidad; sin embargo, me sentía algo insatisfecho por la profesión. No obstante, cuando al año siguiente se me invitó a formar parte de la plana de profesores y asumí el cargo de profesor del curso de Introducción a las Ciencias Jurídicas - Introducción al Derecho, eso para mí fue un vuelco muy importante en mi vida personal. Me permitió publicar un trabajo a través de la universidad que tuvo mucho éxito, tanto que ingresé al área del derecho constitucional. Creo que la universidad me sirvió como un trampolín para otras experiencias: he trabajado en el Tribunal Constitucional, hago arbitrajes, asesorías, litigios; empero, todo eso se construyó sobre la base de ese primer pilar que fue la Universidad de Lima, con la cual estoy muy agradecido.

Y una cosa que me llama la atención y me genera gran simpatía es que me encuentro con varios alumnos —yo tengo 38 años de profesor universitario— y, primero, me da gusto el crecimiento de muchos de ellos, un crecimiento espectacular y extraordinario; ya no somos alumno-profesor, ni siquiera colegas, ¡somos amigos! Y me dan mucho gusto quienes alguna vez estuvieron en el aula; por supuesto que nunca he contribuido de manera significativa en nada para su desarrollo profesional, pero el hecho de haber tenido contacto con ellos, de haberlos conocido, de intuir que podían hacer una carrera tan interesante como las que muchos de ellos han realizado me enorgullece.

Lamentablemente, también ha habido decepciones, gente que yo pensaba que iba a avanzar más en la carrera. He visto personas muy notables que luego se han desanimado de la profesión y han terminado siendo artistas, poetas, periodistas, etcétera, todos, por supuesto, con calidad. Sí lamento que ese grupo no esté en la profesión, porque eran personas muy valiosas, pero evidentemente los leones del Poder Judicial asustan. Y, mira, a muchos efectivamente les resulta una condena; es algo que debemos cambiar. Dicen que los leones bravos no están afuera, los leones más bravos están adentro.

OSWALDO HUNDSKOPF*:

“PARA NOSOTROS ES DE LA MAYOR IMPORTANCIA ESTAR SIEMPRE A LA VANGUARDIA DEL DERECHO MODERNO”

En su período como decano de la facultad, se implementaron diversas políticas educativas. ¿Cuál considera usted que fue la más necesaria o relevante para la facultad?

En mi caso, yo tuve la experiencia coyuntural de asumir el decanato por el fallecimiento de José León Barandiarán Hart en el año 2002; comenzábamos el siglo XXI. Se estaba produciendo en el país una renovación tecnológica, una gran modernidad; estábamos abriendo nuevas especialidades, nuevas materias. El cambio de currículo, en mi caso, y la selección de cursos obligatorios reducidos, así como cursos electivos de una gran gama para que los alumnos vayan diseñando su especialidad. Soy de los que piensa que el abogado “todista” es un imposible real, o sea, es un imposible jurídico. No puede haber abogados que dominen todas las materias, es imposible. El mundo del derecho ha cambiado tanto que hay que tener una prioridad, una preferencia, por ejemplo, en el derecho civil te puedes especializar en sucesiones, contratos, obligaciones, etcétera. En el derecho comercial, en sociedades, títulos valores, entre otros. Entonces, lo que hice fue modernizar, renovar el currículo para estar siempre adelante de otras Facultades de Derecho.

El camino para ser profesional de la carrera de Derecho se puede decir que es un tanto largo en comparación con otras carreras, y la meta que en su mayoría se persigue es lograr la especialización en un tema de interés y conseguir maestrías e incluso el grado de doctor. ¿Usted considera que optar por ser catedrático en Derecho constituye una parte esencial para llegar a la cúspide como abogado?

Personalmente, pienso que es una experiencia muy grata ser catedrático, por el nexo y la vinculación que se tiene con los estudiantes, pero no todo abogado puede hacer

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magíster en Derecho Administrativo y doctor en Derecho. Estudios de especialización en Derecho Mercantil en la Universidad de Salamanca, España, y de posgrado en Comercio Exterior en la Escuela de Administración de Negocios (ESAN). Ha sido decano de la Facultad de Derecho y profesor principal en el Área Corporativa de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. Es árbitro del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Lima, del Centro de Arbitraje del Colegio de Abogados de Lima, de CONSUCODE, CAPECO y la American Chamber of Commerce of Perú. La entrevista fue elaborada por la revista *Ius et Praxis* y llevada a cabo por Alexandra Jackeline Abanto, estudiante de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima.

ambas cosas. Hay a quienes les interesa o les conviene una maestría y un doctorado de Derecho, no para la enseñanza, sino para el ejercicio profesional, porque un magíster, por ejemplo, un abogado que se especializa en derecho financiero o en mercado de valores tiene que saber, de todas maneras, áreas o especialidades nuevas como contabilidad y finanzas, auditoría, arbitraje nacional, internacional, una serie de materias. Creo que es una linda experiencia ser catedrático y abogado, pero no es necesariamente obligatoria. Conozco a muchos abogados que son magísteres y doctores en Derecho que no enseñan, pero cuyos grados les han servido muchísimo porque han aprendido tanto en el país como en el extranjero. Yo he enseñado en la Escuela de Posgrado de la Facultad de Derecho hace unos años y los exalumnos que he tenido no destacan como catedráticos, destacan como abogados.

¿Cuál considera usted que es el aporte de la facultad a la formación jurídica del país?

Creo que siempre hemos estado y seguimos estando como marcadores de la ruta. Yo creo que si alguna facultad ha modernizado la formación, el currículo, para estar en una innovación permanente ha sido la Universidad de Lima. En muchísimos casos, que yo te podría decir porque he enseñado varios años en San Marcos en posgrado y he enseñado, desde que me jubilé, en la San Martín de Porres, que la formación es totalmente distinta. Cuando, por ejemplo, me invitan a dar conferencias en otras Facultades de Derecho como la USIL, la UPC, yo me he dado cuenta de que cuando uno les habla de temas modernos, derecho mercantil o comercial o, ahorita que está de moda, derecho empresarial, con frecuencia los alumnos nunca los han escuchado. Yo me acuerdo de una experiencia en el año pasado, enero o febrero, en una universidad muy grande; había 45 personas, yo les hablaba de, por ejemplo, los actos *ultra vires*, que van más allá del objeto social, y al final se me acercaron, me siguieron hasta mi carro y me dijeron: "Más del 50 % de las cosas que usted ha hablado nunca nos las han enseñado".

Creo que la mayor importancia nuestra es siempre estar a la vanguardia del derecho moderno. Si ustedes ven, ahora en la coyuntura, dónde se dictan las primeras charlas de protección al consumidor, fue en la Universidad de Lima; pasa lo mismo con las primeras exposiciones sobre Indecopi y el arbitraje. La Facultad de Derecho de la Universidad de Lima fue la primera en el país en tener como curso obligatorio el arbitraje, en la primera década del siglo XXI, y ahora tenemos excelentes árbitros que son de nuestra universidad.

Considerando el contexto actual, ¿a dónde cree usted que debería apuntar la facultad a largo plazo y cuál es el reto de los futuros decanos?

Yo apuesto siempre por las clases presenciales, no virtuales; creo que la relación con los alumnos cara a cara en una clase hace que la clase sea muy interesante y muy pertinente. En mi caso, por ejemplo, a mí nunca me han molestado las preguntas en la clase; no entiendo que son interrupciones a mi clase; por el contrario, cuanto más me preguntan,

mejor. Incluso hasta los autorizo para que se salgan del tema que estamos tratando porque por ahí hay una conexión y regresamos, por supuesto. Yo sí creo que Germán Ramírez-Gastón, el actual decano, y seguramente los que vienen van a seguir una especie de ruta que han marcado los anteriores decanos en el sentido de ser una facultad líder en la modernidad y la tecnología. Creo yo que el currículo de la Universidad de Lima ha sido copiado por otras universidades, pero en muchísimos casos no han puesto a los profesores adecuados; entonces, los graduados en otras universidades no saben.

Debido a la pandemia, todas las profesiones han tenido que adaptarse a los medios virtuales. En particular, en el mundo del derecho se han creado plataformas que permiten llevar juicios virtuales o audiencias. ¿Usted considera que ese es el futuro al que debemos apuntar en el medio jurídico o, por el contrario, se debe apuntar a reducir los riesgos de contagio para volver a las sesiones presenciales?

Algunos no están de acuerdo conmigo, pero yo nunca he sido partidario de las clases virtuales. Entiendo que sea así en una situación de emergencia, en una situación transitoria, de crisis como la que estamos pasando, cuando la única forma de que un estudiante de colegio tenga clases es por medios tecnológicos. Pero me dan pena, por ejemplo, las promociones que han salido de los colegios que no han tenido contacto con sus compañeros, que no han tenido siquiera su ceremonia de graduación, su fiesta de promoción ni nada de eso.

Yo sí espero que esta pandemia termine, que la situación en general se componga, se arregle, y anhelo tremendamente regresar a las clases presenciales. Yo sí pienso que uno debe aprender a utilizar los sistemas tecnológicos, el *software* y las computadoras, para eso la Universidad de Lima tiene cursos especiales; pero qué útiles son las clases presenciales. Yo les digo a los alumnos: "Por favor, si quieren no tomo lista, olvídense de la asistencia, pero ninguno ni siquiera conteste el celular en la hora de mi clase". Porque por el celular ahora puedes hacer todo, puedes ver películas, puedes comunicarte en redes con amigos, puedes entretenerte una hora con una facilidad enorme y te olvidas del profesor, pasa una hora y no has ni siquiera escuchado al profesor.

Yo, por ejemplo, no daba la clase desde un escritorio, siempre caminando, y no es que esté prohibido, pero no desearía que utilicen el teléfono, no desearía que tomen apuntes inclusive; no hace falta porque para eso hay doctrina, artículos. Yo siempre les indicaba lo que tenían que leer: "Escuchen, estén atentos y, si hay dudas, pregunten; cuantas más preguntas hagan, mejor". La verdad, para mí, mis últimos años en la Universidad de Lima enseñando, en la década del 2011 al 2019, fueron magníficos.

Definitivamente, estoy absolutamente convencido de que, en materia de derecho empresarial, la coyuntura, la casuística, es tan importante que te permite complementar la clase en cursos como el de arbitraje, por ejemplo. Yo entiendo que las clases deben ser

de 50 minutos como máximo, 10 minutos que descansen, puede comenzar 9 y 15 hasta las 10, pero les pides el 100 % de concentración, que es fundamental creo yo. Mientras más preguntas te hacen, mejor, y yo siempre les digo: "Si tienen alguna pregunta que de repente no está directamente relacionada, pero indirectamente sí, háganmela y yo siempre llego al tema". Por lo que he visto, no de la Universidad de Lima, sino de otras universidades, en computadora con clases virtuales, me dicen: "Yo no sé qué están haciendo, si me están escuchando, no sé si están tomando nota", porque es imposible.

En la era digital hemos visto a muchos negocios trasladarse y optar por las ventas en línea o mediante redes sociales, lo que ha tenido como consecuencia un incremento de empresas informales digitales. ¿Cómo cree que esto estaría impactando a las empresas formales? ¿Cree que la legislación peruana debería imponer sanciones para desincentivar este tipo de comercio?

El marco legal se tiene que adaptar a situaciones de emergencia. El COVID-19 ha impactado en todos los sectores; lamentablemente, también afecta a las ventas que tienen que utilizar sistemas de *delivery*, herramientas en línea, etcétera, pero creo que no lo puedes sancionar, simplemente tienes que buscar otra manera, otros recursos para subsistir, para sobrevivir, para mantener al personal, para mantener a la empresa, y puedes utilizar todo. Ahora, hablemos de cualquier sector, por ejemplo, el sector turismo. ¿Cómo puede ser igual conocer Machu Picchu de manera virtual que presencial, o el callejón de Huaylas o cualquier sitio? Una de mis hijas tiene casa en Huaraz; así veas quinientas fotos, no es lo mismo que estar ahí. Sinceramente yo apuesto por lo presencial.

En países como Estados Unidos, Alemania y Holanda, se ha implementado la votación virtual como un mecanismo que permite mayor eficacia en las elecciones. ¿Cree que podría ser implementada en la legislación peruana? De ser el caso, ¿qué medidas se podrían tomar para asegurar la veracidad de estas?

Considero que a la larga va a ser así en el mundo entero, pero hay que estudiar e implementar las medidas de seguridad para estar absolutamente convencidos de que el votante es efectivamente quien tenía el derecho a emitir su voto, que no haya suplantaciones, sustituciones, fraudes. Yo sí creo que habría que hacer una serie de estudios para que, por lo menos, sea de verdad certera, pero la modernidad nos lleva a eso. Por ejemplo, conversando con un grupo de notarios (pues he tenido la suerte de estar en varios concursos para elegir notarios, y justamente me han pedido que integre un nuevo jurado), vemos que el notariado se va a tener que ir reduciendo, con mucha pena, porque, por ejemplo, en Colombia, si tú quieres constituir una sociedad, no necesitas firma de notario, lo haces por conducto privado; aquí en el Perú pasa lo mismo. Ahora hay muchas cosas que se están simplificando a través del sistema digital, del RUC, de Registros Públicos; entonces, la labor del notario se va reduciendo. ¿Cuál es el futuro de

un notario? Es una pregunta muy complicada, muy difícil; el notario ya no es el mismo de antes. Hace cincuenta años, las escrituras públicas se hacían a mano; ahora todo es absolutamente computarizado: los servicios y los reglamentos de las nuevas normalidades, ya no hay que hacer minuta, ya no hay que hacer escrituras públicas, ahora hay un formato. Yo estoy seguro de que la votación virtual es inevitable; tú vas a poder votar desde tu casa, pero hay que establecer las medidas de seguridad, sistemas que analicen que efectivamente quien está ejerciendo el derecho es el que corresponde.

Estoy segura de que su paso por la facultad significó un momento de grandes retos y de crecimiento tanto profesional como en liderazgo. Para nosotros, ser parte de la familia de la Universidad de Lima en la carrera de Derecho es algo que nos marca como profesionales, ya que el perfil del alumno debe ser el reflejo de los pilares de la institución. ¿Cuál diría usted que es la mejor experiencia que se lleva de su paso por la facultad?

La mejor experiencia fue ser padrino de promoción, algo que ahora ya no existe. Fui padrino como de catorce promociones. El recuerdo más grato es haber tenido tantos alumnos que vienen destacando y que se han convertido en los mejores abogados de los principales estudios de abogados de Lima y del Perú. Una de las mejores experiencias concretas es el caso de los árbitros. Hay árbitros graduados de la Universidad de Lima que destacan tremendamente; puedo mencionar a Natale Amprimo, Enrique Varsi, Luciano Barchi, y podría seguir nombrando a muchos. Yo digo “mi exalumno de la Universidad de Lima” y son muy buenos árbitros. Hoy son mejores que sus profesores. Son gerentes legales de bancos, el gerente legal del Banco de Crédito fue alumno de la Universidad de Lima; y así en muchísimas empresas, grandes empresas, tanto públicas como privadas, hay alumnos de la Universidad de Lima que han destacado y siguen destacando. Eso es lo más grato para mí y, sin duda alguna, lo mejor es que me recuerden y me saluden: “Yo fui su alumno, yo lo recuerdo” y así empezar a ensamblar ideas.

ARTÍCULOS

UN PROCESO DE REFORMA POLÍTICA *AD PORTAS* DEL BICENTENARIO

JOSÉ ANDRÉS TELLO ALFARO*
Universidad de Lima, Lima, Perú
telloalfaroabogados@gmail.com

Recibido: 12/10/20 Aprobado: 17/10/20

doi: <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2021.n052.5015>

RESUMEN. Nuestro país afronta hoy en día el primer proceso de reforma política en lo que va del siglo XXI. A diferencia del precedente más cercano (en la década de los noventa), este proceso ahora se da dentro de un Estado de derecho, que a su vez comulga con esta frágil democracia peruana que, en rigor, se identifica con el prototipo de democracia imperfecta latinoamericana. Con esta reforma se persigue una mayor institucionalidad de nuestro precario sistema político. En ese sentido, hemos experimentado tres olas reformistas en lo que va del 2016 al 2020. Dos de estas tienen un origen institucional (comisiones de trabajo creadas especialmente desde el Parlamento y el Poder Ejecutivo para tratar el tema de la reforma) y la tercera proviene de una iniciativa no institucional (propuestas de reformas constitucionales presentadas por el expresidente Martín Vizcarra en julio del 2018). No obstante, quedan algunas dudas sobre su aplicación en el futuro si tenemos en cuenta que las leyes aprobadas por la reforma no han podido ser aplicadas para las pasadas Elecciones Congresales Extraordinarias 2020 y las próximas Elecciones Generales 2021, ni tampoco se ha concluido con el proceso de reforma política a la fecha. En ese contexto, surge la necesidad de finiquitar este proceso de reforma política y, a su vez, replantear algunos aspectos en torno a la necesidad de mantener la no reelección inmediata de autoridades nacionales y subnacionales, quedando en el tintero la posibilidad de permitir hasta una reelección inmediata sin posibilidad de reelección futura.

PALABRAS CLAVE: democracia / democracia imperfecta / institucionalidad / reforma política / reelección / incumbencia / Estado de derecho

* Miembro del Instituto Peruano de Derecho Electoral (IPDE). Director ejecutivo del Instituto de Investigación y Capacitación Municipal (INICAM) y profesor de la Universidad de Lima.

A POLITICAL REFORM PROCESS ON THE VERGE OF THE BICENTENNIAL OF PERU'S INDEPENDENCE

ABSTRACT. Our country currently faces the first political reform process in its history throughout the 21st century. Unlike its closest precedent (in the nineties), this process takes place under the rule of law, which in turn communes with the fragile Peruvian democracy that, strictly speaking, fits the prototype of imperfect Latin American democracy. With this reform, an improved institutional framework of our precarious political system is pursued. In this sense, we have experienced three reform waves from 2016 to 2020, out of which two have an institutional origin (work commissions created especially by the Parliament and the executive branch to deal with the reform) and one has a non-institutional origin (proposals for constitutional reforms presented by former President Martín Vizcarra in July 2018). However, there are still some doubts about the future application of the current political reform—if we take into account that the laws approved by the reform could not be applied either for the past 2020 Extraordinary Congressional Elections or for the next 2021 General Elections—and its process has not concluded to date. In this context, it is required to finish this political reform process and rethink some aspects concerning the need to maintain the prohibition on consecutive reelection of national and subnational authorities. Nevertheless, the possibility of allowing just one consecutive reelection is in the pipeline.

KEYWORDS: democracy / imperfect democracy / institutional framework / political reform / reelection / incumbency / rule of law

ANTECEDENTES

Partamos por entender que una reforma política es un proceso sistémico, un proceso integral e interdependiente, en la medida que responde a un criterio teleológico, es decir, la finalidad de la norma o normas que se buscan implementar es tener una clara incidencia en lo que es nuestro sistema político. En ese orden de ideas, hay que tener en cuenta que un sistema político es un espacio natural donde interactúan intereses de diferentes grupos dentro de una sociedad. Su vigencia está claramente relacionada con su funcionalidad dentro de un esquema de entrada de demandas y apoyos sociales, con la salida de decisiones y acciones gubernamentales. Gómez Díaz de León (2015), partiendo de la lógica sistémica de David Easton, nos dice:

De esta forma, para Easton, lo que define a un sistema político es su función de distribuir valores que la sociedad considera útiles, como el dinero, la educación, el poder, etc. (Easton, 2006, p. 111). Dichas interacciones operan mediante flujos entre entradas y salidas (*inputs* y *outputs*) a través de un cambio dinámico que se retroalimenta (*feedback*). Las entradas son las demandas, recursos y apoyos que el sistema recibe de los actores de la sociedad. Estas entradas se trasladan del ambiente social al sistema político responsable de la agregación y articulación de esas demandas, funciones que cumple la caja negra (*black box*), formada por aquellos que ocupan determinados roles, sean individuos o grupos, los cuales son capaces de orientar los contenidos del proceso político; que actúan como filtro del sistema, a través de mecanismos de reducción y selección de demandas. Los *outputs* son la respuesta del sistema a aquellas demandas, las decisiones y acciones que se toman tras el proceso de decisión y que, cuando interactúan con el entorno, generan nuevas demandas y apoyos, por lo que el proceso vuelve a comenzar. Este modelo se ha denominado circuito de retroalimentación, o de autorreproducción, o de autopropagación (*feedback loop*), y permite a las autoridades sondear el estado del sistema y corregir errores y perturbaciones. (p. 29)

En resumen, si un sistema político funciona, va a permitir que su sociedad avance en la tramitación de los diferentes intereses que emanan de cada una de sus facciones. Si no funciona, pues hay que cambiar dicho sistema.

Respecto a la eficacia o no de los diferentes sistemas políticos y su relación directa con la democracia, encontramos una reflexión que en los tiempos actuales de la pandemia del COVID-19 hace el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), Sede Argentina: en lo que va del siglo XXI y hasta el 2010, las democracias liberales abarcaban la mayoría de los países, ya que representaban el 55 % de 99 países. Sin embargo, en la última década y hasta el 2018, se observó un declive en los regímenes democráticos de más de veinte países, lo que muestra rasgos de autoritarismo en el gobierno de casi un tercio de la población mundial. La base usada por el PNUD fue el índice 2019 de V-Dem, sustentado en indicadores tales como democracia electoral, Estado de derecho, respeto a las libertades individuales, sistema de pesos y contrapesos entre los poderes.

De acuerdo con este informe del PNUD-Argentina, uno de los desafíos más grandes para la democracia es la lucha contra la exclusión social. La desigualdad económica ha aumentado desde la mitad de la década de los ochenta en la mayor parte del mundo. Con el advenimiento de la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, rápidamente la economía se transformó y puso en evidencia la desigualdad y exclusión de las personas, lo que agravó el desafío que ya enfrentaba la gobernabilidad democrática.

En una buena parte de Latinoamérica se vienen padeciendo crisis sociales que han llegado a cuestionar fuertemente el modelo democrático. Chile, entre el 2019 y el 2020, es una muestra clara de este proceso, que actualmente es cada vez más notorio. Males colectivos como la corrupción, la inseguridad ciudadana y la insatisfacción de necesidades básicas generan cuestionamientos en torno a una conceptualización de la democracia que va más allá de lo electoral, de lo procedimental, que se refleja en comicios electorales periódicos, y nos traslada a esa visión de la democracia en un sentido amplio. Así lo visualizaron autores como Giovanni Sartori o Guillermo O'Donnell, quienes propugnan la búsqueda de un Estado garante de un real ejercicio de los derechos fundamentales que asisten a cada persona. Al respecto, Zovatto (2011) reflexionaba hace algunos años sobre lo que es una realidad latente y constante en nuestra subregión:

No cabe ninguna duda de que el significativo avance logrado en estos años en materia de elecciones libres y justas, así como en la vigencia y respeto de los derechos humanos y la democratización, es un activo que tenemos que reconocer y valorar. Sin embargo, nuestras democracias acusan déficits importantes, así como grados diversos de fragilidad y enormes desafíos, entre los que destacan los problemas institucionales que afectan la estabilidad política, la gobernabilidad y el Estado de derecho, la independencia y la relación entre los poderes, el funcionamiento de los sistemas electorales y del sistema de partidos políticos, así como los graves problemas de inseguridad ciudadana que convierten a nuestra región en una de las más violentas del mundo. (pp. 50-51)

El Perú no es ajeno a esta realidad latinoamericana y, a pesar de que estamos en lo que Sosa Villagarcía (2016) define como el cuarto impulso de nuestra democracia, aún quedan muchas barreras que superar¹. En el siglo XXI, hemos asistido a nuestro cuarto proceso de elecciones generales en el 2016. Elegimos un presidente que, luego de un

1 Sosa Villagarcía (2016) realiza un análisis en el que identifica cuatro impulsos en la historia de la democracia:

- Primer impulso: 1939-1948, ligado a términos electorales y liberales.
- Segundo impulso: 1956-1968, después de la caída electoral del presidente Manuel A. Odría, relacionada con elecciones y transición del régimen militar a uno civil y el reconocimiento del voto de las mujeres.
- Tercer impulso: 1980-1992, en el marco de las elecciones de la Asamblea Constituyente de 1979 y las elecciones de 1980.
- Cuarto impulso: 2001, tras la caída de Fujimori y el gobierno de transición de Valentín Paniagua.

intento de vacancia (el 22 de diciembre del 2017) por el Poder Legislativo, renunció el 21 de marzo del 2018 ante una serie de denuncias por presuntos pagos de la constructora Odebrecht, la negociación del indulto a Alberto Fujimori y los kenjivideos, entre otros. Posteriormente, esta renuncia provocó una crisis institucional y agravó el conflicto entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo, lo que devino en la disolución constitucional del Congreso de la República (el 30 de septiembre del 2019), y se terminó convocando a las Elecciones Congresales Extraordinarias 2020. Recientemente, la representación política en el Congreso, electa el 26 de enero del 2020, terminó vacando en dos intentos al presidente Martín Vizcarra (el 9 de noviembre del 2020) por el caso Richard Swing y por supuestos hechos de corrupción en el Gobierno Regional de Moquegua. En el 2021, el expresidente Martín Vizcarra postuló como candidato a ese Congreso de la República que tanto cuestionó en su oportunidad.

Es cierto que aún no somos una democracia institucionalizada, plena o máxima, pero, por el contrario, Levitsky (2016) diría que “este ha sido, sin ninguna duda, el período más democrático de la historia peruana. Después de todo ha sido un período de éxito democrático electoral con algunas cosas muy positivas. Aunque las instituciones son muy débiles” (p. 28). Es preciso reconocer que hemos avanzado, aunque falte expandir la ciudadanía en el país: “Esto se debe a que la adquisición de la ciudadanía en el Perú es más un proceso de lucha de grandes sectores de la población contra el Estado, que un proceso de reconocimiento desde las propias instituciones estatales” (Cruz y Román, 2016, p. 50).

Como señala Zovatto (2011), no estamos en la discusión entre autoritarismo o democracia, o sobre el tipo de democracia que buscamos. Hemos pasado a una nueva etapa.

La discusión de nuestros días es sobre la calidad de la democracia, de cómo construir más y mejor ciudadanía, de cómo pasar de una democracia electoral a una de ciudadanos y de instituciones; de cómo conciliar democracia con desarrollo en el marco de sociedades con mayores niveles de cohesión social y mayor equidad de género; de cómo buscar una relación más estratégica entre el mercado y el Estado y una más funcional entre Estado y sociedad; de cómo lograr que la democracia dé respuesta a nuevos tipos de demandas provenientes de sociedades más complejas, más modernas, más urbanas; de cómo hacer funcionar de manera eficaz la democracia en un contexto internacional globalizado. Todos estos temas, como podemos observar, constituyen problemas de la democracia que deben discutirse en democracia y cuya solución debe ser encontrada de manera democrática. (p. 51)

En esa línea de ideas, debemos pasar de la democracia electoral —aunque todavía nos encontramos consolidando dicha democracia— a una democracia de ciudadanos, donde puedan eliminarse las desigualdades sociales, económicas y políticas existentes en nuestra sociedad. La consecución de la paridad y alternancia mejora, en cierta medida, la calidad de la democracia, al hacer efectiva la participación de grupos excluidos, permitiendo cerrar brechas existentes al respecto.

La reforma política de los noventa (1993-2004)

Este proceso de reforma política se inició con la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1993, que tuvo una serie de normas de desarrollo constitucional tales como la Ley N.º 26300, Ley de Control y Participación Ciudadana (LCPC); la Ley N.º 26859, Ley Orgánica de Elecciones (LOE); la Ley N.º 28360, Ley de Elecciones del Parlamento Andino (LEPA); la Ley N.º 26864, Ley de Elecciones Municipales (LEM); la Ley N.º 27683, Ley de Elecciones Regionales (LER); la Ley N.º 28440, Ley de Elecciones de Autoridades de Municipalidades de Centros Poblados (LEAMCP); la Ley N.º 26486, Ley Orgánica del Jurado Nacional de Elecciones (LOJNE); la Ley N.º 26487, Ley Orgánica de la Oficina Nacional de Procesos Electorales (LOONPE); la Ley N.º 26497, Ley Orgánica del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (LORENIEC); y, finalmente, la Ley N.º 28094, Ley de Partidos Políticos, que hoy en día se conoce como Ley de Organizaciones Políticas (LOP). Este proceso de reforma política duró once años desde 1993 hasta el año 2004.

En toda la normatividad citada encontramos una serie de elementos que son primordiales, los cuales se centran en el carácter dogmático y orgánico que marca el norte de este ordenamiento de desarrollo constitucional posterior a la entrada en vigencia de la Carta Magna de 1993.

En cuanto al carácter dogmático, advertimos el desarrollo de los derechos fundamentales a la participación política, al sufragio y a la asociación política, entre otros. Estos se ven reflejados en la LCPC, que regula los mecanismos de democracia semidirecta en nuestro país²; la LOE, que regula el sistema electoral vigente para la elección de autoridades nacionales (presidentes, vicepresidentes y congresistas); la LEPA (para parlamentarios andinos), o la LER y la LEM, que a su vez regulan el sistema electoral aplicable a las elecciones de autoridades subnacionales (gobernadores, vicegobernadores, alcaldes y sus respectivos consejos regionales o concejos ediles provinciales y distritales)³. No debemos dejar de lado la LEAMCP, que regula la elección de estas autoridades subnacionales reconocidas, pero no consideradas como una instancia de

2 Con relación a los mecanismos de control y participación ciudadana, entramos a la esfera de lo que se conoce como la democracia semidirecta o participativa. Al respecto, Puertas Gómez (1998) señala: “[...] Por su parte, Marcel Prélot nos indica que dicho modelo ‘se caracteriza por la presencia, dentro de un sistema que en principio es representativo, de procedimientos que permiten al pueblo intervenir directamente dentro de la actividad legislativa y gubernamental’. En el concepto citado encontramos la idea de que la democracia semidirecta es un régimen esencialmente representativo, complementado con instancias de participación popular directa en las decisiones públicas” (p. 77).

3 Para Valdés Zurita (1997): “El sistema electoral es el conjunto de medios a través de los cuales la voluntad de los ciudadanos se transforma en órganos de gobierno o de representación política. Las múltiples voluntades que en un momento determinado se expresan mediante la simple marca de cada elector en una boleta forman parte de un complejo proceso político regulado jurídicamente y que tiene como función establecer con claridad el o los triunfadores de la contienda, para conformar los poderes políticos de una nación” (p. 13).

gobierno local por una aplicación del principio de especialidad de la norma que subsana la antinomia constitucional existente entre el artículo 189 y el 194 de la *Fundamentalis Lex* vigente. En ese orden, apreciamos cómo surge la LOP, que desarrolla justamente el marco normativo de organizaciones políticas de alcance nacional, como lo son los partidos políticos, y de alcance departamental, como lo son los movimientos regionales.

Por otro lado, el desarrollo de la parte orgánica de esta reforma política se traduciría en la dación de las leyes orgánicas de los tres organismos constitucionalmente autónomos: el JNE, la ONPE y el Reniec, gestados en razón de la división del JNE, que constituía originalmente el denominado *Poder Electoral*. Dicha normatividad dio origen a una serie de conflictos competenciales entre el JNE y la ONPE, los cuales a la larga fueron superados.

Este marco normativo de la reforma, que surgió durante una crisis política como la sufrida por el país en los años noventa, hoy nos coloca en un nuevo escenario de reforma política, una vez más en un período crítico de nuestra historia nacional en razón de los casos de corrupción e inoperancia que afectan a nuestra clase política.

La no reelección de autoridades como política transversal a los procesos de reforma política

Debemos tener presente que el Perú es un país donde actualmente las autoridades, en promedio, no son pasibles de una reelección inmediata. Eso viene sucediendo desde la caída del régimen de Alberto Fujimori hasta el referéndum confirmatorio del 2018, que estableció un impedimento de reelección inmediata a los congresistas con un 87 % de aprobación ciudadana.

¿Qué se busca con este tipo de medidas?

En principio, el fin es combatir la incumbencia, que es definida por Córdova e Incio (2013) así:

[...] es un fenómeno que da cuenta de la presencia de candidatos a la reelección en un proceso electoral determinado. Los incumbentes son, por tanto, quienes habiendo ejercido un cargo de elección popular se presentan en competencia para renovar su presencia por un período consecutivo de funciones. (p. 418)

Mediante la Ley N.º 27365, Ley de Reforma Constitucional (del 5 de noviembre del 2000), se modificó el artículo 112 de la Constitución para eliminar la figura de la reelección presidencial inmediata. Dicha medida respondía a la crisis generada por la re-reelección de Alberto Fujimori y el cuestionamiento a las Elecciones Generales 2000.

Queda claro que la incumbencia afectaba el sistema político en la figura de un abuso de la reelección presidencial de Fujimori a finales de los noventa y había que hacer algo al respecto. Empero, hacia el año 2015, cuando se dio el impedimento de reelección

inmediata de gobernadores regionales y alcaldes, mediante la Ley N.º 30305, Ley de reforma de los artículos 191, 194 y 203 de la Constitución Política del Perú sobre denominación y no reelección inmediata de los gobiernos regionales y alcaldes (del 10 de marzo del 2015), la situación no ameritaba una reforma constitucional que impidiera la reelección inmediata de estas autoridades subnacionales. En la tabla 1, apreciamos el porcentaje de reelección inmediata de los gobernadores regionales/presidentes regionales por año.

Tabla 1
Porcentaje de reelección inmediata de los gobernadores regionales por año

Año electoral	Número de gobernadores reelectos	Porcentaje
2006	2	8 %
2010	6	24 %
2014	4	16 %

Elaboración propia con datos extraídos del Infogob (<https://infogob.jne.gob.pe/>)

Complementando estos datos, tenemos la lista de algunos gobernadores que ejercieron su cargo por dos períodos consecutivos. En este caso, solo se tomó en cuenta la reelección inmediata de la autoridad, y no se considera a aquellas que fueron reelectas después de un período. Todos los gobernadores regionales tienen un tiempo máximo de dos períodos de gestión (véase la tabla 2).

Tabla 2
Gobernadores regionales reelectos para dos períodos consecutivos

Región	Nombre	2002	2006	2010	2014
Áncash	César Joaquín Álvarez Aguilar		2006	2010	
Arequipa	Juan Manuel Guillén Benavides		2006	2010	
Ayacucho	Wilfredo Oscorima Núñez			2010	2014
Cajamarca	Gregorio Santos Guerrero			2010	2014
Callao	Félix Manuel Moreno Caballero			2010	2014
La Libertad	José Humberto Murgia Zannier		2006	2010	
Lambayeque	Humberto Acuña Peralta			2010	2014
Lambayeque	Yehude Simon Munaro	2002	2006		
Loreto	Yván Enrique Vásquez Valera		2006	2010	
Piura	César Trelles Lara	2002	2006		
San Martín	César Villanueva Arévalo		2006	2010	
Ucayali	Jorge Velásquez Portocarrero		2006	2010	

Elaboración propia con datos extraídos del Infogob (<https://infogob.jne.gob.pe/>)

Como podemos advertir, con niveles de reelección por debajo del 20 % en el caso de los gobernadores regionales, se configura la primera evidencia de un exceso normativo al colocar un parámetro constitucional a un elector consciente de a quién sí y a quién no reelegía en instancias subnacionales. No se debió limitar la discrecionalidad del elector con una restricción normativa de alcance constitucional. Lamentablemente, esta situación también se constata en el caso de la reelección de alcaldes provinciales (véase la tabla 3).

Tabla 3
Porcentaje de reelección inmediata de los alcaldes provinciales por año

Año electoral	Número de alcaldes provinciales reelectos	Porcentaje
2006	27	13,8 %
2010	34	17,4 %
2014	24	12,4 %

Elaboración propia con datos extraídos del Infogob (<https://infogob.jne.gob.pe/>)

En detalle, encontramos que algunos alcaldes provinciales tuvieron hasta tres períodos consecutivos de mandato, producto de la reelección en un lapso de cuatro gestiones (2002-2014), como se observa en la tabla 4.

Tabla 4
Alcaldes provinciales reelectos para tres períodos consecutivos

Región	Provincia	Nombre	2002	2006	2010	2014
Áncash	Recuay	Milton Duck León Vergara		2006	2010	2014
Arequipa	Islay	Miguel Román Valdivia	2002	2006	2010	
Cajamarca	San Ignacio	Carlos Alfonso Martínez Solano	2002	2006	2010	
Junín	Chupaca	Luis Alberto Bastidas Vásquez		2006	2010	2014
La Libertad	Chepén	Ofronio Wilfredo Quesquén Terrones	2002	2006	2010	
Lambayeque	Lambayeque	Percy Alberto Ramos Puelles	2002	2006	2010	
Lima	Cajatambo	Miguel Ángel Carlos Castillo	2002	2006	2010	
Lima	Huarochirí	Rosa Gloria Vásquez Cuadrado	2002	2006	2010	
Lima	Yauyos	Diomides Alfonso Dionisio Inga		2006	2010	2014
Piura	Ayabaca	Humberto Marchena Villegas		2006	2010	2014
San Martín	Bellavista	Salvador Campos Rodrigo	2002	2006	2010	
Ucayali	Atalaya	Francisco de Asís Mendoza de Souza		2006	2010	2014

Elaboración propia con datos extraídos del Infogob (<https://infogob.jne.gob.pe/>)

En el caso de los alcaldes distritales, los niveles de reelección se redujeron entre el 2006 y el 2014 de manera progresiva del 21,9 % al 17,9 %, algo que indicaba que el elector sabía perfectamente a quién reelegía y a quién no, según se demuestra en la tabla 5.

Tabla 5
Porcentaje de reelección inmediata de los alcaldes distritales por año

Año electoral	Número de alcaldes distritales reelectos	Porcentaje
2006	353	21,9 %
2010	313	19,5 %
2014	291	17,9 %

Elaboración propia con datos extraídos del Infogob (<https://infogob.jne.gob.pe/>)

A pesar de este bajo nivel de reelección, notamos que había un exceso de reelecciones que, a veces, se tornaron emblemáticas, pues algunos alcaldes tuvieron más de cuatro períodos de reelección consecutiva. Sin embargo, eso no justificaba el hecho de establecer una restricción general solo por algunos contados casos en los que el elector, *a contrario sensu* de la constante en el resto del país (no reeleccionista), tenía la costumbre electoral de reelegir a sus autoridades. Así, por ejemplo, en Chorrillos, Pablo Gutiérrez Weselby fue cuatro veces electo alcalde, lo mismo que Augusto Miyashiro Yamashiro, hoy sucedido por su hijo Augusto Miyashiro Ushikubo. La tabla 6 presenta este y otros casos.

Tabla 6
Alcaldes distritales reelectos para cuatro períodos consecutivos

Región	Distrito	Nombre	2002	2006	2010	2014
Arequipa	Chichas	Tomás Wuile Ayñayanque Rosas	2002	2006	2010	2014
Ica	San Juan Bautista	Jorge Luis Quispe Saavedra	2002	2006	2010	2014
Ica	San Pedro de Huacarpana	Melanio Luis Ayllón Lliuya	2002	2006	2010	2014
Junín	Pampa Hermosa	Grudy Víctor Galindo Pariona	2002	2006	2010	2014
Junín	Santa Bárbara de Carhuacayán	Roque Alejandro Contreras Fraga	2002	2006	2010	2014
La Libertad	Paranday	Juan Carlos Vilca Taboada	2002	2006	2010	2014
Lambayeque	La Victoria	Anselmo Lozano Centurión	2002	2006	2010	2014
Lima	Chorrillos	Augusto Miyashiro Yamashiro	2002	2006	2010	2014
Lima	Coaylo	Jaime José Vega Ortiz	2002	2006	2010	2014
Lima	Lurigancho	Luis Fernando Bueno Quino	2002	2006	2010	2014

(continúa)

(continuación)

Lima	Magdalena del Mar	Francis James Allison Oyague	2002	2006	2010	2014
Lima	San Bartolo	Jorge Luis Barthelmess Camino	2002	2006	2010	2014
Loreto	Las Amazonas	Aldo Camilo Paino Inuma	2002	2006	2010	2014
Moquegua	Quinistaquillas	Eleuterio Caytano Coaquira	2002	2006	2010	2014
Piura	Pacaipampa	Juan Manuel García Carhuapoma	2002	2006	2010	2014
Tumbes	San Jacinto	José Luis Cornejo Feijoó	2002	2006	2010	2014

Elaboración propia con datos extraídos del Infogob (<https://infogob.jne.gob.pe/>)

Finalmente, en el caso de los congresistas, la Ley N.º 30906, Ley de reforma constitucional que prohíbe la reelección inmediata de parlamentarios de la República (del 4 de octubre del 2018), plantea un fenómeno parecido. Nuevamente se condiciona a un elector que, según la evidencia empírica, sabe reelegir. Si bien hallamos un incremento de la reelección parlamentaria durante los tres últimos procesos de elecciones generales, las cifras no superan el 25 % del total de parlamentarios electos en cada proceso (véase la tabla 7).

Tabla 7

Porcentaje de reelección inmediata de los congresistas por año

Año electoral	Número de congresistas reelectos	Porcentaje
2006	16	13,3 %
2011	25	19,2 %
2016	29	22,3 %

Elaboración propia con datos extraídos del Infogob (<https://infogob.jne.gob.pe/>)

Entre los congresistas reelectos tenemos figuras emblemáticas de los diferentes partidos políticos (véase la tabla 8). Asimismo, encontramos algunos que no tuvieron una participación continua en el Parlamento, pero sí llegaron a formar parte de este en distintos períodos (véase la tabla 9).

Tabla 8
Congresistas reelectos en períodos consecutivos

Nombre	2001	2006	2011	2016
Ángel Javier Velásquez Quesquén	2001	2006	2011	2016
Carlos Ricardo Bruce Montes de Oca		2006	2011	2016
Cecilia Isabel Chacón De Vettori		2006	2011	2016
Claude Maurice Mulder Bedoya	2001	2006	2011	2016
Elías Nicolás Rodríguez Zavaleta		2006	2011	2016
José León Luna Gálvez	2001	2006	2011	
Luciana Milagros León Romero		2006	2011	2016
Luis Fernando Galarreta Velarde		2006	2011	2016
María Lourdes Pía Luisa Alcorta Suero		2006	2011	2016
Marisol Espinoza Cruz		2006	2011	2016
Rolando Reátegui Flores		2006	2011	2016
Víctor Andrés García Belaunde		2006	2011	2016
Yonhy Lescano Ancieta	2001	2006	2011	2016

Elaboración propia con datos extraídos del Infogob (<https://infogob.jne.gob.pe/>)

Tabla 9
Congresistas reelectos en distintos períodos

Nombre	2001	2006	2011	2016
Jorge Alfonso Alejandro del Castillo Gálvez	2001	2006		2016
Luz Filomena Salgado Rubianes	2001		2011	2016

Elaboración propia con datos extraídos del Infogob (<https://infogob.jne.gob.pe/>)

Queda claro que para el Parlamento existía una mayor apuesta por la experiencia de algunos legisladores, quienes, si bien no ejecutan gasto del erario público, son normalmente personas con un alto nivel de representatividad para determinados sectores de la sociedad, en donde mantienen bases fidelizadas. Esto ocurría en el caso de Luciana León, quien tenía bases en Lima Sur, o de Yonhy Lescano, quien tiene bases en Lima Norte y Lima Sur, por lo que fue electo por esta jurisdicción, a pesar de que su jurisdicción de origen era el departamento de Puno.

De manera transversal a todos los cargos de elección popular, hoy sancionados con el impedimento de reelección inmediata, el fenómeno de la incumbencia se podía advertir en el uso de recursos públicos o de posiciones dominantes para lograr una reelección a través de una política clientelar. Así, por ejemplo, el movimiento regional Chim Pum

Callao copó el Gobierno Regional, la Municipalidad Provincial del Callao y sus distintas municipalidades distritales durante más de dos décadas. Incluso en el Congreso de la República se podía apreciar el manejo político de algunos parlamentarios que buscaban cumplir por medio de sus influencias con ciertas promesas de campaña a sus electores y así recoger nuevamente sus votos cinco años después o, en todo caso, presentarse a las elecciones regionales y municipales. Esto se puede inferir de la muestra cuantitativa sobre la cantidad de proyectos de ley de creación de provincias y distritos, que tuvieron un incremento importante en los años preelectorales y electorales (véase la tabla 10).

Tabla 10

Proyectos de ley de creación de provincias y distritos presentados entre el 2005 y el 2015

Año	Cantidad de jurisdicciones nuevas que se propone crear
2005	3
2006	1
2009	1
2010	1
2011	3
2012	1
2013	10
2014	6
2015	24

Elaboración propia con datos extraídos del portal del Congreso de la República del Perú (<https://www.congreso.gob.pe/>)

En la muestra presentada en la tabla 9, se puede notar que las propuestas legislativas de creación de provincias y distritos, que tienen mucho reconocimiento del electorado del interior del país, se incrementaron durante el año preelectoral 2005. En el 2006, como sucede cada veinte años, coincidieron los dos procesos nacionales: las elecciones generales (EG), que se llevan a cabo cada cinco años, y las elecciones regionales y municipales (ERM), con una periodicidad de cuatro años (el 2026 ocurriría un cruce similar de elecciones si se mantiene la misma periodicidad de cinco y cuatro años respectivamente entre ambas; recordemos que una de las propuestas de la reforma política pendiente es justamente homologar los plazos de las elecciones nacionales a cinco años). En los años 2009 (previo a las ERM 2010), 2010 (año electoral y previo a las EG 2011) y 2011, los pedidos de creación fueron moderados. Sin embargo, eso cambia drásticamente el año preelectoral 2013, con diez proyectos de ley; el año electoral 2014 (ERM 2014), con seis proyectos de ley; y el año preelectoral 2015, con nada menos que veinticuatro proyectos de ley, cuando se había sancionado el impedimento de reelección

inmediata de gobernadores regionales y alcaldes. Para tener un alcance sobre la relación que existiría entre la cantidad de proyectos de creación de jurisdicciones (PCJ) y los posibles casos de incumbencia congresal, debemos revisar la tabla 11.

Tabla 11
Proponentes y número de PCJ que presentaron por cada período entre el 2001 y el 2021

Nombre	2001-2006	2006-2011	2011-2016
Alan García Pérez (Ejecutivo)		1	
Alejandro Aurelio Aguinaga Recuenco			1
Alejandro Toledo Manrique (Ejecutivo)	1		
Antonio Medina Ortiz			1
Eulogio Amado Romero Rodríguez			3
Francisco Ccama Layme			3
Hernán de la Torre Dueñas			1
Josué Manuel Gutiérrez Córdor			2
Juan César Castagnino Lema			1
Julia Teves Quispe			1
Karla Melissa Schaefer Cuculiza			1
Manuel Arturo Merino de Lama			1
Manuel Dammert Ego Aguirre			1
Ollanta Humala Tasso (Ejecutivo)			22
Paulina Arpasi Velásquez	2		
Pedro Spadaro Philipps			1
Reber Joaquín Ramírez Gamarra			1
Rosa María Venegas Mello		1	
Segundo Tapia Bernal			3
Teófilo Gamarra Saldívar			1
Víctor Edinson Valdez Meléndez	1		
Parciales	4	2	44
Total	50		

Elaboración propia con datos extraídos del portal del Congreso de la República del Perú (<https://www.congreso.gob.pe/>)

De los 18 congresistas que presentaron proyectos de creación de distritos, solo 3 lograron reelegirse, como se observa en la tabla 12.

Tabla 12
Proponentes de PCJ y su situación de reelección inmediata

Nombres	Período	Proyectos presentados	Reelección inmediata
Alan García Pérez (Ejecutivo)	2006-2011	1	0
Alejandro Aurelio Aguinaga Recuenco	2011-2016	1	0
Alejandro Toledo Manrique (Ejecutivo)	2001-2006	1	0
Antonio Medina Ortiz	2011-2016	1	0
Eulogio Amado Romero Rodríguez	2011-2016	3	0
Francisco Ccama Layme	2011-2016	3	0
Hernán de la Torre Dueñas	2011-2016	1	0
Josué Manuel Gutiérrez Córdor	2011-2016	2	0
Juan César Castagnino Lema	2011-2016	1	0
Julia Teves Quispe	2011-2016	1	0
Karla Melissa Schaefer Cuculiza	2011-2016	1	1
Manuel Arturo Merino de Lama	2011-2016	1	0
Manuel Dammert Ego Aguirre	2011-2016	1	1
Ollanta Humala Tasso (Ejecutivo)	2011-2016	22	0
Paulina Arpasi Velásquez	2001-2006	2	0
Pedro Spadaro Philipps	2011-2016	1	0
Reber Joaquín Ramírez Gamarra	2011-2016	1	0
Rosa María Venegas Mello	2006-2011	1	0
Segundo Tapia Bernal	2011-2016	3	1
Teófilo Gamarra Saldívar	2011-2016	1	0
Víctor Edinson Valdez Meléndez	2001-2006	1	0
Total		50	3

Elaboración propia con datos extraídos del portal del Congreso de la República del Perú (<https://www.congreso.gob.pe/>)

A partir de los datos de las tablas anteriores, podemos hacer un balance cruzando las variables de presentación de PCJ y de postulaciones a las EG 2016 y las ERM 2018, que se aprecia en la tabla 13.

Tabla 13

Personas que presentaron un PCJ y se postularon a las EG 2016 y a las ERM 2018

Período	Autoridad	PCJ	EG 2016	ERM 2018
2006-2011	Alan García Pérez (Ejecutivo)	1	1	0
2011-2016	Alejandro Aurelio Aguinaga Recuenco	1	0	0
2001-2006	Alejandro Toledo Manrique (Ejecutivo)	1	1	0
2011-2016	Antonio Medina Ortiz	1	1	0
2011-2016	Eulogio Amado Romero Rodríguez	3	0	0
2011-2016	Francisco Ccama Layme	3	0	0
2011-2016	Hernán de la Torre Dueñas	1	0	1
2011-2016	Josué Manuel Gutiérrez Cóndor	2	0	1
2011-2016	Juan César Castagnino Lema	1	0	0
2011-2016	Julia Teves Quispe	1	0	0
2011-2016	Karla Melissa Schaefer Cuculiza	1	1	0
2011-2016	Manuel Arturo Merino de Lama	1	1	0
2011-2016	Manuel Dammert Ego Aguirre	1	1	0
2011-2016	Ollanta Humala Tasso (Ejecutivo)	22	0	0
2001-2006	Paulina Arpasi Velásquez	2	0	0
2011-2016	Pedro Spadaro Philipps	1	0	1
2011-2016	Reber Joaquín Ramírez Gamarra	1	0	0
2006-2011	Rosa María Venegas Mello	1	0	0
2011-2016	Segundo Tapia Bernal	3	1	0
2011-2016	Teófilo Gamarra Saldívar	1	0	1
2001-2006	Víctor Edinson Valdez Meléndez	1	0	0
Total		50	7	4

Elaboración propia con datos extraídos del portal del Congreso de la República del Perú (<https://www.congreso.gob.pe/>)

De los 18 congresistas que presentaron proyectos de creación de distritos, 4 (el 22 % de 18) se presentaron a las ERM 2018 y solo 2 (el 50 % de 4) ganaron esa contienda. A su vez, de los 18 congresistas que presentaron proyectos de creación de distritos, 5 (el 28 % de 18) postularon en las EG 2016 como candidatos a congresistas y solo 3 lograron ganar (el 60 % de 5). En total, de los 18 congresistas, 9 se presentaron a las EG 2016 y las ERM 2018, es decir, postuló el 50 %. En conclusión, si bien no podemos señalar un importante nivel de incumbencia, finalmente sí advertimos la existencia de dicho fenómeno de manera moderada, aunque con una variable que requiere mayor análisis: el incremento de pedidos de creación de nuevos distritos se produce de manera superlativa en el año 2015, cuando se presentaron 24 PCJ, justo el mismo año en que se aprobó

el impedimento de reelección inmediata para gobernadores regionales y alcaldes. Este hecho, sin duda, puede ser objeto de un mayor análisis en el futuro.

REFORMA POLÍTICA 2016-2019

Las tres olas de la reforma política que experimentamos en este quinquenio crítico, que está a punto de concluir, previo al bicentenario, nos dejan *a priori* la sensación de un proceso inconcluso que debería ser terminado, si no por este Congreso en ejercicio, por el siguiente electo en las EG 2021. No obstante, de lo vivido debemos considerar el origen institucional o no de cada una de estas olas reformistas.

La primera ola viene de un impulso primario del Parlamento, que crea el Grupo de Trabajo sobre la Reforma Electoral, adscrito a la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso de la República. Advertimos, entonces, que estamos ante un grupo de trabajo parlamentario y, por ende, se establece el origen institucional *per se* del proceso de reforma en este estadio. Este grupo de trabajo empezó sus actividades el 23 de agosto del 2016, a menos de un mes del 26 de julio de ese año, fecha en que se instaló aquella representación nacional que fue disuelta el 30 de septiembre del 2020. Estuvo conformado por los parlamentarios Marisol Espinoza Cruz, Gilbert Violeta López, Rosa María Bartra, Yonhy Lescano Ancieta, Zacarías Reymundo Lapa y Javier Velásquez Quesquén. Su producción legal vio la luz entre octubre del 2017 y enero del 2018.

La segunda ola reformista emana de manera abrupta y sorpresiva de cuatro proyectos de ley de reforma constitucional que presenta el presidente de la República, ingeniero Martín Vizcarra Cornejo, el 28 de julio del año 2018. Esta fecha sería inmortalizada como el día en que formalmente se declaró la guerra entre el Poder Ejecutivo y el Legislativo, que terminaría en la disolución de un Parlamento, la elección de uno nuevo y, finalmente, la vacancia de un presidente de la República y la entrada en escena del actual gobierno de transición. Esta ola reformista nos legó tres de cuatro reformas constitucionales aprobadas en un referéndum confirmatorio realizado durante la segunda vuelta de la elección de autoridades regionales el 9 de diciembre del 2018. Estamos evidentemente ante un proceso de reforma política no institucional, en la medida que se originó en una atinada y certera decisión política del Poder Ejecutivo, que, luego de dicho acto, cambió para siempre el correlato de fuerzas en su confrontada relación con el Legislativo.

La tercera ola de reforma política institucional se produce cuando el Poder Ejecutivo crea la Comisión de Alto Nivel para la Reforma Política (CANRP), que depende de la Presidencia de la República mediante la Resolución Suprema N.º 228-2018-PCM, publicada el 22 de diciembre del 2018. Dicha comisión estuvo liderada por Fernando Tuesta Soldevilla e integrada por Jessica Bensa Morales, Milagros Campos Ramos, Paula Muñoz Chirinos y Martín Tanaka Gondo. Su trabajo concluyó en la propuesta de doce proyectos de ley. No obstante la expectativa que generó este proceso, a la fecha se encuentra

inconcluso porque, debido a un cálculo político errado del expresidente Martín Vizcarra, se priorizaron seis de los doce proyectos, y los otros seis quedaron en una agenda que ya dejó de ser prioritaria.

Finalmente, en este contexto, se producen dos hechos de notoria importancia que harían que esta reforma política en tres oleadas quede vigente, pero inaplicada en la práctica: la disolución del Congreso y las Elecciones Congresales Extraordinarias 2020, sumadas a la crisis sanitaria del COVID-19 y sus efectos sobre las Elecciones Generales 2021.

Primera ola reformista

En el año 2017, se inició un proceso de reforma a través de la Subcomisión de Reforma Electoral de la Comisión de Constitución y Reglamento del Congreso de la República, producto de la cual se aprobarían varias reformas que rigieron para las ERM 2018. Algunas serán aplicadas en las EG 2021. Las reformas aprobadas entre octubre del 2017 y enero del 2018 figuran en la tabla 14.

Tabla 14

Leyes de reforma política aprobadas por el Congreso de la República entre octubre del 2017 y enero del 2018

Ley	Publicación	Sumilla
Ley N.º 30673	20 de octubre del 2017	Ley que modifica la Ley N.º 28094 (LOP), la Ley N.º 26859 (LOE), la Ley N.º 27683 (LER) y la Ley N.º 26864 (LEM), con la finalidad de uniformizar el cronograma electoral
Ley N.º 30682	18 de noviembre del 2017	Ley que modifica los artículos 4 y 79 de la Ley N.º 26859 (LOE) para optimizar el principio de seguridad jurídica en los procesos electorales
Ley N.º 30688	29 de noviembre del 2017	Ley que modifica la Ley N.º 28094 (LOP) y la Ley N.º 26864 (LEM) para promover organizaciones políticas de carácter permanente
Ley N.º 30689	30 de noviembre del 2017	Ley que modifica el Título VI de la Ley N.º 28094 (LOP) y la Ley N.º 30225, Ley de Contrataciones del Estado, con el fin de prevenir actos de corrupción y el clientelismo en la política
Ley N.º 30692	5 de diciembre del 2017	Ley que modifica la Ley N.º 27683 (LER) y la Ley N.º 26864 (LEM) para regular el vínculo entre el candidato y la circunscripción por la cual postula
Ley N.º 30717	9 de enero del 2018	Ley que modifica la Ley N.º 26859 (LOE), la Ley N.º 27683 (LER) y la Ley N.º 26864 (LEM), con la finalidad de promover la idoneidad de los candidatos a cargos públicos representativos

Elaboración propia con datos extraídos del portal del Congreso de la República del Perú (<https://www.congreso.gob.pe/>)

Segunda ola reformista

El 9 de diciembre del 2018, se llevó a cabo el referéndum ciudadano confirmatorio con el objetivo de votar a favor o en contra de cuatro reformas constitucionales planteadas por el expresidente Martín Vizcarra⁴. Como resultado del referéndum, se aprobaron tres leyes de reforma constitucional (véase la tabla 15).

Tabla 15

Leyes de reforma constitucional aprobadas como resultado del referéndum ciudadano confirmatorio del 9 de diciembre del 2018

Ley	Publicación	Sumilla
Ley N.º 30904	10 de enero del 2019	Ley de reforma constitucional sobre la conformación y funciones de la Junta Nacional de Justicia
Ley N.º 30905	10 de enero del 2019	Ley que modifica el artículo 35 de la Constitución Política del Perú para regular el financiamiento de organizaciones políticas
Ley N.º 30906	10 de enero del 2019	Ley de reforma constitucional que prohíbe la reelección inmediata de parlamentarios de la República

Elaboración propia con datos extraídos del portal del Congreso de la República del Perú (<https://www.congreso.gob.pe/>)

Tercera ola reformista

El trabajo efectuado por la Comisión de Alto Nivel para la Reforma Política (CANRP) se materializó en doce propuestas legislativas, presentadas en su informe final. Sin embargo, por los plazos reducidos con los que se planteó la reforma política, desde el Poder Ejecutivo se priorizaron seis propuestas para ser debatidas por el Congreso de la República. Así, el 27 de agosto del 2019, se publicaron en el diario oficial *El Peruano* cuatro leyes que formaban parte de la reforma política planteada por la CANRP (véase la tabla 16).

4 A los ciudadanos se les consultó lo siguiente:

- ¿Aprueba la reforma constitucional sobre la conformación y funciones de la Junta Nacional de Justicia (antes Consejo Nacional de la Magistratura)?
- ¿Aprueba la reforma constitucional que regula el financiamiento de organizaciones políticas?
- ¿Aprueba la reforma constitucional que prohíbe la reelección inmediata de parlamentarios de la República?
- ¿Aprueba la reforma constitucional que establece la bicameralidad en el Congreso de la República?

Tabla 16

Leyes de reforma política propuestas por la CANRP y aprobadas por el Congreso de la República

Ley	Publicación	Sumilla
Ley N.º 30995	27 de agosto del 2019	Ley que modifica la legislación electoral sobre inscripción, afiliación, comités partidarios, suspensión, cancelación, integración y renuncia a organizaciones políticas
Ley N.º 30996	27 de agosto del 2019	Ley que modifica la Ley Orgánica de Elecciones respecto al sistema electoral nacional
Ley N.º 30997	27 de agosto del 2019	Ley que modifica el Código Penal e incorpora el delito de financiamiento prohibido de organizaciones políticas
Ley N.º 30998	27 de agosto del 2019	Ley por la que se modifica la Ley N.º 28094, Ley de Organizaciones Políticas, para promover la participación política y la democracia en las organizaciones políticas

Elaboración propia con datos extraídos del portal del Congreso de la República del Perú (<https://www.congreso.gob.pe/>)

Normatividad aplicada durante las Elecciones Congresales Extraordinarias 2020

El Perú es un modelo clásico de democracia imperfecta, donde, y así se encuentra demostrado empíricamente, los ciudadanos perciben una democracia, un Estado y una institucionalidad débiles. La principal demostración de eso es la baja aceptación ciudadana que tenía la representación nacional en el Congreso de la República. Sin entrar en mayores aspectos propios del análisis político, el 30 de septiembre del 2019, el presidente del Perú Martín Vizcarra disolvió el Congreso de la República y convocó a las Elecciones Congresales Extraordinarias 2020 para el 26 de enero de ese año, a través del Decreto Supremo N.º 165-2019-PCM. Esta medida gozó en su momento de una legitimidad social altísima, producto de la coyuntura de conflictividad entre el Poder Ejecutivo y el Legislativo, en la cual el último era percibido como obstruccionista. Una encuesta del Instituto de Estudios Peruanos (IEP) señaló que el 84 % de los peruanos se pronunció a favor de la medida tomada por el entonces presidente, en referencia a la disolución del Congreso (Huacasi, 2019).

Dicho proceso electoral no se encontraba calendarizado. El marco constitucional y legal previsto solo indica que entre la disolución del Parlamento y las elecciones congresales deben mediar cuatro meses. Tras la disolución y convocatoria a elecciones, se promulgó el Decreto de Urgencia N.º 002-2019, norma con rango de ley que estableció medidas urgentes y excepcionales que permiten a los organismos electorales garantizar el desarrollo del proceso electoral. Igualmente, se publicó la Resolución N.º 0155-2019-JNE (del 10 de octubre del 2019), que aprueba el cronograma electoral para las Elecciones Congresales Extraordinarias 2020, con lo cual se establecen los hitos

del proceso electoral y, además, se aplica por primera vez el principio de intangibilidad normativa, dispuesto en el artículo 4 de la LOE, que señala lo siguiente:

Artículo 4.- La interpretación de la presente ley, en lo pertinente, se realizará bajo la presunción de la validez del voto. Todas las normas con rango de ley, relacionadas con procesos electorales o de consulta popular que se publican desde un (1) año antes del día de la elección o de la consulta popular, tienen vigencia el día siguiente de la publicación de la resolución que declara la culminación del proceso correspondiente. Todas las normas reglamentarias relacionadas con procesos electorales o de consulta popular que se publican desde su convocatoria tienen vigencia el día siguiente de la publicación de la resolución que declara la culminación del proceso correspondiente.

Por tanto, todas las normas que habían de ser aplicadas en el proceso de las Elecciones Congresales Extraordinarias 2020 debieron ser aprobadas un año antes de la fecha de la elección, a fin de darle predictibilidad al proceso electoral. Por esa razón, de las cuatro leyes publicadas en el diario oficial *El Peruano* el 27 de agosto del 2019, en el marco del proceso de reforma política, las tres que se relacionan directamente con la elección congresal no surten efecto para las Elecciones Congresales Extraordinarias 2020, al no haber sido publicadas dentro del plazo establecido en el artículo 4 de la LOE. La inaplicación temporal de estas tres leyes no genera vacíos normativos, porque se aplicarán ultraactivamente las normas vigentes hasta antes de la modificación. Esta situación tuvo como consecuencia que se apliquen normas que incluso se utilizaron en las ERM 2018.

Normatividad para las Elecciones Generales 2021

Por la crisis sanitaria del COVID-19, el nuevo Congreso de la República, electo en enero del 2020, apenas instalado, promulgó la Ley N.º 31010, Ley que incorpora una disposición transitoria en la LOE, el 27 de marzo del 2020. Esta ley deja sin efecto para los procesos de abril del 2021 el artículo 4 de la LOE (que establece el principio de intangibilidad normativa) y, además, concede un plazo de seis meses para aprobar las normas (reformas político-electorales) relacionadas con procesos electorales. En mérito de este plazo, que venció el 28 de septiembre del 2020, la Comisión de Constitución, liderada por el congresista de Alianza por el Progreso, Omar Chehade, logró poner en consideración del pleno dentro de esta fecha límite un conjunto de dictámenes, lo que terminó con la promulgación de las leyes que se muestran en la figura 1.

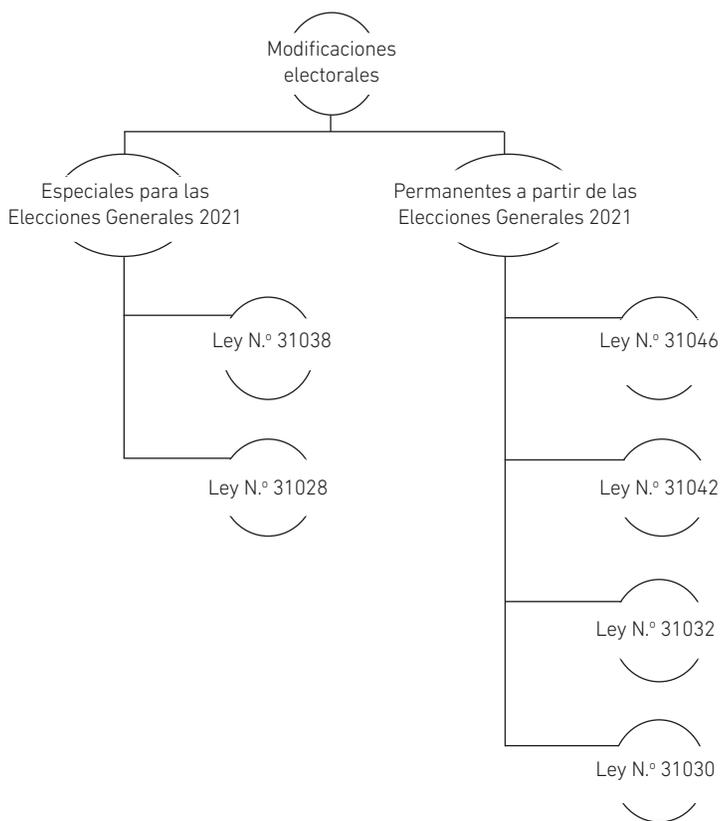


Figura 1. Leyes especiales y permanentes aprobadas por el Congreso de la República para las EG 2021

Fuente: Velásquez Javier, Villalobos Campana, Hurtado Cruz y Tello Alfaro (2020)

Las referidas normas desarrollan una temática de carácter permanente o especial, únicamente aplicable para el proceso electoral del 2021, como se observa en la tabla 17.

Tabla 17

Contenido de las leyes aprobadas por el Congreso de la República para las EG 2021

<p>Financiamiento de partidos políticos Ley N.º 31046</p>	<p>Uso de no menos del 50 % del financiamiento público para actividades de formación, capacitación, investigación y difusión, que también pueden orientarse a procesos electorales. Modificaciones a las cantidades, fuentes y mecanismos del financiamiento privado establecidos en el artículo 30 de la LOP. Modificación de procedimiento de verificación, control y sanción del financiamiento partidario.</p>
<p>Impedimentos a sentenciados Ley 31042</p>	<p>Norma que impide que los sentenciados en primera instancia por delitos dolosos postulen a cargos públicos. Constituye una reforma constitucional.</p>
<p>Suspensiones de partidos políticos Ley N.º 31046</p>	<p>Suspensión de inscripción de los PP que incurran en faltas graves. La ONPE podrá acceder y supervisar las cuentas bancarias de las organizaciones políticas.</p>
<p>Paridad y alternancia Ley N.º 31030</p>	<p>Listas finales conformadas por un 50 % de mujeres y un 50 % de varones. Este criterio será utilizado para la presidencia y vicepresidencias de la República, Parlamento Andino, elecciones regionales y municipales, así como para elecciones dentro de los partidos políticos.</p>
<p>Elecciones primarias Ley N.º 31028</p>	<p>Se aprobó las elecciones primarias, simultáneas y obligatorias (PASO), Ley N.º 30998. Sin embargo, se suspendió para las elecciones del año 2021 (Ley N.º 31028), postergándose para las elecciones regionales y municipales en el año 2022. Para la elección de candidatos para el proceso electoral 2021, se establecieron dos mecanismos: voto universal de militantes o voto por delegados.</p>
<p>Nuevo distrito electoral Ley N.º 31032</p>	<p>Se crea la circunscripción electoral (27) para peruanos residentes en el extranjero; podrán elegir dos representantes al Congreso de la República. Los dos escaños se tomarán de la circunscripción electoral de Lima Metropolitana.</p>

Fuente: Velásquez Javier *et al.* (2020)

REFORMA PENDIENTE

A la fecha tenemos una serie de proyectos de ley presentados ante el Congreso de la República, que podrían terminar con el proceso de reforma política que está pendiente

ad portas del bicentenario. No obstante, el temperamento actual de los congresistas no va en el sentido de sacar adelante estas reformas tan importantes, orientadas a mejorar la gobernabilidad del país en sus tres instancias de gobierno nacional, regional y local. Por ejemplo:

- El PL N.º 04185-2018-PE, que propone que el candidato a la presidencia puede postular a congresista; que la renuncia del presidente del Consejo de Ministros implique la renuncia de todo el gabinete; que el número de miembros del Congreso se base según la población electoral y que, por ende, se regule por ley; la eliminación de la famosa causal de incapacidad mental.
- El PL N.º 04193/2018-PE, que establece que se recibirá un aguinaldo del 1,5 % de una UIT por ser miembro de mesa; se amplía el margen de acción de la ONPE para gestionar el proceso electoral; se habilitan más lugares de votación; se debe implementar, progresivamente, el voto por correo.
- El PL N.º 04194/2018-PE, que amplía legalmente el mandato a cinco años de las autoridades regionales y locales; homologa la fecha de las elecciones al primer domingo del mes de noviembre; adiciona un consejero regional más por cada 100 000 habitantes inscritos en el padrón electoral, además de los siete consejeros mínimos; precisa que todos los candidatos deben ser elegidos al interior del partido; igualmente, indica que se asignará el 40 % de los escaños de consejeros regionales a los partidos más votados; asimismo, que en los lugares donde se aplique la cuota indígena, el cargo público asignado será solo de un representante de la cuota; en caso haya dos, se usará la cifra repartidora.
- El PL N.º 04195/2018-PE, que le proporciona más funciones de control a los consejeros regionales y regidores (para fiscalizar gestión); homologa las causales de vacancia y suspensión de las autoridades regionales y municipales, etcétera.
- El PL N.º 04196/2018-PE, que modifica los artículos 191 y 194 de la Constitución para ampliar el mandato de cuatro a cinco años de las autoridades regionales y locales. De esa manera, quedarían homologados los gobiernos nacionales y subnacionales.

Sin embargo, a la fecha estos proyectos de ley continúan pendientes (véase la tabla 18).

Tabla 18

Estado de los proyectos de ley de reforma política en el Congreso de la República

N.º	Código	Nombre	Situación procesal
1.	04185/2018-PE	Proyecto de ley de reforma constitucional para promover la gobernabilidad y fortalecer la democracia	Pendiente, comisión: Constitución y Reglamento
3.	04193/2018-PE	Proyecto de ley que modifica la Ley N.º 26859, Ley orgánica de elecciones para establecer facilidades para el sufragio de la población en condiciones especiales, precisar el principio de neutralidad y garantizar una mejor elección del proceso electoral	Pendiente, comisión: Constitución y Reglamento
4.	04194/2018-PE	Proyecto de ley que modifica la Ley de Elecciones Regionales y la Ley de Elecciones Municipales, sobre los sistemas electorales regionales y municipales	Pendiente, comisión: Descentralización, Regionalización, Gobiernos Locales y Modernización de la Gestión del Estado
5.	04195/2018-PE	Proyecto de ley que modifica la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales y Control por los Consejos Regionales y Concejos Municipales	Pendiente, comisión: Descentralización, Regionalización, Gobiernos Locales y Modernización de la Gestión del Estado
6.	04196/2018-PE	Proyecto de ley de reforma constitucional que modifica los artículos 191 y 194 de la Constitución sobre el período de mandato regional y municipal	Pendiente, comisión: Descentralización, Regionalización, Gobiernos Locales y Modernización de la Gestión del estado

Elaboración propia con datos extraídos del portal del Congreso de la República del Perú (<https://www.congreso.gob.pe/>)

CONCLUSIÓN

Estamos ante un proceso de reforma política que se encuentra inconcluso, a pesar de haber consumido grandes recursos logísticos y políticos en lo que va del quinquenio 2016-2021, que ya termina. Es importante señalar algunos aspectos medulares:

1. En primer lugar, este tipo de reforma se ha dado en un contexto donde la institucionalidad, la credibilidad de nuestra clase política, la corrupción e ineficiencia del gobierno han puesto a prueba nuestra democracia imperfecta, pero sobre todo nuestro Estado de derecho, el cual se ha visto llevado al límite, pero no colapsado, incluso afrontando cuatro pedidos de vacancia presidencial (dos a Pedro Pablo Kuczynski y dos a Martín Vizcarra), la renuncia de dos presidentes (Pedro Pablo Kuczynski y Manuel Merino de Lama), la vacancia de un

presidente (Martín Vizcarra), una presidencia interina (Francisco Sagasti), un Parlamento disuelto, una elección congresal extraordinaria y una nueva representación nacional electa para el período de mandato complementario a aquel interrumpido con la disolución del anterior Congreso de la República electo el año 2016. A pesar de toda esta convulsión política, que incluso tuvo una incontenible protesta ciudadana, las Fuerzas Armadas se han mantenido no deliberantes y tampoco han asumido su histórico rol de tutela de la democracia (militarismo), quedando, como corresponde, sometidas al poder civil constituido en las urnas (hecho que demuestra la consolidación de este proceso de sometimiento democrático expresado desde que David Waisman Rjavinsthi se convirtió en el año 2001 en el primer ministro civil de Defensa de la historia de nuestro país).

2. Segundo, la reforma política ha tenido para Martín Vizcarra en su ejercicio de la presidencia de la República una utilidad política, un eje temático de su gobierno que no se condice con su propia trayectoria, pues decidió reformar un sistema de partidos políticos siendo él independiente, sin afiliación política a ningún partido; y equilibrar los niveles de gobernabilidad entre poderes del Estado (Poder Ejecutivo y Legislativo) sin tener una bancada en el Congreso y solo gobernando con el poderoso apoyo ciudadano y respaldo político de los gobernadores regionales y alcaldes del país. Empero, es un proceso importante que da vida orgánica a nuestro sistema de partidos en períodos electorales y no electorales, que genera competitividad electoral, que efectivamente coadyuva a balancear las relaciones entre los poderes del Estado, y homologa períodos de mandatos entre autoridades nacionales y subnacionales, lo que da lugar a una estandarización en los mecanismos de control político (suspensiones y vacancias) entre autoridades regionales y municipales, etcétera. Son muchas las ventajas que ofrece la reforma política pendiente de ser concluida como para quede sin ver la luz por una escasa o nula voluntad política del actual Congreso o el próximo, que se instalará el 26 de julio del 2021. En consecuencia, dicho proceso, reiteramos, debe concluir.
3. Tercero, convencidos de que la reforma debe continuar y terminarse, consideramos que es positiva la incorporación de temas como la bicameralidad (que no hemos podido desarrollar en el presente trabajo) o la posibilidad de hasta una reelección inmediata de autoridades como congresistas, gobernadores regionales y alcaldes, siempre y cuando se mejoren también los mecanismos legales y normativos que eviten o palíen los efectos de la incumbencia de las autoridades en ejercicio del cargo que postulan a una reelección inmediata frente a aquellos candidatos que lo hacen sin estar en el ejercicio del poder. Creemos que, por efectos de la curva de aprendizaje, los bajos niveles de

reelección que tiene el elector peruano en promedio (inferiores en general al 25 % en autoridades nacionales y subnacionales), entre otros factores, harían que dicha medida sea saludable y coadyuve a la gobernabilidad de un país que no requiere de un marco normativo restrictivo (basado en el impedimento), sino quizás limitativo (basado en el número de veces), en torno a la justa y legítima competencia electoral por el poder. En el caso de la reelección del presidente de la República, la situación se presenta de una manera más compleja tras la huella que dejó el gobierno de Alberto Fujimori y su abuso de la figura de la reelección presidencial. Creo que, si bien en rigor no podemos soslayar la posibilidad de tentar hasta una sola reelección presidencial, colocar este tema en agenda, de momento, podría entrapar políticamente el debate sobre la reelección en las otras instancias antes mencionadas.

4. Y, por último, indistintamente de las mejoras o cambios que podamos hacer en nuestra normatividad con relación a la regulación del sistema electoral o político, nunca vamos a poder sustraer al elector de su rol de elegir bien y con eso sentenciar su destino como gobernado por el plazo que dura el mandato de aquel candidato al que convirtió en autoridad. Por ende, el deber ciudadano está en emitir un voto consciente, sustentado en una elección racional y no emotiva, al momento de concurrir a las urnas.

REFERENCIAS

- Córdova, B., e Incio, J. (2013). La ventaja del incumbente en el ámbito subnacional: un análisis de las dos últimas elecciones municipales en Perú. *Papeles Políticos*, 18(2), 415-436. Recuperado de <http://www.scielo.org.co/pdf/papel/v18n2/v18n2a02.pdf>
- Cruz, M., y Román, A. (2016). La democracia peruana: apreciaciones e hipótesis desde la escuela. *Argumentos. Revista de Análisis y Crítica*, 10(2), 49-58. Recuperado de https://argumentos-historico.iep.org.pe/wp-content/uploads/2016/06/CRUZ_ROMAN_JULIO2016.pdf
- Gómez Díaz de León, C. (2015). Sistema político y formas de gobierno. En *Ciencia política: perspectiva multidisciplinaria* (pp. 19-48). Ciudad de México: Tirant lo Blanch.
- Huacasi, W. (6 de octubre del 2019). 84 % respalda disolución constitucional del Congreso. *La República*. Recuperado de <https://larepublica.pe/politica/2019/10/06/cierre-del-congreso-84-respalda-disolucion-constitucional-del-parlamento/>
- Levitsky, S. (2016). La precaria continuidad democrática peruana. *Argumentos. Revista de Análisis y Crítica*, 10(2), 27-34. Recuperado de https://argumentos-historico.iep.org.pe/wp-content/uploads/2016/06/LEVITSKY_JULIO2016.pdf

- Puertas Gómez, G. (1998). Democracia e instituciones de democracia semidirecta. Una aproximación teórico-conceptual. *Justicia Electoral. Revista del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*, 11, 71-83. Recuperado de <https://tecnologias-educativas.te.gob.mx/RevistaElectoral/content/pdf/a-1998-02-011-071.pdf>
- Sosa Villagarcía, P. (2016). Los impulsos de la democracia peruana y sus variedades. *Argumentos. Revista de Análisis y Crítica*, 10(2), 41-48. Recuperado de https://argumentos-historico.iep.org.pe/wp-content/uploads/2016/06/SOSA_JULIO2016-2.pdf
- Valdés Zurita, L. (1997). *Sistemas electorales y de partidos*. Ciudad de México: Instituto Federal Electoral.
- Velásquez Javier, V. A., Villalobos Campana, J. M., Hurtado Cruz, V. I., y Tello Alfaro, J. A. (2020). *Manual para candidatos. Elecciones Generales 2021*. Lima: Instituto Peruano de Derecho Electoral, Democracia y Gestión Pública.
- Zovatto, D. (2011). *Democracia y gobernabilidad en América Latina en el siglo XXI temprano*. Ciudad de México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

TRATATIVA CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS CULTURALES COMO CATEGORÍA DE DERECHOS HUMANOS EN EL PERÚ

DANIEL ARNALDO ZEGARRA RIVERA*

Investigador independiente

dzegarra.rivera@gmail.com

Recibido: 2/1/2021 Aprobado: 9/1/2021

doi: <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2021.n052.5060>

RESUMEN. El presente estudio tiene como objetivo central determinar cómo ha sido el desarrollo de la tratativa constitucional de los derechos culturales como categoría de derechos humanos en el Perú. Se revisaron los principales instrumentos internacionales de los cuales surgen estos derechos para identificarlos y clarificarlos. Se comprobó que era necesario revisar las dos últimas cartas magnas peruanas (la Constitución de 1979 y su sucesora, la Constitución Política de 1993, vigente hasta la actualidad), pues ambas trataron los derechos culturales entendidos como derechos fundamentales, pero una y otra presentan diferencias no menores en cuanto al abordaje de estos derechos. Los resultados, en términos generales, fundamentaron que se ha operado un desarrollo positivo de la tratativa constitucional de los derechos culturales como categoría de derechos humanos en el Perú, y que los derechos culturales devenidos de la fuente constitucional son estos: identidad cultural, educación y formación cultural, información y comunicación, patrimonio cultural, expresiones culturales, creación cultural y cooperación cultural.

PALABRAS CLAVE: Constitución / derechos culturales / derechos humanos

* Abogado. Magíster en Derecho Constitucional, con estudios concluidos de maestría en Gestión y Políticas Públicas, por la Universidad Privada de Tacna. Especialista en Derecho Cultural y Derecho del Patrimonio Cultural. Actualmente, es subdirector de la Subdirección Desconcentrada de Patrimonio Cultural, Industrias Culturales e Interculturalidad de la Dirección Desconcentrada de Cultura de Tacna, Ministerio de Cultura.

CONSTITUTIONAL TREATMENT OF CULTURAL RIGHTS AS A CATEGORY OF HUMAN RIGHTS IN PERU

ABSTRACT. The central objective of this study is to determine how the constitutional treatment of cultural rights has developed as a category of human rights in Peru. The main international instruments from which these rights arise were reviewed to identify and clarify them. The necessity to review the last two Peruvian Magna Cartas (the 1979 Political Constitution and its successor, the 1993 Political Constitution, which is currently in force) was determined since both of them address the cultural rights as fundamental rights, thus denoting significant differences regarding the approach to said rights. The results, in general terms, established that the constitutional treatment of cultural rights as a category of human rights in Peru has developed positively, and that the cultural rights coming from the Constitution are: cultural identity, cultural education and training, information and communication, cultural heritage, cultural expression, cultural creation and cultural cooperation.

KEYWORDS: Constitution / cultural rights / human rights

INTRODUCCIÓN

En el mundo actual, la cultura (o lo cultural) ocupa un lugar tan importante que nadie podría negar su condición de factor determinante en el desarrollo de las personas tanto individual como colectivamente. Por ello, algunos autores piden para la cultura el cuarto lugar, si no el primero, entre los elementos integrantes del Estado contemporáneo (junto al poder, territorio y pueblo, según Jellinek) (Arroyo, 2006). “Los derechos culturales —que corresponden a una categoría particular de los derechos humanos— desempeñan un rol fundamental, en tanto se definen como el derecho de toda persona a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad” (Organización de las Naciones Unidas [ONU], 2009), pues, siempre que una persona goce de estos derechos, poseerá mayores garantías y posibilidades de realización como individuo y junto a la sociedad de la que forma parte.

Para López (1999), como resultado de su reconocimiento por el derecho internacional como categoría de derechos humanos, “surgió la innegable responsabilidad de los Estados de introducir en sus textos constitucionales los derechos culturales y su compromiso de adoptar las medidas necesarias para su conservación, desarrollo y difusión, propiciando lo que ahora se conoce como Constitución cultural” (p. 110).

Sin perjuicio de ello, en el caso de América Latina, se afronta una situación paradójica. De acuerdo con Mejía (2004), si bien ha ocurrido un enorme avance en cuanto al constitucionalismo cultural, esta realidad no guarda relación con la vigencia y el ejercicio efectivo de los derechos culturales (como se citó en Bayardo, 2010, p. 59). Por esa conclusión, se constata un fuerte deterioro de la institucionalidad que da pie a que, más allá de las buenas intenciones establecidas en las constituciones, “la efectivización [*sic*] de los derechos culturales esté muy lejos de ser un hecho, debido, entre otros factores, a las dificultades de definir políticas nacionales, regionales o locales que tengan como base los derechos culturales” (Bayardo, 2010, p. 60).

En este artículo se muestra un estado de la cuestión respecto a cómo se ha desarrollado la tratativa constitucional de los derechos culturales como categoría de derechos humanos en el Perú. Para lograr este objetivo, se lleva a cabo una revisión profunda de las Constituciones Políticas de 1933, 1979 y 1993 a fin de dilucidar qué derechos culturales propugnó cada una de ellas, cómo los consignaron y si lograron —en sus respectivos períodos de vigencia— servir de sustento para propiciar la búsqueda del posicionamiento conceptual y procedimental de los derechos culturales como categoría de derechos humanos en nuestro país.

Este trabajo resulta de utilidad tanto para el campo académico como para el profesional. Para el primero, porque analiza los derechos culturales desde la perspectiva de los derechos fundamentales, tarea que siempre demanda mayores estudios. Y, para el

segundo, porque los profesionales del derecho de cualquier nacionalidad podrán tomar esta investigación como punto de referencia para iniciar similares procesos en sus respectivos países.

A continuación, se explica el origen y la construcción del concepto de derechos culturales. Luego, se realiza un acercamiento al tratamiento que estos reciben en los instrumentos internacionales de ámbito universal y latinoamericano, así como por la Unesco y la Declaración de Friburgo. Después, se hará una revisión de la obligación de los Estados en cuanto a la aplicación, respeto, protección y cumplimiento de los derechos culturales. Seguidamente, se abordará los derechos culturales como categoría de derechos humanos en el constitucionalismo peruano, para proseguir con la institucionalización de la cultura y la Constitución cultural del Perú. En este sentido, se trata a la Constitución Política de 1993 como sustento para el posicionamiento conceptual y procedimental de los derechos culturales: la ruta peruana hacia su fortalecimiento, reconocimiento y consolidación. Finalmente, se plantean las conclusiones de esta investigación.

DERECHOS CULTURALES: ORIGEN Y CONSTRUCCIÓN DEL CONCEPTO

Origen: el marco histórico e internacional de los derechos humanos

El reconocimiento de los derechos humanos ha experimentado una evolución que se remonta hasta los siglos XVIII y XIX. En una primera etapa, estuvieron circunscritos al reconocimiento de los derechos civiles, en cuanto derechos del individuo a una esfera cada vez más amplia de libertad individual (Harvey, 1995, p. 3). El proceso de gestación de las revoluciones políticas durante el siglo XVIII, que se extienden hasta nuestra época, eclosionó con la proclamación de la Declaración de Derechos de Virginia (1776) y de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789) con el triunfo de la Revolución francesa. Esto trajo como consecuencia el reconocimiento de una dimensión nueva de derechos humanos: la de los derechos políticos del ciudadano (Harvey, 1995, p. 3). Harvey (1995) señala el siguiente punto sobre el concepto y evolución de los derechos humanos:

La declaración francesa señaló que la finalidad de toda sociedad política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son la libertad, la seguridad y la resistencia a la opresión, proclamándose así derechos naturales del hombre, hoy calificados como civiles y políticos, junto a los principios básicos de libertad e igualdad ante la ley. Tal es el punto de partida de un proceso universal desarrollado ampliamente en los dos siglos anteriores y hasta la segunda década del siglo XX. (p. 3)

Posteriormente, y ya acabando la Primera Guerra Mundial, un movimiento generalizado que apuntaba al reconocimiento de una categoría más amplia de derechos inherentes a la persona, más allá de los derechos civiles y políticos, buscaba la proclamación de una

segunda generación de derechos humanos: los económicos, sociales y culturales. Su consagración en las Constituciones Políticas de los Estados, a partir de la de los Estados Unidos Mexicanos (1917) y de la República de Weimar (1919), "permiten que pueda considerarse que estos derechos noveles alcanzasen verdadero estatuto jurídico-formal en los textos constitucionales" (De Castro, 1993, p. 53), lo que impulsó, tanto en el orden jurídico interno de los países como en el campo de las relaciones internacionales, un movimiento universal a su favor (Harvey, 1995, pp. 3-4).

Sin embargo, fue en el plano supraestatal donde se produjo, tras la finalización de la Segunda Guerra Mundial, la culminación de este proceso con la aprobación por la Asamblea de las Naciones Unidas de la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948), la cual, junto a los tradicionales derechos civiles y políticos, proclamó los flamantes derechos económicos, sociales y culturales. Las Constituciones Políticas de los Estados, a partir del fin de la Segunda Guerra Mundial, intensificaron el reconocimiento nacional de los nuevos derechos (Harvey, 1995). Es importante referir que los derechos económicos, sociales y culturales, necesarios para el pleno desarrollo de la personalidad de cada ser humano, tienen como característica que, a diferencia de los civiles y políticos, "se realizan a través o por medio del Estado" (Harvey, 1995, p. 4), que actúa así como "instrumentos para el bienestar de todas las personas dependientes de su jurisdicción, que les permitiera desarrollar al máximo sus facultades individual o colectivamente" (Van Boven, 1984, p. 136).

Construcción del concepto: rumbo a una definición de derechos culturales

Aunque, como afirma Niec (1998), definir los derechos culturales se presenta como una tarea monumental, no cabe duda de que forman parte de la categoría de derechos "más emblemática respecto a las divisiones ideológicas en materia de derechos humanos cristalizadas después de la Segunda Guerra Mundial" (Champeil-Desplats, 2010, p. 94) y de que, a pesar de que cada día gozan de mayor peso en la conciencia general de los derechos humanos, aún no han alcanzado la misma importancia que el resto, ni en los programas políticos ni en los textos legales (Custodio, 2014, p. 15). Por este motivo, se ha dicho de ellos en múltiples ocasiones que son "una categoría descuidada de derechos humanos", si usamos la expresión entregada por Symonides (2010); o una "categoría subdesarrollada de los derechos humanos" (Meyer-Bisch, 1993), de acuerdo con el Grupo de Friburgo; o la no menos descriptiva expresión acuñada por el profesor Jesús Prieto de Pedro (2008), que los define como el "pariente pobre de los derechos humanos" (pp. 19-23).

A pesar de todo, en los últimos años, se han dado avances importantes en cuanto a su conceptualización. Entre estos esfuerzos, podemos destacar, por ejemplo, el que contiene la Carta Cultural Iberoamericana de Montevideo (Organización de Estados Americanos [OEA], 2006), la cual refiere que los derechos culturales deben entenderse

como derechos de carácter fundamental, según los principios de la universalidad, indivisibilidad e interdependencia. Su ejercicio encuentra desarrollo en el marco del carácter integral de los derechos humanos, de forma tal que ese mismo ejercicio permite y facilita a todos los individuos y grupos la realización de sus capacidades creativas, así como el acceso, la participación y el disfrute de la cultura. Estos derechos son la base de la plena ciudadanía y hacen de los individuos, en el colectivo social, los protagonistas del quehacer en el campo de la cultura (OEA, 2006, p. 7).

Con el mismo espíritu, Prieto de Pedro (2008) ha señalado que una concepción integral de los derechos culturales debería contemplar la totalidad de los derechos que se relacionan con los procesos culturales, comprendiendo así a las libertades de creación artística, científica y de comunicación social; los derechos de autor; el derecho de acceso a la cultura; el derecho a la identidad y a la diferencia cultural; y el derecho a la conservación cultural (pp. 20-21). Esta catalogación guarda vínculos con la presentada por Stamatopoulou-Robbins (2008), quien indica que son generalmente cinco los entendidos como derechos culturales:

El derecho de educación; el derecho a participar en la vida cultural; el derecho de disfrutar de los beneficios del progreso científico y sus aplicaciones; el derecho de beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autor; y, finalmente, la libertad para la investigación científica y la actividad creativa. (p. 3)

Por último, no puede dejarse de lado el análisis conceptual del adjetivo *cultural* que delimita estos derechos y que, además, conlleva su propia problemática (Custodio, 2014, p. 18) en cuanto a su definición. Pero, sin perjuicio de ella, *cultura* puede referirse a muchas cosas, desde el cultivo de las ciencias y disciplinas del conocimiento, incluidas las artes y las letras, hasta un proceso integral asociado a las formas de vida (Donders, 2004). Se entiende por *cultura* al conjunto complejo de conocimientos, creencias, artes, moral, leyes, costumbres y usos sociales que el ser humano adquiere como miembro de una sociedad determinada (Häberle, 2000, p. 145).

LOS DERECHOS CULTURALES EN LOS PRINCIPALES INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

Ha quedado claro que los derechos culturales han surgido desde el seno de los derechos humanos. Son parte de ese sistema con criterios y principios de peso significativo, que bien podrían guiar las normas que pretenden regular los países respecto de estos derechos (Mesinas, 2017, p. 234). En consecuencia, es indispensable revisar los principales instrumentos internacionales de los cuales provienen.

Instrumentos internacionales de ámbito universal (ONU)

Declaración Universal de Derechos Humanos (1948)

El primer instrumento aprobado por la Organización de las Naciones Unidas en el que se enumeran los derechos culturales es la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948). Es su punto de partida. El artículo 27 de la declaración contiene referencias explícitas a estos derechos:

1. Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten.

2. Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.

Debe considerarse también el artículo 10, que versa sobre el derecho a la información; el artículo 22, relacionado a la satisfacción de los derechos culturales indispensables a la dignidad y libre desarrollo de la personalidad; y el artículo 26, que trata el derecho a la educación. (ONU, 1948, p. 8)

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966)

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas (1966) en su artículo 15 considera:

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a: a) participar en la vida cultural; b) gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones; c) beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.

2. Entre las medidas que los Estados Partes en el presente Pacto deberán adoptar para asegurar el pleno ejercicio de este derecho, figurarán las necesarias para la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia y de la cultura.

3. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la indispensable libertad para la investigación científica y para la actividad creadora.

4. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen los beneficios que derivan del fomento y desarrollo de la cooperación y de las relaciones internacionales en cuestiones científicas y culturales. (ONU, 1966, p. 6)

A ello debe agregarse el artículo 13 referido a la educación.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966)

En cuanto a este instrumento, para algunos autores solo contiene una referencia a los derechos culturales en su artículo 27, mediante el cual garantiza a las minorías étnicas, religiosas o lingüísticas el derecho que les corresponde en común con los demás miembros de su grupo a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión, y a emplear su propio idioma. Sin embargo, considero necesario agregar el artículo 19, dentro del contexto del derecho a la libertad de opinión y expresión.

Instrumentos internacionales de ámbito americano (OEA)

Carta de la Organización de Estados Americanos (1948)

La Carta de la Organización de Estados Americanos (1948) posee varios artículos que se vinculan a los derechos culturales. Entre ellos destaca el artículo 50, que establece que “los Estados miembros asegurarán [...] el goce de los bienes de la cultura a la totalidad de la población, y promoverán el empleo de todos los medios de difusión para el cumplimiento de estos propósitos” (OEA, 1948, p. 7).

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948)

En su artículo XIII consagra el derecho a los beneficios de la cultura, indicando que toda persona tiene el derecho de participar en la vida cultural de la comunidad, gozar de las artes y disfrutar de los beneficios que resulten de los progresos intelectuales y especialmente de los descubrimientos científicos (OEA, 30 de abril de 1948). Considero pertinente agregar el artículo XII, que se refiere al derecho a la educación.

Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador” (1989)

En su artículo 14, se consagran el derecho a los beneficios de la cultura y la obligación de los Estados Partes a reconocerlos a toda persona.

Unesco

La labor de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (Unesco) ha tenido especial alcance con los derechos culturales y su fortalecimiento. Como órgano especializado de la ONU, ha generado un nutrido número de instrumentos internacionales que promueven el desarrollo dogmático de los derechos culturales. Veamos, por ejemplo, la Declaración de la Diversidad Cultural (Unesco, 2001), instrumento que enumera derechos que pueden ser desarrollados como culturales en su artículo 5 (Mesinas, 2017, p. 238):

Los derechos culturales son parte integrante de los derechos humanos, que son universales, indisociables e interdependientes. El desarrollo de una diversidad creativa exige la plena realización de los derechos culturales, tal como los define el artículo 27 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y los artículos 13 y 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Toda persona debe tener la posibilidad de expresarse, crear y difundir sus obras en la lengua que desee y en particular en su lengua materna; toda persona tiene derecho a una educación y una formación de calidad que respeten plenamente su identidad cultural; toda persona debe tener la posibilidad de participar en la vida cultural que elija y conformarse a las prácticas de su propia cultura, dentro de los límites que impone el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.

Declaración de Friburgo (2007)

Se trata de un proyecto de declaración sobre derechos culturales presentado el 7 de mayo del 2007 en la Universidad de Friburgo, cuya aprobación por la Asamblea General de la Unesco se encuentra pendiente hasta la fecha. Su importancia radica en que reúne y hace explícitos los derechos culturales que ya están incorporados, aunque en forma dispersa, en numerosos instrumentos internacionales (Colombato, 2012, p. 94). Según la Declaración de Friburgo (2007), los derechos culturales son y se definen:

1. Identidad y patrimonio culturales

Toda persona, individual o colectivamente, tiene derecho:

- a. A elegir y a que se respete su identidad cultural, en la diversidad de sus modos de expresión. Este derecho se ejerce, en especial, en conexión con la libertad de pensamiento, conciencia, religión, opinión y de expresión.
- b. A conocer y a que se respete su propia cultura, como también las culturas que, en su diversidad, constituyen el patrimonio común de la humanidad. Esto implica particularmente el derecho a conocer los derechos humanos y las libertades fundamentales, valores esenciales de ese patrimonio.
- c. A acceder, en particular a través del ejercicio de los derechos a la educación y a la información, a los patrimonios culturales que constituyen expresiones de las diferentes culturas, así como recursos para las generaciones presentes y futuras.

2. Referencia a comunidades culturales

- a. Toda persona tiene la libertad de elegir de identificarse, o no, con una o varias comunidades culturales, sin consideración de fronteras, y de modificar esta elección.
- b. Nadie puede ser obligado a identificarse o ser asimilado a una comunidad cultural contra su voluntad.

3. Acceso y participación en la vida cultural

a. Toda persona, individual y colectivamente, tiene el derecho de acceder y participar libremente, sin consideración de fronteras, en la vida cultural a través de las actividades que libremente elija.

b. Este derecho comprende en particular:

- La libertad de expresarse, en público o en privado, en el o los idiomas de su elección.
- La libertad de ejercer, de acuerdo con los derechos reconocidos en la presente declaración, las propias prácticas culturales, y de seguir un modo de vida asociado a la valorización de sus recursos culturales, en particular en lo que atañe a la utilización, la producción y la difusión de bienes y servicios.
- La libertad de desarrollar y compartir conocimientos, expresiones culturales, emprender investigaciones y participar en las diferentes formas de creación y sus beneficios.
- El derecho a la protección de los intereses morales y materiales relacionados con las obras que sean fruto de su actividad cultural.

4. Educación y formación

En el marco general del derecho a la educación, toda persona, individual o colectivamente, tiene derecho, a lo largo de su existencia, a una educación y a una formación que, respondiendo a las necesidades educativas fundamentales, contribuyan al libre y pleno desarrollo de su identidad cultural, siempre que se respeten los derechos de los demás y la diversidad cultural. Este derecho comprende en particular:

- a. El conocimiento y el aprendizaje de los derechos humanos.
- b. La libertad de dar y recibir una enseñanza de y en su idioma y de y en otros idiomas, al igual que un saber relacionado con su cultura y sobre las otras culturas.
- c. La libertad de los padres de asegurar la educación moral y religiosa de sus hijos, de acuerdo con sus propias convicciones, siempre que se respeten la libertad de pensamiento, conciencia y religión reconocidas al niño, en la medida de la evolución de sus facultades.
- d. La libertad de crear, dirigir y de acceder a instituciones educativas distintas de las públicas, siempre que estas respeten en conformidad con las normas y principios internacionales fundamentales en materia de educación y las reglas mínimas prescritas por el Estado en materia de educación reconocidas internacionalmente y prescritas en el marco nacional.

5. Información y comunicación

En el marco general del derecho a la libertad de expresión, que incluye la expresión artística, la libertad de opinión e información, y el respeto a la diversidad

cultural, toda persona, individual o colectivamente, tiene derecho a recibir una información libre y pluralista, que contribuya al desarrollo pleno libre y completo de su identidad cultural en el respeto de los derechos del otro y de la diversidad cultural; este derecho, que se ejerce sin consideración de fronteras, comprende en particular:

- a. La libertad de buscar, recibir y transmitir información.
- b. El derecho de participar en la información pluralista, en el o los idiomas de su elección, de contribuir a su producción o a su difusión a través de todas las tecnologías de la información y de la comunicación.
- c. El derecho de responder y, en su caso, de obtener la rectificación de las informaciones erróneas acerca de las culturas, siempre que se respeten los derechos enunciados en la presente declaración.

6. Cooperación cultural

Toda persona, individual o colectivamente, tiene derecho a participar, por medios democráticos, en el desarrollo cultural de las comunidades a las que pertenece; en la elaboración, la puesta en práctica y la evaluación de las decisiones que la conciernen y que afectan el ejercicio de sus derechos culturales; y en el desarrollo y la cooperación cultural en sus diferentes niveles. (pp. 5-8)

Custodio (2014) destaca en la Declaración de Friburgo la siguiente relevancia sobre los derechos mencionados:

La Declaración de Friburgo es un instrumento de gran utilidad para la identificación y delimitación de los derechos culturales, además de hacer una importante referencia sobre el rol que tienen en los diversos ámbitos como la prevención de guerras, violencia y terrorismo, así como en la educación, la diversidad y la identidad cultural. (p. 49)

OBLIGACIÓN ESTATAL EN CUANTO A LA APLICACIÓN, RESPETO, PROTECCIÓN Y CUMPLIMIENTO DE LOS DERECHOS CULTURALES

Los derechos humanos se ejercen *erga omnes*, por lo que generan obligaciones para y respecto de todas las personas. Desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos, son los Estados los principales obligados y garantes. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales expresa que las obligaciones estatales consisten en adoptar medidas hasta el máximo de los recursos disponibles y destinarlos al logro progresivo de su plena efectividad (artículo 2, inciso primero). Literalmente, se enfatiza el aspecto progresivo de estos derechos, pero una adecuada interpretación general ha de asumir que todo derecho reconocido como esencial al ser humano involucra obligaciones de los Estados para observarlos y asegurar un nivel de satisfacción mínimo (Muñoz, 2018, p. 91). El concepto de derechos humanos

presupone la existencia de deberes paralelos de los Estados de aplicarlos; sin estas obligaciones, los derechos humanos —y, en consecuencia, los derechos culturales— no tendrían sentido (Symonides, 2010).

En este camino, la Comisión Mundial de Cultura y Desarrollo (UDSE), en su informe titulado *Nuestra diversidad creativa* (1996), propuso una serie de medidas, entre ellas, la elaboración de un inventario de derechos culturales, toda vez que la necesidad de su “codificación” no está en tela de juicio, como tampoco lo está el hecho de que no hace falta crear nuevos derechos, sino dilucidar, clarificar y preparar una lista completa de los existentes ya proclamados. Sin embargo, para que todo esto funcione, es necesario el cumplimiento de aquello que un buen número de instrumentos normativos aprobados por las Naciones Unidas, la Unesco y las organizaciones regionales resaltan: la obligación de los Estados de aplicar los derechos culturales a través de todos los medios apropiados de los que pudieran servirse, además de adoptar las medidas legislativas, administrativas, financieras, educativas, sociales y de cualquier índole que resultasen necesarias para alcanzar este objetivo. En este proceso los Estados deben reconocer que primero deben crear las condiciones y proveer las garantías para la aplicación de los derechos culturales (Symonides, 2010).

Con el objetivo de trazar acciones concretas para impulsar en los Estados la ejecución de acciones garantistas, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales impulsa el triple esquema de obligaciones: respeto, protección y cumplimiento (Muñoz, 2018, p. 91) que, si bien originalmente se orienta al derecho de participar en la vida cultural, considero que la luz tutelar de este triple esquema puede, sin inconvenientes, proyectarse hacia todos los derechos culturales. La perspectiva es que, con la implementación de este esquema, cuando menos, se logre el mínimo nivel de satisfacción pretendido; *a contrario sensu*, los derechos culturales estarían vaciados de contenido, alejados de su aplicación práctica, y pasarían a ser meros enunciados teóricos.

La obligación de respeto convoca al Estado para que se abstenga de interferir, directa o indirectamente, en la esfera de la libertad de participación en la vida cultural, ya sea individual o colectivamente. Esta obligación, en buena cuenta, pretende el respeto incluso de otras libertades, como las de opinión, expresión, información y creación, y, en general, de todos los derechos culturales. La obligación de protección requiere que los Estados adopten medidas positivas para impedir la intervención de otros agentes en el ejercicio de los derechos culturales que eviten o dificulten su disfrute. Y, por último, la obligación de cumplimiento o satisfacción exige del Estado la adopción de medidas activas (legislativas, administrativas, judiciales, presupuestarias y de promoción) que provean condiciones para una amplia participación en la vida cultural por parte de todas las personas (Muñoz, 2018, pp. 91-92), así como garantizar con similares herramientas el resto de sus derechos culturales. Dentro de este último marco (obligación de cumplimiento), las políticas públicas culturales cumplen uno de los roles más importantes, pero

son un verdadero desafío para el conjunto de las políticas culturales de los Estados, dado que estas usualmente han estado centradas en “edificar nación”, como sostiene el informe *Nuestra diversidad creativa* (UDSE, 1996). Lo descrito genera, al menos, dos problemas: “el del reconocimiento y la puesta en práctica de políticas culturales, y el de la vigencia y efectivización [sic] de los derechos culturales de las personas como individuos y colectivamente” (Bayardo, 2010, p. 55).

En América Latina, según Mejía (2004), afrontamos una situación paradójica: la circunstancia de un enorme avance en cuanto al constitucionalismo cultural, que no guarda relación alguna con la vigencia y el ejercicio efectivo de los derechos culturales (como se citó en Bayardo, 2010, p. 59). Es decir, se constata un fuerte deterioro de la institucionalidad que da pie a que, más allá de las buenas intenciones establecidas en las constituciones de cada país, la efectucción de los derechos culturales está muy lejos de ser un hecho en la mayoría de los casos. Esto se debe, entre otros factores, a las dificultades para definir políticas nacionales, regionales o locales que tengan como base los derechos culturales (Bayardo, 2010, p. 60).

LOS DERECHOS CULTURALES COMO CATEGORÍA DE DERECHOS HUMANOS EN EL CONSTITUCIONALISMO PERUANO

El análisis de cómo han sido abordados los derechos culturales como categoría de derechos humanos en el derecho constitucional peruano requiere, primero, definir qué buscamos entre las doce constituciones que el Perú ha tenido y, segundo, determinar desde cuándo buscamos. En cuanto al primer requerimiento (¿qué buscamos?), el catálogo de la Declaración de Friburgo es el que mejor ha logrado unificar los derechos culturales. Por tanto, para examinar la concreción de las referencias directas o indirectas a cultura/derechos culturales en el articulado constitucional, usaré a modo de guía el listado contenido en la mencionada declaración. Respecto al segundo requerimiento (¿desde cuándo buscamos?), debe notarse que en los apartados previos se ha determinado que los derechos culturales como categoría de derechos humanos aparecieron concretamente después de la Segunda Guerra Mundial con la Declaración Universal de Derechos Humanos en 1948. En consecuencia, de las doce constituciones peruanas, corresponderá revisar solo aquellas que tuvieron vigencia desde 1948. Estas son la Constitución Política del Perú de 1933, la Constitución Política de 1979 y la actual Constitución de 1993.

Constitución Política del Perú de 1933

La Constitución de 1933 ha sido tomada en cuenta porque se encontraba en vigor cuando surgió la Declaración Universal de Derechos Humanos en 1948. Tuvo una vigencia de 32 años posteriores a ese evento internacional hasta su final derogación, ocurrida el 28 de julio de 1980, para dar paso a la Constitución Política de 1979.

Esta Carta Magna, luego de la aprobación de la Declaración Universal, no tuvo ninguna reforma con el objetivo de permitir el ingreso de los derechos culturales. Por ello, con este dato, tendré por concluido su análisis. Corresponderá centrar esfuerzos tanto en la Constitución Política de 1979 como en la actual de 1993 para evaluar, en ambas, cómo ha sido y es la tratativa de los derechos culturales como categoría de derechos humanos.

Constitución Política del Perú 1979

Esta Constitución entró en vigor el 28 de julio de 1980 y fue un texto que para muchos juristas se inscribía en las modernas tendencias del constitucionalismo contemporáneo (Chanamé, 2015, p. 12). Cinco artículos de la Constitución de 1979 contenían expresamente el término *cultura*; sin embargo, poseía más apartados con garantías que por su contenido podría afirmarse que aludían a derechos culturales. Estos se encontraban repartidos en el Título I: Derechos y deberes fundamentales de la persona, específicamente entre el Capítulo I: De la persona y el Capítulo IV: De la educación, la ciencia y la cultura. Es importante destacar que esta Constitución posee un preámbulo extenso, pero con una sola referencia a los derechos culturales a través de la expresión del propósito estatal de defender el patrimonio cultural como medio para mantener y consolidar la personalidad histórica de la patria (Constitución Política de 1979, 1980, preámbulo).

Al analizar la concreción del articulado constitucional de 1979, se intuye —a la luz del listado presentado por la Declaración de Friburgo— cinco bloques de reunión, dentro de los cuales es posible ubicar los derechos culturales directa o indirectamente. Estos son identidad cultural, patrimonio cultural, acceso y participación en la vida cultural, educación y formación, e información y comunicación. A ellos se añade el bloque de cooperación cultural.

Identidad cultural

La Constitución de 1979 no contiene tutela expresa de la identidad cultural. Debe subsumirse en los incisos 3 y 4 del artículo 2, que versan sobre la libertad de conciencia y la libertad de expresión respectivamente. Sí regula la obligación de la enseñanza de los derechos humanos tanto en la educación civil como militar en todos sus niveles, en el artículo 22. Los artículos 34 y 35 también forman parte de este grupo, porque a través de ellos el Estado estimulaba la preservación de las manifestaciones culturales nativas y las lenguas aborígenes, innegables oportunidades identitarias.

Los artículos 161, 162 y 163 tenían como horizonte resguardar los derechos de las comunidades campesinas y nativas. Considero que estos artículos protegían la identidad cultural de estas comunidades, aunque no fuese una determinación expresa.

Patrimonio cultural

Tutelado solo por el artículo 36, en este apartado se expresaba que los yacimientos y restos arqueológicos, construcciones, monumentos, objetos artísticos y testimonios de valor histórico, declarados Patrimonio Cultural de la Nación, estaban bajo el amparo del Estado. La ley regulaba su conservación, restauración, mantenimiento y restitución.

Acceso y participación en la vida cultural

Indirectamente, este derecho estaba resguardado por el inciso 4 del artículo 2. Y, directamente, en cuanto al acceso a la cultura, por la segunda parte del inciso 6 del artículo 2 y en el inciso 16 del mismo articulado respecto a participación cultural.

Educación y formación

El derecho a la educación es un marco general dentro del cual deben garantizarse condiciones que permitan a las personas alcanzar pleno desarrollo de su identidad cultural (Declaración de Friburgo, 2007, p. 7). Este marco general estaba dado —con caracteres que resultaban perfectibles— desde el artículo 21 hasta el artículo 40. En este grupo puede destacarse el artículo 21, que consideraba expresamente que el derecho a la educación y a la cultura es inherente a la persona humana y que la educación tiene como fin el desarrollo integral de la personalidad. El artículo 22 fijaba que la educación fomenta el arte y la ciencia, y que la educación religiosa se imparte sin vulnerar la libertad de conciencia. Además, determinaba la obligación de la enseñanza de los derechos humanos. Cabe destacar que esta Carta establecía como obligatoria solo a la educación primaria (artículo 25); la educación inicial y secundaria no tenían el mismo carácter. Este es un aspecto no menor, puesto que, aun cuando señalaba que mantenía su obligatoriedad en todas sus modalidades, resultaba una previsión insuficiente si el objetivo era garantizar a las personas contextos educativos que, respondiendo a las necesidades educativas fundamentales, contribuyeran al libre y pleno desarrollo de su identidad cultural.

Información y comunicación

Las referencias pueden entenderse subsumidas en los incisos 4 y 6 del artículo 2 de la Constitución de 1979.

Cooperación cultural

Si bien no existe referencia directa, considero que la existencia de libertades fundamentales posibilitaba la cooperación cultural, en tanto se la entiende como el derecho que toda persona tiene, individual o colectivamente, a participar por medios democráticos en el desarrollo cultural de las comunidades a las que pertenece y en la elaboración, la

puesta en práctica y la evaluación de las decisiones que la conciernen y que afectan el ejercicio de sus derechos culturales (Declaración de Friburgo, 2007, p. 8)

Constitución Política del Perú de 1993

Esta Constitución entró en vigencia el 31 de diciembre de 1993 y, a diferencia de su antecesora, presenta un preámbulo reducido donde no hace ninguna referencia a cultura o derechos culturales.

Contiene siete artículos en los que menciona expresamente el término *cultural*. A ello se suma otro grupo de preceptos que, directa o indirectamente, por su contenido, denotan y representan los derechos culturales. Estos derechos están repartidos entre el Título I: De la persona y la sociedad (donde ocupa lugares en el Capítulo I: Derechos fundamentales de la persona, el Capítulo II: De los derechos sociales y económicos, y el Capítulo VI: Del régimen agrario y de las comunidades campesinas y nativas), y en el Título IV: De la estructura del Estado (en el Capítulo XIV: De la descentralización). Con el objetivo de establecer una comparación didáctica con la Constitución de 1979, se usarán similares bloques de reunión de los derechos culturales contenidos en la Constitución de 1993.

Identidad cultural

Merece rescatarse como positiva la impronta étnica (Marzal, 1978) en la filosofía constitucional peruana de la Constitución de 1993. Así, aparte de reafirmar el derecho de toda persona a usar su lengua aborigen (segunda parte del inciso 19 del artículo 2), provee del derecho a la identidad étnica. Con ello se permitiría afirmar un Perú pluriétnico y multinacional (Cotler, 1987). Similar condición contiene el artículo 89, en tanto define que el Estado respeta la identidad cultural de las comunidades campesinas y nativas. El artículo 14 establece la obligatoriedad de la enseñanza de los derechos humanos. El artículo 17 contiene en su último párrafo una fórmula clara que fomenta la educación bilingüe e intercultural según las características de cada zona. No es menor la trascendencia de este artículo si tenemos en cuenta la diversidad cultural que caracteriza a la nación. La identidad cultural también se subsume en el inciso 1 del artículo 2, desarrollado con meritorio aporte por el descollante civilista Carlos Fernández Sessarego (1992). Finalmente, el artículo 48 supera la discriminación que existía en la Constitución de 1979 respecto a los idiomas oficiales, pues no solo sería el castellano, sino también el quechua, el aimara "y las demás lenguas aborígenes" (Zierer, 1992).

Patrimonio cultural

Tutelado por el artículo 21, determina que los yacimientos y restos arqueológicos, construcciones, monumentos, lugares, documentos bibliográficos y de archivo, objetos

artísticos y testimonios de valor histórico, expresamente declarados bienes culturales, y provisionalmente los que se presumen como tales, son Patrimonio Cultural de la Nación, independientemente de su condición de propiedad privada o pública, y están protegidos por el Estado. Además, señala expresamente que la ley garantiza la propiedad de dicho patrimonio. Otro aspecto importante es que este artículo faculta al Estado a fomentar, conforme a ley, la participación privada en la conservación, restauración, exhibición y difusión del patrimonio cultural, así como su restitución al país cuando hubiere sido ilegalmente trasladado fuera del territorio nacional. Asimismo, en su artículo 195, considera como una de las competencias de los gobiernos locales la de desarrollar y regular actividades y/o servicios en materia de conservación de monumentos arqueológicos e históricos, lo que es una referencia clara a bienes integrantes del Patrimonio Cultural de la Nación.

Acceso y participación en la vida cultural

La Constitución de 1993 señala expresamente en el inciso 8 del artículo 2 que el Estado propicia el acceso a la cultura y fomenta su desarrollo y difusión. Similar claridad contiene el inciso 17 del mismo artículo 2, que considera como derecho fundamental de la persona el de participar, en forma individual o asociada, en la vida cultural de la nación.

Educación y formación

Siguiendo el esquema de valoración usado para la Constitución de 1979, que proviene de la Declaración de Friburgo, se reconoce previamente que el derecho a la educación es un marco general dentro del cual deben garantizarse condiciones que permitan a las personas, a lo largo de su existencia, alcanzar pleno desarrollo de su identidad cultural (Declaración de Friburgo, 2007, p. 7). En la Constitución de 1993, este marco avanza desde su artículo 13 hasta el 19. En este grupo, destaca el artículo 13, pues determina que la finalidad de la educación es el desarrollo integral de la persona, además de garantizar la libertad de enseñanza, así como el deber de los padres de educar a sus hijos y su derecho a escoger los centros educativos y participar en el proceso educativo. El artículo 14 establece la obligatoriedad de la enseñanza de los derechos humanos. El artículo 17 posee especial relevancia por dos factores: el primero, porque considera obligatorias la educación inicial, primaria y secundaria; y el segundo, porque contiene en su último párrafo una fórmula clara que fomenta la educación bilingüe e intercultural según las características de cada zona. Otro artículo relevante es el 18, que señala como fin de la educación universitaria la difusión cultural.

Información y comunicación

Puede considerarse como garantía de este derecho el contenido de los incisos 4 y 6 del artículo 2.

Cooperación cultural

Si bien no existe referencia directa, considero que la existencia de libertades fundamentales posibilita la cooperación cultural, en tanto se la entiende como el derecho que toda persona tiene, individual o colectivamente, a participar por medios democráticos en el desarrollo cultural de las comunidades a las que pertenece y en la elaboración, la puesta en práctica y la evaluación de las decisiones que la conciernen y que afectan el ejercicio de sus derechos culturales (Declaración de Friburgo, 2007, p. 8).

CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA CULTURA Y CONSTITUCIÓN CULTURAL DEL PERÚ

El fenómeno conocido como *constitucionalización de la cultura* es característico solo del constitucionalismo contemporáneo (López, 1999, p. 109). La cultura y los derechos culturales aparecen reflejados en la Carta Magna de los modernos Estados con conceptos complejos y ricos, como una realidad pluridimensional que implica derechos individuales, derechos colectivos y una trascendental y básica faceta de función social al servicio de la colectividad (Torres del Moral, 1984, p. 210). La constitucionalización de la cultura reconoce los derechos culturales (López, 1999, p. 109) y se define por la interpretación sistemática de todos los preceptos que se refieren a la realidad pluridimensional en que la cultura consiste (Tajadura, 1998, p. 102).

Al respecto, Torres del Moral (1984) escribe: “Generalmente, podríamos decir que en todo texto fundamental, al menos en el constitucionalismo más reciente, coexisten una Constitución política, una Constitución económica y una Constitución cultural” (p. 88). En efecto, al lado del conjunto de principios que la Constitución dedica, por ejemplo, a las relaciones económicas, deben situarse una serie de disposiciones de no menos trascendencia que den entrada a una nueva dimensión de garantías constitucionales cuyo fundamento se centra en una serie de opciones en las que se acepta determinado modelo de cultura, y que deben integrarse bajo la noción común de Constitución cultural (Pizzorusso, 1984, p. 193). Así como se habla de la Constitución económica, tenemos que referirnos a la Constitución cultural como el conjunto de principios y preceptos con relativa autonomía que se refieren a materias culturales (Miranda, 2010, p. 52).

Pero la expresión *Constitución cultural* debe ser tomada con prudencia. Considerar una Constitución cultural (o una Constitución económica, penal o electoral) puede revelarse útil, en la triple medida en que proporciona una conciencia más nítida del objeto de la Constitución, permite profundizar el análisis de las pertinentes normas constitucionales y sirve de apoyo para el imprescindible puente entre esas normas y las normas de la legislación ordinaria que la desarrollan. Sin embargo, todo esto no debe tener como consecuencia la eliminación y pérdida de la unidad sistemática de la Constitución. No existe una Constitución cultural independiente de la Constitución política o una Constitución penal al margen de la Constitución administrativa. Incluso cuando hubiera

discrepancias entre ellas, deben ser leídas y comprendidas en el contexto de la misma Constitución material (Miranda, 2003, p. 289). Así el asunto, la Constitución cultural en el Perú está integrada por los siguientes preceptos: incisos 3, 4, 8, 17 y 19 del artículo 2; artículos 13, 14, 16, 17, 18, 19, 21, 48, 89, 190 y 195 de la Constitución Política de 1993.

LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1993 COMO SUSTENTO PARA EL POSICIONAMIENTO CONCEPTUAL Y PROCEDIMENTAL DE LOS DERECHOS CULTURALES

Teniendo a la Constitución Política de 1993 como sustento, el Perú oficializó la aprobación de su Política Nacional de Cultura¹ mediante el Decreto Supremo N.º 009-2020-MC de fecha 20 de julio del 2020. Se trata de un instrumento que toma como punto de partida el reconocimiento de que el país presenta un grave problema vinculado a las limitaciones que tienen los ciudadanos para ejercer plenamente sus derechos culturales. Por esta razón, la política pública apuesta por reconocer y consolidar a los ciudadanos como sujetos de derechos culturales (Ministerio de Cultura, 2020, p. 8). Responde oficialmente a la pregunta: ¿qué son los derechos culturales? (p. 18); entrega una definición de *cultura* (p. 19) y responde a otra pregunta de no menor importancia: ¿cuáles son los derechos culturales de los peruanos? Estos se resumen en la tabla 1.

Tabla 1

Derechos culturales de los peruanos según la Política Nacional de Cultura (2020)

Derecho cultural	Descripción
Identidad cultural	Toda persona tiene derecho a elegir y a que se respete su identidad cultural, en la diversidad de sus modos de expresión (prácticas culturales, territorio, lengua, etcétera), en conexión con la libertad de pensamiento, conciencia, religión, opinión y de expresión.

(continúa)

1 Esta política se sustenta en la Constitución Política del Perú (1993), que señala que el Estado tiene el deber de reconocer y proteger la pluralidad étnica y cultural de la nación (artículo 2, numeral 19), proteger el Patrimonio Cultural de la Nación (artículo 21), y propiciar el acceso a la cultura y fomentar su desarrollo y difusión (artículo 2, numeral 8). En este sentido, el artículo 2 de la Constitución señala que toda persona tiene derecho “a la igualdad ante la ley” (numeral 2), “a las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen, por cualquier medio de comunicación social, sin previa autorización ni censura ni impedimento algunos, bajo las responsabilidades de ley” (numeral 4); “a su identidad étnica y cultural” (numeral 8); “a participar, en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social y cultural de la nación” (numeral 17), y “a la libertad de creación intelectual, artística, técnica y científica, así como a la propiedad sobre dichas creaciones y a su producto” (numeral 19) (Ministerio de Cultura, 2020, p. 10).

(continuación)

Educación y formación cultural	<p>En el marco general del derecho a la educación, toda persona tiene derecho a una educación y formación que contribuyan al libre y pleno desarrollo de su identidad cultural, siempre que se respeten los derechos de los demás y la diversidad cultural. En este orden de ideas, toda persona tiene derecho a:</p> <ul style="list-style-type: none">- El acceso y derecho a la formación en expresiones artísticas.- El conocimiento y el aprendizaje de los derechos culturales.- La libertad de dar y recibir una enseñanza de y en su idioma y de y en otros idiomas.- Conocer y comprender su propia cultura y la de otros.
Información y comunicación	<p>En el marco general del derecho a la libertad de expresión, que incluye la de expresión artística, de opinión e información, y el respeto a la diversidad cultural, toda persona tiene derecho a recibir una información libre y pluralista, que contribuya al desarrollo pleno libre y completo de su identidad cultural en el respeto de los derechos de los demás y de la diversidad cultural. En este orden de ideas, toda persona tiene derecho a:</p> <ul style="list-style-type: none">- La libertad de buscar, recibir y transmitir información libre y pluralista, en el o los idiomas de su elección.- Conocer formas de expresión y difusión por cualquier medio tecnológico de información y comunicación.- Responder y, en su caso, obtener la rectificación de las informaciones erróneas acerca de las culturas.
Patrimonio cultural	<p>Comprende el derecho de toda persona a:</p> <ul style="list-style-type: none">- Aprovechar sosteniblemente los patrimonios culturales, haciendo uso de los mismos de acuerdo con su condición de bien cultural.- Acceder, en particular a través del ejercicio de los derechos a la educación y a la información, a los patrimonios culturales.- Conocer y a que se respete su propia cultura, como también las culturas que, en su diversidad, constituyen el patrimonio común de la humanidad.
Expresiones culturales	<p>Comprende el derecho de toda persona a:</p> <ul style="list-style-type: none">- Participar de los bienes, servicios y actividades que, considerados desde el punto de vista de su calidad, utilización o finalidad específicas, encarnan o transmiten expresiones culturales.- Gozar de las artes y beneficiarse de las creaciones de otros individuos y comunidades.- Buscar, desarrollar y compartir con otros sus conocimientos y expresiones culturales, emprender investigaciones, así como actuar con creatividad y participar en las diferentes formas de creación y sus beneficios.
Creación cultural	<p>Comprende el derecho de toda persona a:</p> <ul style="list-style-type: none">- Contribuir a la creación de manifestaciones espirituales, materiales, intelectuales y emocionales de la comunidad.- La protección de los intereses morales y materiales relacionados con las obras que sean fruto de su actividad cultural.- La libertad de expresión y creación artística y el acceso a medios para su expresión y difusión.- Seguir un modo de vida asociado a la valorización de sus recursos culturales, en particular en lo que atañe a la utilización, la producción y la difusión de bienes y servicios.

(continúa)

(continuación)

Cooperación cultural	Comprende el derecho de toda persona a participar, por medios democráticos: <ul style="list-style-type: none">- En el desarrollo cultural de las comunidades a las que pertenece.- En la elaboración, la puesta en práctica y la evaluación de las decisiones que la conciernen y que afectan el ejercicio de sus derechos culturales.- En el desarrollo y la cooperación cultural en sus diferentes niveles.
----------------------	---

Fuente: Ministerio de Cultura (2020, pp. 20-21)

Opera, pues, a través de la visibilización y fortalecimiento de los derechos culturales en una política cultural, su posicionamiento conceptual y procedimental. El posicionamiento conceptual implica insertarlos en el discurso nacional y en el espacio público. El procedimental supone ubicarlos como fin y proceso en las intervenciones del Estado (Ministerio de Cultura, 2020, p. 18).

CONCLUSIONES

1. El desarrollo de la tratativa constitucional de los derechos culturales como categoría de derechos humanos en el Perú es positiva, sobre todo a la luz del contenido de la Constitución cultural de 1993 si la comparamos con su predecesora de 1979. Asimismo, esta posición se refuerza cuando se denota el rol fundamental protagonizado por la Carta Suprema vigente para la conformación de la lista de derechos culturales contenidos en la Política Nacional de Cultura (2020), la cual les otorga oficialidad, toda vez que forman parte de un instrumento de corte gubernamental y público, implementado por el Estado peruano.
2. Las Constituciones Políticas peruanas que han contenido derechos culturales son la Constitución de 1979 y la Constitución de 1993.
3. Los derechos culturales contenidos en las Constituciones Políticas peruanas son identidad cultural, patrimonio cultural, acceso y participación en la vida cultural, educación y formación, información y comunicación, y cooperación cultural.
4. Los derechos culturales fueron consignados en las constituciones peruanas de 1979 y 1993 con no menores diferencias en cuanto a su tratativa en cada una de ellas. Mientras que la Constitución de 1993, vigente en la actualidad, posee mayor claridad y eficiencia en cuanto a la redacción de los derechos culturales plasmados en su seno (directa e indirectamente), la Constitución de 1979, por su parte, carece de esas dos importantes cualidades en no pocos pasajes de su articulado cultural, además de no garantizar expresamente elementos tan importantes como, por ejemplo, el derecho a la identidad cultural, ausente en todas las líneas de esa Carta Suprema. La Carta de 1993 sí refiere este derecho

de modo expreso. Con esto no pretendo afirmar que la Constitución cultural de 1993 no tenga artículos que deban revisarse, pues, en definitiva, contiene varios elementos sumamente perfectibles (algunos, incluso, de modo urgente); sin embargo, por la complejidad que comportan estos nuevos asuntos, considero que bien pueden ser materia de otra investigación.

5. Finalmente, concluyo que la Constitución de 1993 sí ha servido de sustento para propiciar la búsqueda del posicionamiento conceptual y procedimental de los derechos culturales como categoría de derechos humanos en el Perú. Esta función se concretó con el reconocimiento expreso de los derechos culturales y su descripción en la Política Nacional de Cultura (2020), instrumento que encontró fuerza en la Constitución de 1993, y que los ha referenciado, listado y descrito en un único instrumento con valor legal y carácter público-gubernamental. Las conclusiones de esta investigación permiten vislumbrar que, en algunos años, el Perú podría estar frente a un escenario distinto en cuanto al alcance e implementación efectiva de los derechos culturales. La información revisada abre múltiples expectativas hasta ahora inéditas en el país en cuanto a estos derechos y su irrefutable condición de derechos fundamentales.

REFERENCIAS

- Arroyo, M. (2006). Los derechos culturales como derechos en desarrollo: una aproximación. *Nuevas Políticas Públicas. Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas*, 2, 262-283. Recuperado de http://www.juntadeandalucia.es/institutodeadministracionpublica/anuario/articulos/descargas/02_NOT_02_arroyo.pdf
- Bayardo, R. (2010). Políticas culturales y derechos: entre la retórica y la realidad. *RIPS. Revista de Investigaciones Políticas y Sociológicas*, 9(2), 55-64. Recuperado de <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=380/38017627005>
- De Castro, B. (1993). *Los derechos económicos, sociales y culturales. Análisis a la luz de la teoría general de los derechos humanos*. Secretariado de Publicaciones de la Universidad de León.
- Champeil-Desplats, V. (2010). El derecho a la cultura como derecho fundamental. *Revista Electrónica Iberoamericana*, 4(1), 92-116. Recuperado de https://www.urjc.es/images/ceib/revista_electronica/vol_4_2010_1/REIB_04_10_Veronique.pdf
- Chanamé, R. (2015). *La Constitución comentada* (vol. 1). Lima: Ediciones Legales.
- Colombato, L. (2012). Derechos culturales. Debilidades discursivas en la formulación de sus contenidos. Cuestiones transversales. *Revista Perspectivas de las Ciencias*

Económicas y Jurídicas, 2(1), 81-100. <http://dx.doi.org/10.19137/perspectivas-2012-v2nla05>

- Comisión Mundial de Cultura y Desarrollo [UDSE]. (1996). *Nuestra diversidad creativa. Informe de la Comisión Mundial de Cultura y Desarrollo*. Recuperado de <http://ibdigital.uib.es/greenstone/collect/cd2/import/nacionesunidas/onu0025.pdf>
- Cotler, J. (1987). *Clases, Estado y Nación en el Perú* (4.ª ed.). Lima: Instituto de Estudios Peruanos.
- Custodio, T. (2014). *Aproximación dogmática a los derechos culturales (el derecho a la cultura como derecho fundamental)*. Madrid: Instituto Interuniversitario para la Comunicación Cultural; Universidad Carlos III de Madrid, colección Cuadernos de Derecho a la Cultura N.º 5. Recuperado de <https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/18206>
- Donders, Y. (2004). El marco legal del derecho a participar en la vida cultural. En *Derechos culturales y desarrollo humano* (pp. 153-170). Madrid: AECID.
- Fernández Sessarego, C. (1992). *El derecho a la identidad*. Buenos Aires: Astrea.
- Harvey, E. (1995). *Derechos culturales*. Unesco. Recuperado de [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con5_uibd.nsf/29123E3F329744B8052582820073C5F3/\\$FILE/DerechosCulturales.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con5_uibd.nsf/29123E3F329744B8052582820073C5F3/$FILE/DerechosCulturales.pdf)
- Häberle, P. (2000). *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*. Madrid: Tecnos.
- López, C. (1999). *El patrimonio cultural en el sistema de derechos fundamentales*. Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla.
- Los derechos culturales. Declaración de Friburgo. (2007). Recuperado de https://culturalrights.net/descargas/drets_culturals239.pdf
- Marzal, M. (1978). Indigenismos y Constitución. *Revista de la Universidad Católica*, 3, 69-97. Recuperado de http://repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/49164/indigenismo_constitucion_manuel_marzal.pdf?sequence=1
- Mejía, J. L. (2004). ¿Derechos sin Estado? Tres momentos de la institucionalidad cultural en América Latina. *Pensar Iberoamérica. Revista de Cultura*, 7. Recuperado de <https://www.oei.es/historico/pensariberoamerica/ric07a05.htm>
- Mesinas, A. (2017). Regímenes Internacionales, una herramienta teórica para comprender la implementación de los derechos culturales en México, ante la creación de la Ley General de Cultura. *Cuicuilco. Revista de ciencias antropológicas*, 24(68), 231-256. Recuperado de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2448-84882017000100231&lng=es&tlng=es

- Meyer-Bisch, P. (1993). *Les droits culturels, une catégorie sous-développée des droits de l'homme*. Friburgo: Éditions Universitaires.
- Ministerio de Cultura. (2020). *Política Nacional de Cultura al 2030*. Recuperado de https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1025961/PNC_VERSI%C3%93N_FINAL_2.pdf
- Miranda, J. (2003). *Manual de derecho constitucional* (vol. II, 5.ª ed.). Coimbra Editora.
- Miranda, J. (2010). Notas sobre cultura, Constitución y derechos culturales. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 13, 47-66. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3411151>
- Muñoz, A. (2018). Los derechos culturales: una categoría aún subestimada de derechos humanos. *Anuario de Derechos Humanos*, (14), 77-97. doi: 10.5354/0718-2279.2018.49162
- Niec, H. (1998). Cultural right: at the end of the world decade for cultural development. En *Intergovernmental Conference on Cultural Policies for Development, 30 de marzo al 2 de abril*. Estocolmo, Suecia.
- Organización de los Estados Americanos [OEA]. (30 de abril de 1948). *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*. Recuperado de https://www.oas.org/dil/esp/declaraci%C3%B3n_americana_de_los_derechos_y_deberes_del_hombre_1948.pdf
- Organización de las Naciones Unidas [ONU]. (10 de diciembre de 1948). *Declaración Universal de Derechos Humanos*. Recuperado de https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/spn.pdf
- Organización de las Naciones Unidas [ONU]. (16 de diciembre de 1966). *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas*. Recuperado de <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cescr.aspx>
- Organización de las Naciones Unidas [ONU]. (21 de diciembre del 2009). Observación General N.º 21 (2009). Derecho de toda persona a participar en la vida cultural (artículo 15, párrafo 1 a), del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
- Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura [Unesco]. (2001). *Declaración Universal de la Unesco sobre la Diversidad Cultural*. Recuperado de http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=13179&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html

- Organización de los Estados Americanos [OEA]. (noviembre, 2006). *Carta Cultural Iberoamericana de Montevideo*. Recuperado de <https://www.segib.org/wp-content/uploads/Carta-cultural-iberoamericana.pdf>
- Pizzorusso, A. (1984). *Lecciones de derecho constitucional* (Trad. J. Jiménez Capo, vol. 1). Madrid: CEC.
- Prieto de Pedro, J. (2008). Derechos culturales, el hijo pródigo de los derechos humanos. *Crítica*, 58(952), 19-24. Recuperado de http://www.revista-critica.com/administrator/components/com_avzrevistas/pdfs/8faba99a65f4110cf8e820c099f65db8-952-Presente-y-futuro-de-los-derechos-humanos---marzo-2008.pdf
- Stamatopoulou-Robbins, E. (2008). *The right to take part in cultural life* (documento de trabajo presentado al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas para su cuadragésima sesión, Ginebra). Recuperado de <http://bit.ly/2CHFYVT>
- Symonides, J. (2010). Derechos culturales: una categoría descuidada de derechos humanos. *Sala de Prensa. Web para profesionales de la comunicación iberoamericanos*, 124(5). Recuperado de <http://www.saladeprensa.org/art952.htm>
- Tajadura, J. (1998). La Constitución cultural. *Revista de Derecho Político*, 43, 97-134. Recuperado de <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:DerechoPolitico-1997-43-13760&dsID=PDF>
- Torres del Moral, A. (1984). Artículo 44. En *Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución Española de 1978* (tomo IV, p. 210). Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, Edersa.
- Van Boven, T. C. (1984). Estudio de derecho internacional positivo sobre derechos humanos. En K. Vasak (Ed.), *Las dimensiones internacionales de los derechos humanos* (vol. 1, p. 136). Barcelona: Serbal; Unesco.
- Zierer, E. (1992). Las minorías lingüísticas en la Constitución Política del Perú. En *Doctrina constitucional* (pp. 227-236). Trujillo: Instituto de Divulgación y Estudios Jurídicos Constitucionales.

LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES COMO MEDIOS IDÓNEOS PARA LA EFECTIVIDAD DE LOS DERECHOS PROGRAMÁTICOS

LUIS ANDRÉS ROEL ALVA*
Universidad de Lima, Lima, Perú
lroel@ulima.edu.pe

RONNY ROJAS ÁLVAREZ**
Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, Perú
ronny.rojas@pucp.pe

Recibido: 12/10/2020 Aprobado: 19/10/2020
doi: <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2021.n052.5018>

RESUMEN. La protección de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA) a través de los procesos constitucionales cobra relevancia en un Estado constitucional de derecho, frente a la vulneración o amenaza de afectación por parte del Estado o de particulares. Decimos ello porque, en el desarrollo jurisprudencial del Tribunal Constitucional, se ha corroborado que dichos medios procesales son idóneos para garantizar tales derechos. Los citados pronunciamientos deben guardar coherencia y correspondencia con las sentencias expedidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, considerando que, recientemente, se reconoció la justiciabilidad directa de los

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magíster en Derecho Constitucional por la misma casa de estudios. Máster en Derecho Constitucional por la Universidad de Castilla-La Mancha, España. Diplomado en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario por la American University Washington College of Law (Estados Unidos) en su Programa de Estudios Avanzados en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario. Diplomado de especialización en Justicia Constitucional, Interpretación y Tutela de los Derechos Fundamentales por la Universidad de Castilla-La Mancha, España. Es director fundador de la revista *Estado Constitucional*, docente de la Universidad de Lima y miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional.

** Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, con estudios concluidos en la maestría en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Becario del X Curso Especializado para Funcionarios/as de Estado sobre utilización del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, organizado por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos en San José, Costa Rica. Es miembro de la revista *Estado Constitucional* y asistente de cátedra del profesor Luis Andrés Roel Alva en la Universidad de Lima.

DESCA. Para ello, se analizó cuidadosamente la normativa y evolución jurisprudencial a nivel nacional y supranacional.

PALABRAS CLAVE: derechos económicos, sociales, culturales y ambientales / procesos constitucionales / justiciabilidad directa / Estado constitucional de derecho

CONSTITUTIONAL PROCESSES AS IDEAL MEANS FOR THE EFFECTIVENESS OF PROGRESSIVE RIGHTS

ABSTRACT. The protection of economic, social, cultural and environmental rights (ESCER) through constitutional processes gains relevance in a constitutional rule of law in view of their possible violation or threat by the State or individuals. We hold this because, through the jurisprudential development of the Constitutional Court, it has been confirmed that those procedural means are suitable to guarantee said rights. The aforementioned pronouncements must be relevant to and consistent with the judgments issued by the Inter-American Court of Human Rights, considering that the direct justiciability of the ESCER has been recently recognized. To this end, the regulations and jurisprudential evolution at national and supranational level were carefully analyzed.

KEYWORDS: economic, social, cultural and environmental rights / constitutional processes / direct justiciability / constitutional rule of law

INTRODUCCIÓN

El objetivo de este artículo es advertir la importancia de los procesos constitucionales como medios idóneos para garantizar y hacer cumplir los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (en adelante, DESCAs), puesto que su fin más trascendente para los ciudadanos de los Estados constitucionales de derecho es garantizar la totalidad de los derechos fundamentales reconocidos dentro de nuestro ordenamiento jurídico¹.

En este sentido, abordaremos temas como el modelo de Estado constitucional de derecho que hemos adoptado a partir de lo establecido en la obra del constituyente peruano, la Constitución Política de 1993, así como los procesos constitucionales encargados de garantizar sus contenidos, entre los cuales destacan los derechos fundamentales para cuya efectividad existen procesos específicos. Después de este marco teórico, expondremos cómo los DESCAs, denominados también *derechos programáticos*, presentan particularidades esenciales que los diferencian del resto de derechos que poseen “efectividad directa”², las cuales explicaremos a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Finalmente, en el último apartado y a partir de casos que forman parte de la jurisprudencia del precitado tribunal, desarrollaremos la tesis de esta ponencia, la cual es sustentar la relevancia de los procesos constitucionales en la protección de los derechos programáticos, siendo estos medios idóneos para alcanzar su efectividad.

ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO, LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES Y LA DEFENSA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ESTADO PERUANO

Nuestro Estado constitucional de derecho y los derechos fundamentales

Antes de desarrollar el tema principal del presente artículo, consideramos necesario señalar, de modo preliminar, que en el Estado legal de derecho “[...] la Constitución no era entendida sino como una mera norma política carente de contenido jurídico vinculante y compuesta únicamente por una serie de disposiciones regulatorias de la labor de los poderes públicos” (Landa, 2011, p. 30). Sin embargo, tras el devenir hacia el vigente Estado constitucional de derecho, este modelo estatal tiene como fundamento que “[...] el concepto de Constitución ha transitado hasta un momento en el que ya no cabe duda de que la Constitución es la norma jurídica suprema del ordenamiento normativo nacional”

1 Código Procesal Constitucional, Ley N.º 28237: “Artículo II.- Fines de los procesos constitucionales. Son fines esenciales de los procesos constitucionales garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales”.

2 Conforme detallaremos en este artículo a partir de la sentencia en el caso Lagos del Campo vs. Perú emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 31 de agosto del 2017, esta concepción inicial ha sido superada.

(Landa, 2011, p. 30). Es así como el Tribunal Constitucional (en adelante, TC) ha declarado que nuestra Constitución Política es tanto una norma política como jurídica, y al ser la norma suprema dentro del ordenamiento jurídico peruano, vincula a todo ente público y a la sociedad en su conjunto³.

En este orden de ideas, resulta claro que “[...] si la Constitución tiene eficacia directa, no será solo norma sobre normas, sino norma aplicable; no será solo fuente sobre la producción, sino también fuente del derecho sin más” (De Otto, 1998, p. 76). De esta forma:

La Constitución es, pues, norma jurídica y, como tal, vincula. De ahí que, con acierto, pueda hacerse referencia a ella aludiendo al “derecho de la Constitución”, esto es, al conjunto de valores, derechos y principios que, por pertenecer a ella, limitan y delimitan jurídicamente los actos de los poderes públicos. (De Otto, 1998, p. 76)

Se entiende, entonces, a la Constitución como la norma que sirve como parámetro y fuente para la creación del resto de ellas, así como la ley suprema dentro de nuestro ordenamiento jurídico, cuyos efectos se extienden a todas las ramas y especialidades del derecho, al ser sus principios y disposiciones de alcance general (Landa, 2013). Así pues, podemos establecer, citando lo pronunciado por el Supremo Intérprete de la Constitución⁴, lo siguiente:

[...] la supremacía normativa de la Constitución de 1993 se encuentra recogida en sus dos vertientes: tanto aquella objetiva, conforme a la cual la Constitución preside el ordenamiento jurídico (artículo 51), como aquella subjetiva, en cuyo

3 Sobre las implicancias del tránsito del Estado legal de derecho al Estado constitucional de derecho, nuestro Tribunal Constitucional ha declarado que “[...] supuso, entre otras cosas, abandonar la tesis según la cual la Constitución no era más que una mera norma política, esto es, una norma carente de contenido jurídico vinculante y compuesta únicamente por una serie de disposiciones orientadoras de la labor de los poderes públicos, para consolidar la doctrina conforme a la cual la Constitución es también una norma jurídica, es decir, una norma con contenido dispositivo capaz de vincular a todo poder (público o privado) y a la sociedad en su conjunto” (STC. Exp. N.º 5854-2005-PA/TC, 2005, fundamento jurídico 3).

4 Normativamente, esta categoría de Supremo Intérprete de la Constitución se encuentra expresamente determinada en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, Ley N.º 28301; y en el Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional, Resolución Administrativa N.º 095-2004-P-TC.

- Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, Ley N.º 28301.

“Artículo 1.- Definición

El Tribunal Constitucional es el órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad. Es autónomo e independiente de los demás órganos constitucionales. Se encuentra sometido solo a la Constitución y a su Ley Orgánica. El Tribunal Constitucional tiene como sede la ciudad de Arequipa. Puede, por acuerdo mayoritario de sus miembros, tener sesiones descentralizadas en cualquier otro lugar de la República”.

- Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional, Resolución Administrativa N.º 095-2004-P-TC.

“Artículo 1.- Control e interpretación constitucional

El Tribunal Constitucional es el órgano supremo de interpretación y control de la Constitución. Es autónomo e independiente de los demás órganos constitucionales. Solo está sometido a la Constitución y a su Ley Orgánica”.

mérito ningún acto de los poderes públicos (artículo 45) o de la colectividad en general (artículo 38) puede vulnerarla válidamente. (STC. Exp. N.º 5854-2005-PA/TC, 2005, fundamento jurídico 6)

Por lo tanto, la Constitución Política como norma suprema, vigente y efectiva dentro de nuestro ordenamiento jurídico, vincula tanto a los entes y funcionarios públicos como a los particulares en todas sus acciones, no existiendo zona exenta de control constitucional⁵.

Los procesos constitucionales y la tutela de las libertades

Ahora bien, teniendo en cuenta que, en este modelo estatal de Estado constitucional de derecho —que fue asumido por nuestro constituyente para nuestro Estado, conforme determina el artículo 51 de nuestra Constitución Política⁶—, “[...] el nuevo paradigma constitucional de los valores y principios [...] da sentido de unidad al orden jurídico, tanto para proteger los derechos fundamentales como para garantizar la supremacía jurídica constitucional” (Landa, 2013, p. 15). Así, la protección de la supremacía constitucional y la vigencia efectiva de los derechos fundamentales se encuentran a cargo de los procesos constitucionales establecidos en nuestra Norma Fundamental y desarrollados por el Código Procesal Constitucional, que en su artículo II los establece como sus fines⁷.

Asimismo, corresponde precisar que los procesos constitucionales responden a elementos característicos distintos del resto de procesos —denominados *ordinarios*— dentro del ordenamiento jurídico, de manera que se convierten en extraordinarios respecto de estos últimos⁸. En este orden de ideas, el Supremo Intérprete de la Constitución

5 En relación con este tema, el Tribunal Constitucional ha declarado: “En efecto, *afirmar que existen actos de alguna entidad estatal cuya validez constitucional no puede ser objeto de control constitucional supone sostener, con el mismo énfasis, que en tales ámbitos la Constitución ha perdido su condición de norma jurídica, para volver a ser una mera carta política referencial, incapaz de vincular al poder* [cursivas añadidas]. Pretender que el Tribunal Constitucional se adhiera a esta tesis equivale a pretender que abdique del rol de guardián de la Constitución que el Poder Constituyente le ha confiado (artículo 201 de la Constitución). Tentativa que, como será sencillo de entender, jamás será de recibo en sede de este colegiado” (STC. Exp. N.º 5854-2005-AA/TC, 2005, fundamento jurídico 7).

6 El artículo 51 de la Constitución Política dice: “La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado”.

7 Precisamente, el Tribunal Constitucional señala: “[E]l Código Procesal Constitucional (artículo II del Título Preliminar) ha establecido que los procesos constitucionales tienen como finalidad, por un lado, garantizar el principio jurídico de la supremacía constitucional (artículo 51 de la Constitución) y, por otro, preservar la observancia de la vigencia de los derechos fundamentales de la persona (artículo 10 de la Constitución)” (STC. Exp. N.º 0266-2002-AA/TC, 2005, fundamento jurídico 5).

8 Al respecto, nuestro Tribunal Constitucional ha declarado: “*Una primera diferencia radica en los fines que persiguen ambos tipos de procesos* [cursivas añadidas]. En efecto, a diferencia de los procesos constitucionales, los procesos ordinarios no tienen como objetivo hacer valer el principio de supremacía de la Constitución, y no siempre persiguen la tutela de derechos fundamentales. *La segunda diferencia estriba en la actuación del juez* [cursivas añadidas]. En los procesos constitucionales,

ha establecido que, en virtud de su autonomía procesal⁹ (Landa, 2009, p. 286), sus institutos procesales se encuentran alejados de las categorías clásicas del derecho procesal. Esto es así porque el derecho procesal constitucional en nuestro ordenamiento jurídico es un derecho constitucional concretizado: a diferencia de otros derechos procesales, que se sustentan en los principios y valores de la teoría general del proceso, el derecho procesal constitucional se fundamenta en la teoría constitucional, siendo una concretización de esta última¹⁰.

Esto mismo ha tenido en cuenta el legislador al momento de emitir el Código Procesal Constitucional, Ley N.º 28237, el cual posee condición de ley orgánica, conforme determina el artículo 200 de nuestra Norma Fundamental¹¹ y tiene como objeto desarrollar los contenidos constitucionales referidos a los procesos que esta reconoce y protege¹².

los jueces tienen —por razones más trascendentes que en los procesos ordinarios— el deber de controlar la actuación de las partes, a fin de conseguir, dentro de un plazo razonable, la tutela efectiva de los derechos fundamentales. *La tercera se fundamenta en los principios que orientan los procesos constitucionales* [cursivas añadidas]. Si bien es cierto que estos principios, nominalmente, son compartidos por ambos tipos de procesos, es indudable que la exigencia del cumplimiento de principios como de publicidad, economía procesal, socialización del proceso, impulso oficioso, elasticidad y de *favor processum* o *pro actione*, es fundamental e ineludible para el cumplimiento de los fines de los procesos constitucionales. Finalmente, *la cuarta tiene que ver con la naturaleza de ambos procesos* [cursivas añadidas], y que puede enunciarse básicamente en que, a diferencia de los ordinarios, los constitucionales son procesos de tutela de urgencia” (STC. Exp. N.º 0266-2002-AA/TC, 2005, fundamento jurídico 6).

- 9 El profesor César Landa (2009) señala que “[l]a autonomía procesal de los procesos constitucionales se asienta en la idea de la autonomía del derecho público, que tiene su razón de ser en la Constitución como norma suprema —*lex legis*— y como norma fuente de derecho —*norma normarum*—. De ella emana su fuerza normativa para, por un lado, subordinar las normas legales como los códigos procesales a los mandatos constitucionales, y, por otro lado, ser fuente de creación del derecho, es decir, principio y límite para la expedición de las normas legales y la jurisprudencia constitucional” (p. 286).
- 10 En este sentido, el Tribunal Constitucional ha explicado cómo debe entenderse el concepto de derecho constitucional concretizado: “[...] el C. P. Const. tiene que ser entendido como un derecho constitucional concretizado. Esto es, al servicio de la ‘concretización’ de la Constitución. Por ende, opera en beneficio de la interpretación de la Constitución en cada uno de los procesos constitucionales que el juez y el Tribunal Constitucional conocen con motivo de responder a una concreta controversia constitucional planteada. Por tal razón, esta concretización de la Constitución en cada controversia constitucional impone correlativamente que la hermenéutica de la norma procesal constitucional deba efectuarse conforme a una ‘interpretación específicamente constitucional de las normas procesales constitucionales, una interpretación del Código Procesal Constitucional desde la Constitución’ (Häberle habla de una ‘interpretación de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional Federal —alemán— desde la Ley Fundamental’” (RTC. Exps. N.º 0025-2005-PI/TC y N.º 0026-2005-PI/TC, acumulados, 2005, fundamento jurídico 15).
- 11 El artículo 200 de la Constitución Política dice: “Son garantías constitucionales: [...] Una ley orgánica regula el ejercicio de estas garantías y los efectos de la declaración de inconstitucionalidad o ilegalidad de las normas. [...]”.
- 12 En este extremo, el Tribunal Constitucional ha declarado: “Las distintas áreas del derecho tienen un ámbito sustantivo y adjetivo en paridad de condiciones, tal como sucede, por ejemplo, en el derecho civil, donde la regulación procesal tiene la misma jerarquía que la existente a la sustantiva, pues tanto el Código Civil como el Código Procesal Civil tienen el rango de ley. Esto no sucede, por el

En igual sentido, cabe señalar que, jurisprudencialmente, el TC ha configurado una tendencia en cuanto a privilegiar su autonomía procesal, lo cual conduce no solo a la adopción de institutos procesales “constitucionalizados”, sino también a su creación jurisprudencial en directa relación con los fines de los procesos constitucionales¹³. Así, siendo uno de estos fines la protección de los derechos constitucionales frente a cualquier amenaza o afectación a los mismos¹⁴, el TC ha explicado su importancia dentro de nuestro Estado constitucional de derecho, sustentándose en la doble dimensión que poseen los procesos constitucionales (objetivo y subjetivo¹⁵). Hasta ha llegado a declarar:

La instauración de procesos específicos para la tutela de los derechos fundamentales ha constituido uno de los objetivos más importantes que la justicia constitucional ha conseguido. Ello se explica porque en los procesos constitucionales se busca no solo la protección de los derechos fundamentales, sino también la constitucionalidad del derecho objetivo. De ahí que se haya

contrario, en el ámbito constitucional. El Código Procesal Constitucional debe procedimentalizar las cuestiones sustantivas que se encuentran en la Constitución, norma que tiene claramente un nivel jerárquico superior, motivo por el cual, y tomando en cuenta el principio institucional de la interpretación conforme a la Constitución [...], el Código Procesal Constitucional debe ser entendido, comprendido y analizado de acuerdo con los contenidos existentes en la Norma Fundamental. Tan cierto es eso que los fines del proceso constitucional, que el propio Código reconoce en el artículo II de su Título Preliminar, son la primacía constitucional y la protección de los derechos” (STC. Exp. N.º 7873-2006-AI/TC, 2006, fundamento jurídico 7).

- 13 El Tribunal Constitucional dispuso la incorporación de la figura del litisconsorte facultativo en la Sentencia recaída en los Exps. N.º 0020-2005-PI/TC y N.º 0021-2005-PI/TC, acumulados, fundamento jurídico 2. También el mismo Tribunal señaló que, “[...] en aplicación del principio de autonomía procesal, este tribunal incorpora en la presente resolución la figura del ‘partícipe’ en el proceso de inconstitucionalidad, en cuanto sujeto procesal del mismo, respecto a las personas que no son parte demandante ni demandada” (RTC. Exps. N.º 0025-2005-PI/TC y N.º 0026-2005-PI/TC, acumulados, 2005, fundamento jurídico 22). Por último, respecto a la incorporación del “partícipe”, el propio TC ha señalado que, “[...] en aplicación del principio de autonomía procesal, este tribunal considera que el partícipe debe ser notificado de la demanda y de la contestación, pudiendo presentar informe escrito, así como intervenir en la vista de la causa para sustentar el informe oral si es que así lo estimara por conveniente. Siendo la razón y propósito de su intervención enriquecer el proceso interpretativo en la controversia, es su intervención en la vista de la causa el momento estelar y trascendental de su actuación. Por esta razón, su intervención no debe ocasionar el entorpecimiento del procedimiento y de las actuaciones procesales ordenadas por el Tribunal Constitucional en su condición de director del proceso” (RTC. Exp. N.º 0033-2005-AI/TC, 2006, fundamento jurídico 3).
- 14 Código Procesal Constitucional, Ley N.º 28237: “Artículo 1.- Finalidad de los procesos. Los procesos a los que se refiere el presente título [procesos de *habeas corpus*, amparo, *habeas data* y cumplimiento] tienen por finalidad proteger los derechos constitucionales, reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional, o disponiendo el cumplimiento de un mandato legal o de un acto administrativo. [...]”.
- 15 Sobre esta doble dimensión de los procesos constitucionales, el Tribunal Constitucional ha declarado: “Todos los procesos constitucionales (incluyendo aquellos orientados a la tutela de derechos fundamentales) gozan de una dimensión objetiva orientada a preservar el orden constitucional como una suma de valores institucionales” (STC. Exp. N.º 0005-2005-CC/TC, fundamento jurídico 7).

señalado que dichos procesos deben ser capaces de comprender no solo la tutela subjetiva de los derechos constitucionales, sino también la tutela objetiva de la Constitución. (STC. Exp. N.º 0266-2002-AA/TC, 2005, fundamento jurídico 5)

A modo de conclusión, debemos señalar que los procesos constitucionales tienen como finalidad garantizar la supremacía de la Constitución Política, en cuanto norma suprema de nuestro ordenamiento jurídico, así como proteger los derechos que poseen reconocimiento constitucional, frente a cualquier amenaza y afectación. Estos últimos tienen una especial relevancia, puesto que protegen al ciudadano frente a cualquier arbitrariedad de los entes estatales y de los particulares, que limite o afecte sus derechos¹⁶.

LOS DERECHOS PROGRAMÁTICOS Y SUS PARTICULARIDADES A PARTIR DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA)

Suárez Sebastián (2009) señala que, en principio, debemos precisar que los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (en adelante, DESCAs):

[...] se refieren a aspectos fundamentales en la vida de las personas, que tienen que ver con el desarrollo de condiciones básicas de la dignidad humana como la posibilidad de tener un nivel de vida adecuado. Dentro de estos se encuentran derechos como la educación, la vivienda, la alimentación, la salud y el trabajo, entre otros. (p. 62)

De esa manera, “[...] la estructura de los [DESCAs] se caracterizaría por obligar al Estado a hacer, es decir, a brindar prestaciones positivas: proveer servicios de salud, asegurar la educación” (Abramovich y Courtis, 1997, p. 2), por lo que “[p]uede reconocerse que la faceta más visible de los [DESCAs] son las obligaciones de hacer, y es por ello que se los denomina *derechos-prestación*” (Abramovich y Courtis, 1997, p. 4). En otras palabras, requieren para su realización “[...] de medidas, acciones, prestaciones, servicios, que la persona, por sí misma, no puede asegurar” (Clérico, Ronconi y Aldao, 2013, p. 90).

Ahora bien, para que los DESCAs tengan una real efectividad, no deben agotarse solamente en su mención en los acuerdos internacionales o en el reconocimiento que hagan

16 En esta parte, cabe recordar lo expuesto por el profesor Ernesto Blume Fortini (2011), a manera de aproximación al concepto de proceso constitucional en nuestro ordenamiento jurídico constitucional: “[...] el proceso constitucional [...] es aquel conjunto dialéctico de actos, ejecutados con sujeción a determinadas reglas, que instrumentaliza a través de órganos que ejercen la jurisdicción constitucional, la solución de un conflicto de naturaleza constitucional, surgido sea por la amenaza o violación de los derechos humanos, o fundamentales, sea por el ejercicio indebido de la facultad normativa del Estado, sea por la afectación en forma activa o pasiva de las competencias o atribuciones asignadas a los órganos de rango constitucional, sea, en general, por la violación de la normativa constitucional en sentido estricto” (p. 228).

los Estados Partes, sino que requieren de acciones concretas que garanticen su cumplimiento. En esa línea argumentativa, consideramos pertinente señalar:

Los derechos reconocidos en pactos como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y otros tratados establecen una serie de garantías de los [DESCA] para las comunidades y las personas. Eso significa que los Estados hacen un reconocimiento jurídico de tales derechos, lo que implica obligaciones con las que deben cumplir. Este reconocimiento, a su vez, establece una relación entre dos partes: los titulares de los derechos y el ente encargado de satisfacer su cumplimiento, en este caso los Estados. (Clérico *et al.*, 2013, p. 76)

Así, el reconocimiento de los DESCAs implica diversas obligaciones por parte de los Estados, como son las siguientes:

[...]

1. Respetar: esta obligación se refiere a que los Estados deben abstenerse de tomar medidas que obstaculicen o impidan el goce de los derechos humanos, lo que quiere decir que el Estado no debe destruir los estándares alcanzados. Esto implica para los Estados obligaciones negativas, pues les dice lo que no deben hacer (por ejemplo, no impedir que la gente se eduque).
2. Proteger: es una obligación de carácter positivo, pues exige a los Estados actuar y no abstenerse de hacerlo. Además, les exige medidas que impidan que terceros obstaculicen el disfrute de un estándar de derecho y afecten la calidad de vida de las personas.
3. Realizar: es otra obligación positiva para los Estados en cuanto al cumplimiento de los estándares de derechos humanos, y se refiere a las medidas que deben tomar para cumplir y satisfacer los derechos. Tales medidas pueden ser de carácter legislativo, administrativo, presupuestal, judicial, social, educativas, entre otras. (Clérico *et al.*, 2013, p. 77)

A estas obligaciones generales, es necesario añadir otras más específicas:

[...] los Estados tienen otras [obligaciones] más específicas, como la de no discriminación, la cual establece que los [DESCA] son inherentes a todas las personas y no puede haber exclusiones o distinciones para su reconocimiento y cumplimiento por parte del Estado por razones de raza, género, origen social, opinión política y otras. (Clérico *et al.*, 2013, p. 77)

Conforme a lo expuesto, el desarrollo y protección de los DESCAs no se limita a la invocación de los tratados supranacionales¹⁷, sino también a la jurisprudencia de los

17 Sobre este punto consideramos relevante señalar que “[...] podemos decir que el Estado peruano se encuentra comprometido al irrestricto cumplimiento de las disposiciones contenidas en los TIDH [Tratados Internacionales de Derechos Humanos]. Además, hemos dado cuenta de que los acuerdos internacionales sobre derechos humanos asumidos por el Estado peruano poseen rango constitucional dentro de nuestro sistema normativo y, por lo tanto, también los derechos que estos

organismos internacionales¹⁸ y del Tribunal Constitucional, como desarrollaremos posteriormente.

Los DESCAs a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

Los DESCAs pueden identificarse en nuestra vida cotidiana a partir del reconocimiento de aquellas condiciones fundamentales que nos hacen falta o que requerimos para vivir de manera plena, es decir, aquellas condiciones que cuando se cumplen le permiten al ser humano su realización en condiciones dignas (Sandoval, 2001, p. 52). Para ejemplificar esto último, desarrollaremos los derechos constitucionales que forman parte de los DESCAs, como son los derechos a la salud, a la educación, a la pensión y a la seguridad social, a un medio ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la persona humana, y a la alimentación.

El TC es considerado actualmente como el Supremo Intérprete de la Constitución, dado que sus decisiones judiciales interpretan, de manera suprema, el contenido de las normas constitucionales (Landa, 2011, p. 13) a fin de garantizar la protección de los derechos fundamentales y la supremacía constitucional, en concordancia con los Tratados Internacionales de Derechos Humanos (en adelante, TIDH) de los que el Estado peruano forma parte¹⁹.

En cuanto a los DESCAs, el TC ha establecido que son derechos fundamentales, al igual que los denominados *civiles y políticos* (Rubio, 2013, p. 204), en tanto:

Si bien los DESCAs son derechos fundamentales, tienen la naturaleza propia de un derecho público subjetivo, antes que la de un derecho de aplicación directa. Lo cual

reconocen ostentando dicho rango normativo. Y esto último es significativo destacar porque, acorde a lo que hemos indicado previamente, el Estado peruano ya en una época ha negado la competencia jurisdiccional de la Corte IDH, así como también la vinculatoriedad de las disposiciones contenidas en la CADH, lo cual, conforme hemos expresado, es imposible de sostener jurídicamente en la actualidad" (Roel Alva y Huayta Alipio, 2018, p. 702).

- 18 En relación con la jurisprudencia supranacional acerca de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCAs), citamos al profesor Juan Méndez (2004), quien señala: "El disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales en el continente americano se caracteriza por condiciones de desigualdad en el acceso a recursos y servicios que garanticen y protejan estos derechos. En tales condiciones, *los aportes del sistema interamericano de protección no han sido, hasta el momento, significativos —al menos en comparación con la rica experiencia desarrollada en relación con los derechos civiles y políticos—, pero ha comenzado un proceso que permite abrigar esperanzas de una mayor incidencia en los próximos años [cursivas añadidas]*" (p. 115).
- 19 El profesor Juan Méndez (2004), haciendo un reconocimiento a las jurisdicciones internas de cada Estado en su relevante rol de protección de los DESCAs, afirma: "Afortunadamente, en las jurisdicciones nacionales de nuestros países (y también de otras democracias emergentes, como India y Sudáfrica) comienza a abrirse camino una jurisprudencia que, sin desechar el contenido de la norma sobre realización progresiva, diseña procesos mediante los cuales el poder administrador debe dar cuenta detallada de sus esfuerzos de buena fe por dar cumplimiento a normas de derechos sociales incluidas en las constituciones o en tratados internacionales. Un ejercicio similar es el que está haciendo el sistema interamericano" (p. 143).

no significa que sean "creación" del legislador. En tanto derechos fundamentales, son derechos de la persona reconocidos por el Estado y no otorgados por este [cursivas añadidas]. Sin embargo, su reconocimiento constitucional no es suficiente para dotarlos de eficacia plena, pues su vinculación jurídica solo queda configurada a partir de su regulación legal, la que los convierte en judicialmente exigibles. Por ello, en la Constitución mantienen la condición de una declaración jurídica formal, mientras que la ley los convierte en un mandato jurídico aprobatorio de un derecho social. (STC. Exp. N.º 1417-2005-PA/TC, 2005, fundamento jurídico 14)

En este orden de ideas, los DESCAs "[...] representan los fines sociales del Estado a través de los cuales el individuo puede lograr su plena autodeterminación" (STC. Exp. N.º 2016-2004-AA/TC, 2004, fundamento jurídico 9). Así, para lograr su efectividad, es necesaria:

[...] la actuación del Estado a través del establecimiento de servicios públicos, así como de la sociedad mediante la contribución de impuestos, ya que toda política social necesita de una ejecución presupuestal; también lo es que estos derivan en obligaciones concretas por cumplir, por lo que los Estados deben adoptar medidas constantes y eficaces para lograr progresivamente la plena efectividad de los mismos en igualdad de condiciones para la totalidad de la población. (STC. Exp. N.º 1417-2005-PA/TC, 2005, fundamento jurídico 16)

Por último, es relevante citar lo declarado por el TC respecto de la revaloración de los deberes de solidaridad, en los cuales se sustentan los DESCAs, los cuales deben ser entendidos como verdaderos mandatos constitucionales para el Estado peruano. Al respecto, ha señalado:

Entonces, los derechos sociales deben interpretarse como verdaderas garantías del ciudadano frente al Estado dentro de una visión que busca revalorar la eficacia jurídica de los mandatos constitucionales y, por ende, la vigencia de la Constitución. Así, en algunos casos han sido planteados, incluso, como deberes de solidaridad que involucran no solo obligaciones del Estado, sino de toda la sociedad [...]. (STC. Exp. N.º 2016-2004-AA/TC, 2004, fundamento jurídico 12)

En conclusión, a partir de lo expresado hasta ahora, podemos decir que

[...] el planteamiento del TC se aleja de consignas ideológicas tradicionales, para introducirse en una especie de activismo en favor de la atención de los derechos fundamentales bajo una visión integral que tiene como objetivo no solo la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad como el fin supremo del Estado, sino también la propia defensa de este último. (Rubio, 2013, p. 206)

Por tanto, podemos cerrar este apartado afirmando que, a partir de dicho activismo reflejado en su desarrollo jurisprudencial, el TC ha venido evaluando y analizando los DESCAs, dado que tienen la misma naturaleza jurídica que el resto de los derechos fundamentales, con la precisión de que "[...] en tanto derechos subjetivos de los particulares y obligaciones mediatas del Estado, necesitan de un proceso de ejecución de políticas

sociales para que el ciudadano pueda gozar de ellos o ejercerlos de manera plena” (Rubio, 2013, p. 210).

Principales particularidades de los DESCAs

No son derechos de cumplimiento directo e inmediato

La tradicional distinción entre los DESCAs y los derechos civiles y políticos es que los primeros son de cumplimiento programático. Este aspecto ha sido materia de análisis por parte del TC, que señala:

[...] los DESC son derechos fundamentales, tienen la naturaleza propia de un derecho público subjetivo, antes que la de un derecho de aplicación directa. Lo cual no significa que sean “creación” del legislador. En tanto derechos fundamentales, son derechos de la persona reconocidos por el Estado y no otorgados por este. (STC. Exp. N.º 1417-2005-PA/TC, 2005, fundamento jurídico 14)

Asimismo, el citado tribunal ha declarado que

[...] la distinta eficacia que presentan los derechos fundamentales entre sí no solo reposa en cuestiones teóricas de carácter histórico, sino que estas diferencias revisten significativas repercusiones prácticas. En tal sentido, cabe distinguir los derechos de preceptividad inmediata o autoaplicativos, de aquellos otros denominados prestacionales, de preceptividad diferida, progresivos o programáticos. (STC. Exp. N.º 1417-2005-AA/TC, 2005, fundamento jurídico 13)

De igual modo, el TC manifiesta que a la categoría de derechos programáticos:

[...] pertenecen los derechos fundamentales económicos, sociales y culturales (DESC) que, en tanto derechos subjetivos de los particulares y obligaciones mediatas del Estado, necesitan de un proceso de ejecución de políticas sociales para que el ciudadano pueda gozar de ellos o ejercerlos de manera plena. Tal es el sentido de la Undécima Disposición Final y Transitoria (UDFT) de la Constitución, al establecer que “[l]as disposiciones de la Constitución que exijan nuevos y mayores gastos públicos se aplican progresivamente”. (STC. Exp. N.º 1417-2005-AA/TC, 2005, fundamento jurídico 13)

A partir del desarrollo jurisprudencial del TC, se advierte que la diferenciación que tradicionalmente ha existido entre los derechos civiles y políticos y los DESCAs se basa en la eficacia inmediata para los primeros y mediata para estos últimos. Sin embargo, igualmente se requiere una mínima satisfacción “[...] indispensable para el goce de los derechos civiles y políticos” (STC. Exp. N.º 2945-2003-AA/TC, 2004, fundamento jurídico 11), porque, como hemos explicado líneas arriba, la satisfacción de estos derechos importa para que la ciudadanía posea los mínimos necesarios para una vida digna.

Principio de progresividad y no regresividad

Consideramos pertinente, para contextualizar este apartado, citar el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, CADH), que prescribe lo siguiente:

Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, [...] en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.

De igual forma, de acuerdo con el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, PIDESC):

Cada uno de los Estados Partes en el presente pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.

En las precitadas disposiciones internacionales, se puede advertir el reconocimiento al principio de progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales —y actualmente también los ambientales—, lo cual obliga a los Estados Partes de estos TIDH²⁰ a garantizar la progresividad de estos. De ahí se desprende como consecuencia la prohibición de regresividad de ellos²¹.

20 Al respecto, sobre la obligación del Estado peruano de cumplir con las disposiciones contenidas en los TIDH respecto de los cuales es parte, el Tribunal Constitucional ha concluido, a partir de la lectura e interpretación de diferentes disposiciones constitucionales, que “[l]os tratados internacionales sobre derechos humanos no solo conforman nuestro ordenamiento, sino que, además, detentan rango constitucional. El Tribunal Constitucional ya ha afirmado al respecto que dentro de las ‘normas con rango constitucional’ se encuentran los ‘Tratados de derechos humanos’” (STC. Exps. N.º 0025-2005-PI/TC y N.º 0026-2005-PI/TC, 2006, acumulados, fundamento jurídico 26).

21 De acuerdo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos: “El Tribunal observa que el desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales ha sido materia de pronunciamiento por parte del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, en el sentido de que la plena efectividad de aquellos ‘no podrá lograrse en un breve periodo de tiempo’ y que, en esa medida, ‘requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo [...] y las dificultades que implica para cada país el asegurar [dicha] efectividad’. En el marco de dicha flexibilidad en cuanto a plazo y modalidades, el Estado tendrá esencialmente, aunque no exclusivamente, una obligación de hacer, es decir, de adoptar providencias y brindar los medios y elementos necesarios para responder a las exigencias de efectividad de los derechos involucrados, siempre en la medida de los recursos económicos y financieros de que disponga para el cumplimiento del respectivo compromiso internacional adquirido. Así, la implementación progresiva de dichas medidas podrá ser objeto de rendición de cuentas y, de ser el caso, el cumplimiento del respectivo compromiso adquirido por el Estado podrá ser exigido ante las instancias llamadas a resolver eventuales violaciones a los derechos humanos. Como correlato

Ferrer McGregor, Morales Antoniazzi y Flores Pantoja (2018) explican que, de acuerdo con lo expuesto, en relación con el principio de progresividad y la forma como debe cumplirse por parte de los Estados:

[...] una interpretación errónea de la obligación de progresividad es que, si bien esta implica un largo período de tiempo (o progresivamente), no es sinónimo de inacción que dejaría sin contenido a la obligación; por el contrario, dicha obligación debe interpretarse en el sentido de ser un objetivo general, la razón de ser del Pacto, que es establecer claras obligaciones para los Estados Partes con respecto de la plena efectividad de los derechos de que se trata. (p. 21)

En esta misma línea de argumentación, nuestro TC ha declarado que

[...] debe tenerse presente que el concepto de progresividad constituye un concepto netamente objetivo y no subjetivo, motivo por el cual el análisis de las eventuales regresiones que en materia de seguridad social realice el Estado no pueden ser analizadas a la luz de un grupo de pensionistas no representativos de la situación que afronta el Estado en dicha materia. (STC. Exps. N.º 0001-2004-AI/TC y N.º 0002-2004-AI/TC, acumulados, 2004, fundamento jurídico 56)

Por otro lado, respecto al principio de no regresividad, el mismo TC ha determinado:

Esta afirmación permite sostener que el concepto de progresividad no supone absoluta imposibilidad de regresión en los avances efectuados por el Estado en materia de derechos sociales, en la medida que ello quede plenamente justificado considerando atención a la totalidad de los recursos que disponga el Estado, y siempre que existan razones de interés social que así lo impongan. (STC. Exps. N.º 0001-2004-AI/TC y N.º 0002-2004-AI/TC, acumulados, 2004, fundamento jurídico 55)

Más adelante, este mismo tribunal concluyó:

Sobre el principio de progresividad de los derechos con contenido prestacional, el Tribunal Constitucional peruano pone especial énfasis en el tema de la no regresividad como un límite efectivo a la discrecionalidad de la autoridad en materia de políticas públicas. Además, pone de manifiesto que la progresividad no solo

de lo anterior, se desprende un deber —si bien condicionado— de no-regresividad, que no siempre deberá ser entendido como una prohibición de medidas que restrinjan el ejercicio de un derecho. Al respecto, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas ha señalado que 'las medidas de carácter deliberadamente regresivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto [Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales] y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que [el Estado] disponga'. En la misma línea, la Comisión Interamericana ha considerado que para evaluar si una medida regresiva es compatible con la Convención Americana, se deberá 'determinar si se encuentra justificada por razones de suficiente peso'. Por todo lo expuesto, cabe afirmar que la regresividad resulta justiciable cuando de derechos económicos, sociales y culturales se trate" (Corte Interamericana de Derechos Humanos [Corte IDH], 2009, párrs. 102-103).

dice relación [sic] con aspectos cuantitativos, sino también cualitativos o de calidad de los servicios entregados para el cumplimiento de la garantía de derechos humanos. (Nash Rojas, 2011, p. 93)

De lo señalado, podemos establecer que el TC considera a los DESCAs como derechos fundamentales “[...] de cumplimiento programático frente a los últimos de cumplimiento inmediato [...], pero con algunas variantes significativas” (Nash Rojas, 2011, p. 93). Por eso, el Supremo Colegiado:

[...] recoge esta complejidad y se desenvuelve dentro de la doble faceta que exige el tratamiento de los DESC: por un lado, consisten en derechos subjetivos de la persona y, por otro, se presentan como obligaciones que el Estado debe cumplir [sic], pero de manera mediata, lo que significa de manera próxima, cercana, no lejana y no diferida en el tiempo sin apremio. (Rubio, 2013, p. 212)

Pero sin dejar de exigir un mínimo cumplimiento de dichos derechos, de acuerdo con los TIDH de los que el Perú forma parte.

Exigibilidad por parte del Estado y políticas públicas

En cuanto a la particularidad de su exigencia de cumplimiento por parte del Estado peruano, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) declaró en su momento que este, al igual que los Estados Partes de la CADH, deberá adoptar los medios y elementos necesarios para responder a las exigencias de la ciudadanía en aras de cumplir con la efectividad de los DESCAs, siendo esta exigencia flexible en lo que se refiere al plazo y modalidades de realización²².

Asimismo, el TC ha señalado que los DESCAs exigen al Estado peruano una intervención concreta, dinámica y eficiente, puesto que su efectividad permite asegurar a la ciudadanía condiciones mínimas para una vida digna:

[...] en el Estado social y democrático de derecho, la *ratio fundamentalis* no puede ser privativa de los denominados derechos de defensa, es decir, de aquellos derechos cuya plena vigencia se encuentra, en principio, garantizada con una conducta estatal abstencionista, sino que es compartida también por los derechos de prescripción que reclaman del Estado una intervención concreta, dinámica y eficiente, a

22 Al respecto, la Corte IDH establece: “El Tribunal también ha determinado que en el marco de dicha flexibilidad en cuanto al plazo y modalidades de realización, el Estado tendrá esencialmente, aunque no exclusivamente, una obligación de hacer, es decir, de adoptar providencias y brindar los medios y elementos necesarios para responder a las exigencias de efectividad de los derechos involucrados, siempre en la medida de los recursos económicos y financieros de que disponga para el cumplimiento del respectivo compromiso internacional adquirido. Así, la implementación progresiva de dichas medidas podrá ser objeto de rendición de cuentas y, de ser el caso, el cumplimiento del respectivo compromiso adquirido por el Estado podrá ser exigido ante las instancias llamadas a resolver eventuales violaciones a los derechos humanos” (Corte IDH, 2018, párr. 142).

efectos de asegurar las condiciones mínimas para una vida acorde con el principio-derecho de dignidad humana. (STC. Exp. N.º 1417-2005-PA/TC, 2005, fundamento jurídico 19)

Por otro lado, el TC señala que la exigencia de un DESCAs no debe reducirse a la necesidad de una regulación legal, puesto que en sus palabras:

[...], sostener que los derechos sociales se reducen a un vínculo de responsabilidad política entre el constituyente y el legislador, no solo es una ingenuidad en cuanto a la existencia de dicho vínculo, sino también una distorsión evidente en cuanto al sentido y coherencia que debe mantener la Constitución [...]. En consecuencia, la exigencia judicial de un derecho social dependerá de factores tales como la gravedad y razonabilidad del caso, su vinculación o afectación de otros derechos y la disponibilidad presupuestal del Estado, siempre y cuando puedan comprobarse acciones concretas de su parte para la ejecución de políticas sociales. (STC. Exp. N.º 2945-2003-AA/TC, 2004, fundamentos jurídicos 18 y 33)

Es así en atención a que los DESCAs, en cuanto “[...] derechos subjetivos de los particulares y obligaciones mediatas del Estado, necesitan de un proceso de ejecución de políticas sociales para que el ciudadano pueda gozar de ellos o ejercitarlos de manera plena” (STC. Exp. N.º 1417-2005-PA/TC, 2005, fundamento jurídico 13), e inclusive como lo señala la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH):

[E]s fundamental que el enfoque de derechos humanos en su indivisibilidad se aplique en todas las etapas de construcción de las políticas públicas. Esto parte por afirmar la voluntad política de todos los poderes estatales que, en cumplimiento de los compromisos asumidos con la Comunidad Internacional, como sobre todo con sus sociedades, aseguren que los Estados organizan sus aparatos para asegurar la máxima movilización de recursos, en favor de la progresividad y no regresividad en derechos. Ancladas en el principio de indivisibilidad y progresividad de los derechos humanos, las políticas públicas en DESCAs son una herramienta indispensable para la reducción de las desigualdades. De esa manera contribuyen a la construcción de sociedades más justas y democráticas. (Comisión Interamericana de Derechos Humanos [CIDH], 2018, p. 62)

No podemos dejar de recalcar la necesidad de que cada funcionario, especialmente aquellos responsables de fijar y desarrollar las políticas públicas respecto a dichos derechos, ha de hacerlo conforme no solo a los tratados internacionales sobre la materia, sino también sobre los lineamientos anteriormente expuestos.

Justiciabilidad y medios de protección

La justiciabilidad de los DESCAs se define como aquella potestad que faculta a acudir a mecanismos formales y judiciales para lograr la protección de estos derechos; es decir, son las acciones que buscan la defensa de derechos violados ante tribunales o instancias administrativas adecuadas (Sandoval, 2001). Cabe señalar, además, que “[...] dada

su compleja estructura, no existe [DESCA] que no presente al menos alguna característica o faceta que permita su exigibilidad judicial en caso de violación” (Abramovich y Courtis, 1997, p. 16).

Así pues, siguiendo a los mencionados autores, de modo inicial, esta justiciabilidad podía concretarse de dos modos: “(i) *directa*: el objeto de la actuación judicial tiene como sustento la invocación directa de un derecho económico, social o cultural; (ii) *indirecta*: la tutela o protección del derecho social se logra por la invocación de un derecho distinto” (Abramovich y Courtis, 1997, p. 16). En este orden de ideas, agregan:

[...] si bien los principales [DESCA] han sido consagrados en el plano internacional en numerosos instrumentos, su reconocimiento universal como auténticos derechos no se alcanzará hasta superar los obstáculos que impiden su adecuada justiciabilidad, entendida como la posibilidad de reclamar ante un juez o tribunal de justicia el cumplimiento al menos de algunas de las obligaciones que constituyen el objeto del derecho. (Abramovich y Courtis, 1997, p. 11)

De igual modo, identificamos la conveniencia de contar con mecanismos procesales idóneos, a fin de salvaguardar los referidos derechos, por eso:

[L]ejos de constituir una cuestión cerrada, la adecuación de los mecanismos procesales para hacer que el Estado cumpla con derechos económicos, sociales y culturales por vía judicial requiere un esfuerzo imaginativo que involucre nuevas formas de utilización de mecanismos procesales tradicionales; la expandida consideración de los derechos económicos, sociales y culturales como derechos; un cierto activismo judicial, que incluya una dosis de creatividad pretoriana; y la propuesta legislativa de nuevos tipos de acciones capaces de vehicular reclamos colectivos y demandas de alcance general frente a los poderes públicos. (Abramovich y Courtis, 1997, p. 16)

En mérito a lo señalado, podemos establecer que, a partir de lo determinado en el caso *Lagos del Campo vs. Perú* (Corte IDH, 2017)²³, se dispuso lo siguiente:

[Que se] diera el paso hacia darle plena fuerza normativa a la Convención Americana y se declarara la *justiciabilidad directa* [cursivas añadidas] de su artículo 26, no solo en su faceta de progresividad, sino también en sus componentes asociados a las obligaciones de respeto y garantía de los DESCAs. (Parra Vera, 2018, p. 230)

23 Efectivamente, la Corte IDH (2017) determinó: “Finalmente, cabe señalar que la Corte ha establecido previamente su competencia para conocer y resolver controversias relativas al artículo 26 de la Convención Americana, como parte integrante de los derechos enumerados en la misma, respecto de los cuales el artículo 1.1 confiere obligaciones generales de respeto y garantía a los Estados (*supra* párr. 142). Asimismo, la Corte ha dispuesto importantes desarrollos jurisprudenciales en la materia, a la luz de diversos artículos convencionales. En atención a estos precedentes, con esta Sentencia se desarrolla y concreta una condena específica por la violación del artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, dispuesto en el Capítulo III, titulado Derechos Económicos, Sociales y Culturales de este tratado” (párr. 154).

Por tanto, se está superando la deuda pendiente del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos respecto a los DESCAs (Parra Vera, 2018). Esa influencia también implica “[...] que el análisis de [los DESCAs] entre con especial fuerza para dirigir a las autoridades nacionales hacia una toma en serio de tales derechos, como un camino decisivo para el fortalecimiento democrático” (Parra Vera, 2018, p. 234), lo que conduce a la obligación de su observancia por parte de los tribunales nacionales, habida cuenta de que “[...] dichos estándares interpretativos [...] involucran no solo a las disposiciones normativas de las que el Estado sea parte, sino también a su interpretación” (Martínez Ramírez, 2018, p. 385).

Por ello, la exigibilidad de los DESCAs a nivel interno deviene en el empleo de los procesos constitucionales (mecanismos procesales determinados e idóneos para garantizar estos derechos fundamentales), a fin de lograr su cumplimiento y satisfacción, lo que se desarrollará a continuación.

Los DESCAs reconocidos y protegidos en nuestro ordenamiento jurídico a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

Así, para culminar este apartado, listamos un conjunto de derechos que forman parte de los DESCAs reconocidos y amparados constitucionalmente, para los cuales se ha logrado una protección a través de los procesos constitucionales²⁴, tal como ha procedido el TC para tutelar los derechos fundamentales, permitiendo el cumplimiento de la particularidad de justiciabilidad previamente señalada.

Es importante indicar que esta no es una lista cerrada y única de los DESCAs acerca de los cuales el TC ha tenido la oportunidad de pronunciarse y desarrollar sus contenidos constitucionales a partir de su jurisprudencia. Más bien, este es un catálogo de derechos que hemos elegido con el objetivo de plasmar lo expuesto hasta ahora, dada su relación con las características explicadas en el apartado anterior.

Derecho a la salud

El derecho a la salud, reconocido en el artículo 7 de la Constitución Política, que determina: “Todos tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad [...], así como el deber de contribuir a su promoción y defensa. [...]”, ha sido materia de diversos pronunciamientos del TC, los cuales han permitido colmar de contenido el citado derecho (STC. Exp. N.º 2016-2004-AA/TC, 2004, fundamentos jurídicos 25-32; STC. Exp. N.º 6534-2006-PA/TC, 2007, fundamentos jurídicos 7-9).

24 Cabe precisar que muchos de estos planteamientos han sido abordados y desarrollados en su momento en Roel Alva (2017).

Ahora bien, con relación a su concreción en una política pública de Estado, tenemos lo relativo al derecho al aseguramiento universal en salud, como parte integrante del derecho a la salud, el cual tuvo un trascendente pronunciamiento por parte del TC.

Efectivamente, este tribunal lo sustentó en el carácter no regresivo de los DESCA, declarando lo siguiente:

Esta ampliación de la cobertura de las necesidades de salud tiene su fundamento en el principio de progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Tal principio, si bien no garantiza que la plena efectividad de estos derechos pueda ser alcanzada inmediatamente, no por ello se encuentra privado de valor jurídico. *La primera consecuencia de su establecimiento es que las medidas que deba adoptar el Estado con referencia a la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales, para empezar, no pueden ser "regresivas", esto es, que generen un estado de cosas o una situación que sea más perjudicial a la que se encuentre efectivamente establecida* [cursivas añadidas]. En el ámbito de la salud, dicho principio se encuentra previsto en el artículo 4 de la Ley N.º 29344, al establecer el denominado principio de irreversibilidad, según el cual las prestaciones de salud a las que se tenía acceso antes de que se inicie el proceso de aseguramiento universal en salud, y durante el mismo, no pueden sufrir ningún menoscabo como consecuencia de algún proceso posterior. (STC. Exp. N.º 0033-2010-AI/TC, 2012, fundamento jurídico 21)

En concordancia con lo establecido por el TC, la Ley Marco del Aseguramiento Universal en Salud, Ley N.º 29344, prescribe en su artículo 20 que "[e]l Estado debe incrementar progresivamente, cada año, de manera obligatoria los fondos destinados al financiamiento del régimen subsidiado y semicontributivo", es decir que el financiamiento de la atención en salud para las personas en situación de pobreza ha sido institucionalizado por dicha norma y, por lo tanto, tiene el carácter de irreversible (STC. Exp. N.º 0033-2010-AI/TC, 2012, fundamento jurídico 41)

Derecho a la educación

En cuanto al derecho a la educación, su contenido constitucionalmente protegido se encuentra en una diversidad de disposiciones de la Constitución Política, conforme lo ha sostenido el TC:

De esta forma su contenido constitucionalmente protegido está determinado por el acceso a una educación adecuada (artículo 16), la libertad de enseñanza (artículo 13), la libre elección del centro docente (artículo 13), el respeto a la libertad de conciencia de los estudiantes (artículo 14), el respeto a la identidad de los educandos, así como a un buen trato psicológico y físico (artículo 15), la libertad de cátedra (artículo 18), y la libertad de creación de centros docentes y universidades (artículos 17 y 18). (STC. Exp. N.º 0091-2005-PA/TC, 2005, fundamento jurídico 6)

Asimismo, sobre este derecho podemos advertir que es tanto un derecho como un servicio público. Sobre dicha doble naturaleza, el TC correspondió su dimensión de servicio público con el principio de progresividad previamente desarrollado, llegando a señalar lo siguiente:

[E]l Estado tiene la obligación de garantizar la continuidad de los servicios educativos, así como de *augmentar progresivamente la cobertura y calidad de los mismos* [cursivas añadidas], debiendo tener siempre como premisa básica, como ya se ha mencionado, que tanto el derecho a la educación como todos los derechos fundamentales (e incluso las disposiciones constitucionales que regulan la actuación de los órganos constitucionales) tienen como fundamento el principio de la dignidad humana. (STC. Exp. N.º 4232-2004-AA/TC, 2005, fundamento jurídico 12)

Según lo anterior, si bien la plena realización del derecho es una obligación de carácter progresivo, debe imponerse una obligación mínima de asegurar el cumplimiento de la satisfacción de por lo menos los niveles esenciales de cada uno de estos derechos (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales [CESCR], 1990), los cuales serán exigibles directamente ante la jurisdicción constitucional (Alvites, 2008, p. 696).

Derecho a la pensión y a la seguridad social

El derecho a la pensión y a la seguridad social se encuentra regulado constitucionalmente en los artículos 10²⁵ y 11²⁶ de nuestra Constitución Política de 1993. A partir de la lectura conjunta de estas dos disposiciones constitucionales, el Supremo Intérprete de nuestra Constitución determinó la naturaleza social-patrimonial de este derecho fundamental, y determinó que el Estado peruano tiene la obligación de procurar una prestación mínima económica que asegure la subsistencia de los ciudadanos que reúnen los requisitos para ser considerados como pensionistas²⁷.

25 Constitución Política: "Artículo 10.- El Estado reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social, para su protección frente a las contingencias que precise la ley y para la elevación de su calidad de vida".

26 Constitución Política: "Artículo 11.- El Estado garantiza el libre acceso a prestaciones de salud y a pensiones, a través de entidades públicas, privadas o mixtas. Supervisa asimismo su eficaz funcionamiento. La ley establece la entidad del Gobierno Nacional que administra los regímenes de pensiones a cargo del Estado".

27 Al respecto, el Tribunal Constitucional ha establecido: "Mediante el derecho fundamental a la pensión, la Constitución de 1993 garantiza el acceso de las personas a una pensión que les permita llevar una vida en condiciones de dignidad. Este derecho fundamental también comporta el derecho de las personas a no ser privadas de modo arbitrario e injustificado de la pensión; de ahí que corresponda garantizar, frente a la privación arbitraria e irrazonable, el goce de este derecho, sin perjuicio de reconocer el disfrute de una pensión mínima vital como materialización concreta del clásico contenido esencial del derecho a la pensión" (STC. Exps. N.º 0050-2004-AI/TC, N.º 0051-2004-AI/TC, N.º 0004-2005-PI/TC, N.º 0007-2005-PI/TC y N.º 0009-2005-PI/TC, acumulados, 2005, fundamento jurídico 107).

En cuanto al derecho a la pensión, el TC señala que

[...] tiene la naturaleza de derecho social —de contenido económico—. Surgido históricamente en el tránsito del Estado liberal al Estado social de derecho, impone a los poderes públicos la obligación de proporcionar las prestaciones adecuadas a las personas en función de criterios y requisitos determinados legislativamente, para subvenir sus necesidades vitales y satisfacer los estándares de la “procura existencial” [cursivas añadidas]. De esta forma se supera la visión tradicional que suponía distintos niveles de protección entre los derechos civiles, políticos, sociales y económicos, atendiendo al principio de indivisibilidad de los derechos fundamentales y a que cada uno formaba un complejo de obligaciones de respeto y protección —negativas— y de garantía y promoción —positivas— por parte del Estado”. (STC. Exp. N.º 1417-2005-AA/TC, 2005, fundamento jurídico 32)

Como se puede apreciar, la indivisibilidad de los DESCAs desarrollada por el TC implica que deben ser entendidos de modo integral, “[...] sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello” (Corte IDH, 2015, párr. 172). En el caso concreto, el TC afirmó que “[...] tal es el caso de los derechos a prestaciones de salud y a la pensión [...] y que deben ser otorgados en el marco del sistema de seguridad social” (STC. Exp. N.º 1417-2005-AA/TC, 2005, fundamento jurídico 31).

Derecho a un medio ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la persona humana

Consideramos que resultan de suma importancia los pronunciamientos del TC en relación con el derecho fundamental a un medio ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la persona humana. En ellos ha desarrollado su contenido constitucionalmente protegido a partir de lo establecido en el numeral 22 del artículo 2 de la Constitución Política, en el cual se dispone que toda persona tiene derecho “[...] a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida”.

Así, el TC concluyó que el contenido del citado derecho se encuentra determinado:

[...] por los siguientes elementos; a saber: 1) el derecho a gozar de ese medio ambiente y 2) el derecho a que ese medio ambiente se preserve [cursivas añadidas]. [...], en su primera manifestación, esto es, el derecho a gozar de un medio ambiente equilibrado y adecuado, comporta la facultad de las personas de poder disfrutar de un medio ambiente en el que sus elementos se desarrollan e interrelacionan de manera natural y armónica; y, en el caso de que el hombre intervenga, no debe suponer una alteración sustantiva de la interrelación que existe entre los elementos del medio ambiente. Esto supone, por tanto, el disfrute no de cualquier entorno, sino únicamente del adecuado para el desarrollo de la persona y de su dignidad (artículo 1 de la Constitución) [cursivas añadidas]. De lo contrario, su goce se vería frustrado y el derecho quedaría, así, carente de contenido. Y, con relación al segundo acápite, dice la sentencia que el derecho en análisis se concretiza en el derecho a que el

medio ambiente se preserve. El derecho a la preservación de un medio ambiente sano y equilibrado entraña obligaciones ineludibles, para los poderes públicos, de mantener los bienes ambientales en las condiciones adecuadas para su disfrute. A juicio de este Tribunal, tal obligación alcanza también a los particulares, y con mayor razón a aquellos cuyas actividades económicas inciden, directa o indirectamente, en el medio ambiente. (STC. Exp. N.º 3510-2003-AA/TC, 2005, fundamento jurídico 2.d)

Por otro lado, el contenido constitucional protegido de este derecho ha sido perfeccionado y reconocido en reiterada y coherente jurisprudencia del TC²⁸, la cual ha establecido deberes tanto para la administración pública como para los privados. Así, ha determinado los principios que de forma obligatoria deben ser utilizados y aplicados por el Estado peruano para fiscalizar las actividades económicas y su impacto en el medio ambiente, con especial relevancia para las actividades de explotación de recursos naturales²⁹.

Derecho a la alimentación

Por último, expondremos sobre el derecho constitucional a la alimentación, el cual forma parte de nuestro ordenamiento jurídico a partir de la jurisprudencia del TC, que ha determinado:

Este Tribunal Constitucional considera que el derecho a una alimentación adecuada es un derecho que no solamente tiene reconocimiento a nivel de los tratados internacionales sobre derechos humanos, sino que, además, tiene reconocimiento y vigencia en el ordenamiento jurídico peruano en tanto los tratados que los reconocen han sido aprobados e incorporados como derecho interno. [...] El derecho a la alimentación es, como se desprende de los anteriores considerandos, un

28 Véase, entre otras decisiones emitidas por el Tribunal Constitucional en esta materia, las siguientes: STC. Exp. N.º 3343-2007-AA/TC; STC. Exp. N.º 0018-2001-AI/TC; STC. Exp. N.º 0964-2002-AA/TC; STC. Exp. N.º 0048-2004-PI/TC; STC. Exp. N.º 1206-2005-AA/TC; STC. Exp. N.º 4223-2006-PA/TC.

29 En relación con estos principios, el Tribunal Constitucional ha detallado: "En cuanto al vínculo existente entre las actividades económicas y el derecho a un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida, la jurisprudencia de este Colegiado ha considerado que este se materializa en función de los siguientes principios: (1) *el principio de desarrollo sostenible o sustentable* [cursivas añadidas] (que merecerá luego un análisis), (2) *el principio de conservación* [cursivas añadidas], en cuyo mérito se busca mantener en estado óptimo los bienes ambientales; (3) *el principio de prevención* [cursivas añadidas], que supone resguardar los bienes ambientales de cualquier peligro que pueda afectar a su existencia; (4) *el principio de restauración* [cursivas añadidas], referido al saneamiento y recuperación de los bienes ambientales deteriorados, (4) *el principio de mejora* [cursivas añadidas], en cuya virtud se busca maximizar los beneficios de los bienes ambientales en pro del disfrute humano, (5) *el principio precautorio* [cursivas añadidas], que comporta adoptar medidas de cautela y reserva cuando exista incertidumbre científica e indicios de amenaza sobre la real dimensión de los efectos de las actividades humanas sobre el ambiente, y (6) *el principio de compensación* [cursivas añadidas], que implica la creación de mecanismos de reparación por la explotación de los recursos no renovables [...]" (STC. Exp. N.º 4223-2006-PA/TC, 2007, fundamento jurídico 23).

derecho existente en el ordenamiento jurídico peruano, siendo necesario que este Tribunal Constitucional proceda a identificar su estructura como derecho social, así como delinear el contenido constitucionalmente protegido de este. (STC. Exp. N.º 1470-2016-PHC/TC, 2019, fundamentos jurídicos 12 y 15)

Asimismo, el TC señaló que este derecho social faculta a su titular a obtener una prestación positiva por parte del Estado³⁰ y estableció que, para concretarla, esta prestación tiene que ser progresiva en tanto se desarrolla en función de tres umbrales de satisfacción³¹:

1. *Primer umbral.* El derecho a una alimentación de subsistencia exige que se provea al ciudadano, que se encuentre en una situación de vulnerabilidad, de alimentos que le permitan encontrarse libre de padecer hambre y mantener sus funciones corporales³².
2. *Segundo umbral.* Para cumplir con el segundo umbral se exige que se desarrollen y concreten de forma progresiva las políticas públicas en materia alimentaria³³.

30 En relación con este extremo, el Tribunal Constitucional “[...] entiende que el derecho a la alimentación es una posición jurídica de derecho subjetivo que faculta a su titular a obtener una prestación positiva por parte del Estado, a fin de que este le provea o le haga accesibles los medios suficientes y adecuados que satisfagan sus requerimientos alimenticios de manera sostenible, cuando su titular se encuentre en una situación de vulnerabilidad que le impida satisfacerlos por sí mismo. El Estado está obligado de satisfacer una alimentación de subsistencia que permita al titular del derecho verse libre de padecer hambre (sensación incómoda o dolorosa causada por la falta de comida) y mantener su funcionalidad corporal, siendo progresivo el desarrollo y complementación de dicho mínimo” (STC. Exp. N.º 1470-2016-PHC/TC, 2019, fundamento jurídico 39).

31 Sobre la progresividad en el cumplimiento de este derecho, el Tribunal Constitucional ha declarado que “[...] la concretización del derecho social fundamental a la alimentación es progresiva en tanto se desarrolla en función de umbrales de satisfacción, a la vez reconoce una obligación incondicional mínima del Estado en asegurar la provisión y acceso a alimentos que evitan padecer hambre a sus titulares y garantizan la funcionalidad corporal de los mismos” (STC. Exp. N.º 1470-2016-PHC/TC, 2019, fundamento jurídico 41).

32 Respecto del primer umbral de satisfacción del derecho a la alimentación, el Tribunal Constitucional ha declarado: “El primer umbral de realización o cumplimiento del derecho social fundamental a la alimentación lo constituye el derecho a una alimentación de subsistencia. Dicho derecho viene a ser una obligación de cumplimiento incondicionado para el Estado, ya que representa el grado mínimo de provisión alimentaria que un ciudadano, que se encuentre en una situación de vulnerabilidad que le impida poder brindársela por sí mismo, debe tener garantizada para verse libre de padecer hambre y mantener sus funciones corporales. Sin tal nivel mínimo de provisión, los ciudadanos no podrían tener una existencia digna y no estarían en posibilidad de gozar sus demás derechos fundamentales. [...] La alimentación de subsistencia no solo implica poner a disposición de las personas en estado de vulnerabilidad los alimentos que contengan el número de calorías, proteínas y demás nutrientes que les permitan mantener su funcionalidad corporal, sino que también implica hacer accesibles dichos alimentos a quienes los necesiten, garantizando la permanencia y sostenibilidad de las vías que así lo permitan” (STC. Exp. N.º 1470-2016-PHC/TC, 2019, fundamento jurídico 40).

33 Respecto del segundo umbral de satisfacción del derecho a la alimentación, el Tribunal Constitucional ha declarado: “El segundo umbral de realización o cumplimiento del derecho a la alimentación gira en torno a las políticas programáticas que complementan a la alimentación de subsistencia garantizada en el primer umbral. Es a este nivel que el desarrollo y concretización

3. *Tercer umbral.* Este último umbral exige que el Estado realice acciones orientadas a satisfacer las necesidades alimentarias de los ciudadanos, los cuales pueden ser intereses o propósitos especiales de forma individual o colectiva³⁴.

A partir de estos umbrales podemos reconocer la relevancia de este derecho, el cual tiene su sustento en los niveles de cumplimiento progresivo por parte del Estado peruano. Este aspecto es relevante para la comprensión de los DESCAs, puesto que cabe recordar que “[...] la obligación estatal de proteger tales derechos implica la adopción de medidas que [los] protejan, aseguren y promuevan” (Martínez Ramírez, 2018, p. 384), y que, además, debe considerarse que dicho derecho, conforme destaca el propio TC, “[...] es inseparable de la dignidad humana y es una precondition necesaria para el disfrute de otros derechos humanos” (STC. Exp. N.º 1470-2016-PHC/TC, 2019, fundamento jurídico 36).

LOS PROCESOS CONSTITUCIONALES COMO MEDIOS IDÓNEOS PARA LA EFECTIVIDAD DE LOS DERECHOS PROGRAMÁTICOS

Conforme señalamos en la introducción de este artículo, nuestro planteamiento es sustentar la relevancia de los procesos constitucionales en la protección de los derechos programáticos. Así, los derechos constitucionales previamente mencionados en el apartado anterior y que pertenecen al grupo de los DESCAs fueron, en su momento, protegidos a través de los procesos constitucionales, los cuales, conforme a nuestro ordenamiento constitucional, son los medios procesales elegidos por nuestro constituyente para garantizar los derechos reconocidos en la Constitución Política.

de las políticas públicas en materia alimentaria son aplicadas de manera progresiva por parte del Estado. Dichas políticas deben estar orientadas a lograr seguridad alimentaria en la sociedad, es decir, asegurar el acceso permanente a medios de alimentación suficientes que permitan a los ciudadanos llevar una vida activa, saludable y sin necesidad de recurrir a los medios de alimentación de subsistencia garantizados en el primer umbral para poder satisfacer sus necesidades alimentarias. La obligación del Estado en este segundo umbral, si bien es cierto que es progresiva y sujeta a cuestiones presupuestales, no por ello implica que se encuentre enteramente a su libre discrecionalidad. En efecto, la obligación en este segundo umbral radica en implementar políticas públicas en materia alimentaria de manera progresiva, por lo que incumplir con tal implementación equivale a un incumplimiento de la obligación” (STC. Exp. N.º 1470-2016-PHC/TC, 2019, fundamento jurídico 40).

- 34 Respecto del tercer umbral de satisfacción del derecho a la alimentación, el Tribunal Constitucional ha declarado: “El tercer umbral de realización o cumplimiento del derecho a la alimentación está conformado por las acciones estatales orientadas a satisfacer necesidades alimentarias de los ciudadanos basados en los especiales intereses o propósitos que estos tengan en su vida individual o colectiva. En este umbral, el grado de discrecionalidad con el cual el Estado puede operar es mayor que a nivel del segundo umbral, dado que su acción ahora está orientada a satisfacer intereses alimentarios específicos de determinados individuos o grupo de individuos y no en función de alcanzar el aseguramiento alimentario de toda la comunidad en su conjunto. En ese sentido, la satisfacción de este umbral será posible una vez se haya logrado satisfacer el primero y cumplido con desarrollar políticas alimentarias eficaces a nivel del segundo umbral” (STC. Exp. N.º 1470-2016-PHC/TC, 2019, fundamento jurídico 40).

De igual forma, siguiendo lo desarrollado en la presente investigación, consideramos que una de las particularidades de los DESCAs es que requieren de justiciabilidad directa, de acuerdo con la reciente jurisprudencia de la Corte IDH en el caso Lagos del Campo vs. Perú, así como también han de tener medios de protección para tal efecto en sede interna. Así pues, presentamos a los procesos constitucionales de amparo y cumplimiento como los medios procesales idóneos para garantizar la efectividad de los DESCAs, los cuales, según la precitada jurisprudencia del TC, han cumplido este objetivo.

Los procesos constitucionales como medios idóneos para garantizar los DESCAs en nuestro ordenamiento jurídico

Antes de desarrollar las nociones relacionadas con los procesos constitucionales de amparo y cumplimiento, los cuales son los medios procesales idóneos para garantizar la efectividad de los DESCAs, debemos advertir la relevancia que ha tenido el TC en este aspecto, puesto que este último se ha convertido en un garante de los DESCAs³⁵. Al respecto, el profesor César Landa (2007), en relación con el desarrollo jurisprudencial en esta materia por parte del TC, ha declarado que

[...] ha sido en el ámbito de la justicia constitucional donde los derechos sociales han obtenido no solo protección ya sea frente a la administración estatal y al legislador, sino también un desarrollo importante a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la misma que ha precisado su progresividad, exigibilidad, así como sus límites. *Con lo cual se van asentando, en nuestro ordenamiento constitucional, las bases para superar aquella concepción positivista y formal que ve en los derechos sociales meras declaraciones programáticas, lo cual no es una tarea fácil, puesto que esta forma de concebirlas se deriva, en último término, de una debilidad política que es también fruto de una debilidad teórica* [cursivas añadidas]. (p. 365)

35 Nuestro Tribunal Constitucional se ha pronunciado en diferentes oportunidades respecto a los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA). En este sentido, ha desarrollado un catálogo de estos derechos, así como su contenido constitucionalmente protegido. De esta forma, presentamos un breve índice de estos derechos conjuntamente con sus respectivos pronunciamientos que desarrollan su contenido constitucionalmente protegido, que, a nuestra consideración, son los más relevantes. Así, tenemos el derecho a la salud (STC. Exp. N.º 2016-2004-PA/TC; STC. Exp. N.º 0032-2010-PI/TC), el derecho a la pensión y a la seguridad social (STC. Exps. N.º 0050-2004-AI/TC, N.º 0051-2004-AI/TC, N.º 0004-2005-AI/TC, N.º 0007-2005-AI/TC y N.º 0009-2005-AI/TC, acumulados; STC. Exp. N.º 5658-2006-PA/TC), el derecho al trabajo (STC. Exp. N.º 0206-2005-AA/TC; STC. Exp. N.º 0976-2001-AA/TC; STC. Exp. N.º 1124-2001-AA/TC), el derecho a la educación (STC. Exp. N.º 0014-2014-PI/TC; STC. Exp. N.º 0016-2014-PI/TC; STC. Exps. N.º 0019-2014-PI/TC y N.º 0007-2015-PI/TC, acumulados; STC. Exp. N.º 0853-2015-PA/TC), el derecho a la identidad cultural (STC. Exps. N.º 0020-2005-PI/TC y N.º 0021-2005-PI/TC, acumulados; STC. Exp. N.º 0006-2008-PI/TC), el derecho al medio ambiente sano y equilibrado (STC. Exp. N.º 0018-2001-AI/TC; STC. Exp. N.º 0964-2002-AA/TC), como figura en Roel Alva (2018, pp. 675-676, nota a pie de página 105).

En este mismo sentido, el propio TC ha llegado a sustentar lo siguiente respecto al proceder del Estado peruano frente a los DESCA:

Es importante que la ejecución presupuestal en las políticas sociales deje de ser vista como un mero gasto y se piense, más bien, en los términos de una inversión social en aras del cumplimiento de un fin comunitario. Únicamente cuando todos los ciudadanos gocen de garantías mínimas de bienestar, podrán realizar satisfactoriamente sus planes de vida y, por consiguiente, brindar un mejor aporte a la sociedad en su conjunto, lográndose, de este modo, un mayor desarrollo como país. (STC. N.º 2016-2004-AA/TC, 2004, fundamento jurídico 43)

Por otro lado, es preciso señalar que, si bien la mayoría de los pronunciamientos del TC han tenido un efecto positivo en la protección de estos derechos, también debemos afirmar que en otras oportunidades este mismo tribunal ha preferido optar por restringir la protección constitucional de estos, lo que constituye una modificación retroactiva significativa en relación con el enfoque jurisdiccional inicial que había brindado este órgano constitucional³⁶.

El proceso de amparo como medio procesal para lograr la efectividad de los derechos programáticos

En este acápite presentamos el proceso constitucional de amparo, el cual, conforme a lo previsto en la Constitución Política y el Código Procesal Constitucional, es el medio procesal encargado de proteger los derechos constitucionales que no son tutelados por los procesos constitucionales de *habeas corpus* y *habeas data*. Siendo esta su finalidad, se le ha encargado la protección, por excelencia, de los DESCA. Así, el TC concluyó:

Lo expuesto significa que en determinadas circunstancias los DESC no pueden ser objeto de una pretensión susceptible de estimación al interior del proceso de amparo (vg. la exigencia judicial al Estado de un puesto de trabajo o una prestación de vivienda). Ello, sin embargo, no puede ser considerado como una regla absoluta. (STC. Exp. N.º 1417-2005-PA/TC, 2005, fundamento jurídico 15)

Un ejemplo relevante al respecto es que el TC habilitó la procedencia del proceso constitucional de amparo para garantizar el derecho a la pensión y a la seguridad social —ya desarrollado en este artículo— cuando este se encuentre afectado por los entes

36 Al respecto, podemos decir que “[e]n relación con los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA), el Tribunal Constitucional peruano ha tenido un rol muy activo, desarrollando sus contenidos y ampliando sus alcances de protección por parte del Estado. La mayoría de estos pronunciamientos han tenido un efecto positivo en la protección de estos derechos, los cuales, gracias a la interpretación de este tribunal, se han ampliado y enriquecido en su contenido constitucionalmente protegido, alcances, límites y demás aspectos; sin embargo, no es menos cierto que en otras oportunidades el Tribunal Constitucional ha optado por limitar el acceso a la jurisdicción constitucional para la protección de estos derechos, siendo una modificación retroactiva importante con relación a la posición jurisdiccional inicial de este órgano constitucional” (Roel Alva, 2018, p. 675).

administradores de fondos de pensiones públicos y privados. Ciertamente, emitió el precedente constitucional vinculante recaído en el Expediente N.º 1417-2005-AA/TC, en el cual establece textualmente que

[...] este Tribunal advierte que los criterios jurídicos contenidos en el Fundamento 37 *supra* para determinar la procedencia de demandas de amparo en materia pensionaria, a partir de la determinación del contenido esencial del derecho fundamental a la pensión [cursivas añadidas], reconocido en el artículo 11 de la Constitución, constituyen precedente vinculante, de conformidad con lo dispuesto en el artículo VII del Título Preliminar del C. P. Const. (STC. Exp. N.º 1417-2005-AA/TC, 2005, fundamento jurídico 47)

En este apartado queremos destacar que recién con la entrada en vigor del Código Procesal Constitucional se determinó en nuestro ordenamiento jurídico que el proceso constitucional de amparo era el medio idóneo para garantizar los DESCA³⁷. Sin embargo, previamente a la emisión de dicho cuerpo procesal, la procedencia del proceso de amparo en esta ocasión fue gracias al TC, como en el precitado caso.

El proceso de cumplimiento como medio procesal para lograr la efectividad de los derechos programáticos

El proceso constitucional de cumplimiento, conforme a su regulación en la Constitución Política y el Código Procesal Constitucional, “[...] esencialmente busca asegurar la eficacia de las normas legales y los actos administrativos, convirtiendo el cumplimiento de las normas legales y actos administrativos por parte de la autoridad en un derecho fundamental de los ciudadanos” (Landa, 1999, p. 30). En otras palabras, las leyes o actos administrativos constituyen la expresión de la soberanía popular o de la democracia como principio constitucional, por lo que su incumplimiento, “cuando afecta concretamente a una persona, se manifiesta también como el derecho fundamental al cumplimiento de las normas legales y de los actos administrativos” (León Vásquez, 2009, p. 193).

En tal sentido, el TC, a partir de la interpretación de diferentes disposiciones constitucionales, concluyó:

Conforme a los artículos 3, 43 y 45 de la Constitución, el Tribunal Constitucional reconoce la configuración del derecho constitucional a asegurar y exigir la eficacia de las normas legales y de los actos administrativos. Por tanto, cuando una autoridad o funcionario es renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo que incide en los derechos de las personas o, incluso, cuando se trate de los casos a que se refiere el artículo 65 del Código Procesal Constitucional (relativos a la defensa de los derechos con intereses difusos o colectivos en el proceso de cumplimiento), surge el derecho de defender la eficacia de las normas legales y

37 Véase el artículo 37 del Código Procesal Constitucional, Ley N.º 28237.

actos administrativos a través del proceso constitucional de cumplimiento. (STC. Exp. N.º 00168-2005-AC/TC, 2005, fundamento jurídico 9)

De acuerdo con lo expuesto, si bien la naturaleza jurídica del proceso constitucional de cumplimiento se encuentra directamente relacionada con la protección del derecho a defender la eficacia de normas legales y actos administrativos, constituyendo así “[...] un derecho fundamental de los ciudadanos” (Landa, 1999, p. 30); también es cierto que el TC, en su desarrollo jurisprudencial, ha establecido que dicho proceso puede proteger de modo indirecto los DESCAs.

En este caso, el derecho que específicamente se garantizó a través del proceso de cumplimiento fue el derecho a la salud de un grupo de pobladores contaminados por plomo (esta situación se conoce como el caso La Oroya), indicando que

[e]n cuanto a la protección “indirecta” del derecho a la salud mediante el proceso de cumplimiento, cabe destacar que procederá siempre y cuando exista un mandato claro, concreto y vigente contenido en una norma legal o en un acto administrativo, mandato que precisamente se deberá encontrar en una relación indisoluble con la protección del referido derecho fundamental. (STC. Exp. N.º 2002-2006-AC/TC, 2006, fundamento jurídico 18)

Es decir que, si bien en el referido proceso se denunciaba el incumplimiento del mandato establecido en la Ley General de Salud, Ley N.º 26842, “[...] el mismo que, a su vez, tiene como finalidad la protección del derecho a un medio ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida”, así como el derecho a la salud. Por eso, el TC estableció que dicha inacción del Estado vulneraba los referidos derechos de la población de esa zona y que el proceso de cumplimiento era el remedio procesal para el cese de dicha situación (STC. Exp. N.º 2002-2006-AC/TC, 2006, fundamentos jurídicos 2, 18 y 27).

CONCLUSIONES

Como indicamos desde el principio del presente artículo, nuestro objetivo es sustentar la relevancia de los procesos constitucionales en la protección de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA). Para alcanzar dicho propósito hemos sostenido que estos procesos tienen como finalidad garantizar la supremacía de la Constitución Política, en cuanto norma suprema dentro de nuestro ordenamiento jurídico, así como proteger a los derechos que poseen reconocimiento constitucional, frente a cualquier amenaza y afectación, teniendo una especial relevancia estos últimos, puesto que protegen al ciudadano frente a cualquier arbitrariedad de los entes estatales y de los particulares que limite o afecte sus derechos.

Asimismo, hemos expuesto el concepto y las principales particularidades de los DESCAs. Uno de los aspectos más relevantes para el objeto de este artículo fue el cambio

de paradigma a partir de la decisión de la Corte IDH recaída en el caso *Lagos del Campo vs. Perú*, en el cual se establece la justiciabilidad directa de los DESCAs, en lo que respecta al derecho a la libertad de asociación. Asimismo, lo es su subsecuente desarrollo jurisprudencial que incluye el derecho a la salud y la seguridad social. Aún estamos a la expectativa de que este desarrollo comprenda a los demás derechos relacionados.

En el ámbito nacional, hemos acreditado que los derechos a la salud, a la educación, a la pensión y a la seguridad social, a un medio ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la persona humana, y a la alimentación, han sido protegidos por el TC mediante los procesos constitucionales. De ahí que afirmemos que los procesos constitucionales encargados de la tutela de los derechos constitucionales —amparo y cumplimiento— son los medios idóneos para garantizar la efectividad de los DESCAs en sede nacional, conforme hemos expuesto a través de algunos casos emblemáticos.

Así, los procesos constitucionales han demostrado que son medios procesales capaces de garantizar los derechos reconocidos en nuestra Constitución Política, pero al mismo tiempo se requiere la consonancia con la jurisprudencia de la precitada Corte IDH, a fin de promover una mejor y mayor garantía de dichos derechos.

REFERENCIAS

- Abramovich, V., y Curtis, C. (1997). *Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales*. Recuperado de <http://www.oda-alc.org/documentos/1366995147.pdf>
- Alvites, E. (2008). Aspectos generales sobre los derechos sociales fundamentales en el Perú. En *Ponencias desarrolladas del IX Congreso Nacional de Derecho Constitucional* (tomo II, pp. 687-696). Arequipa: ADRUS.
- Blume Fortini, E. (2011). Paradigmas del derecho procesal constitucional. *Revista Estado Constitucional*, 1(4).
- Clérico, L., Ronconi, L., y Aldao, M. (2013). Hacia la reconstrucción de las tendencias jurisprudenciales en América Latina y el Caribe en materia de igualdad: sobre la no discriminación, la no dominación y la redistribución y el reconocimiento. *Revista Direito GV*, 9(1). <https://doi.org/10.1590/S1808-24322013000100006>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos [CIDH]. (2018). *II Informe Anual de la Relatoría Especial sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (REDESCA)*. Washington D. C.: Autor. Recuperado de <http://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2018/docs/IA2018REDESCA-es.pdf>

- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales [CESCR]. (14 de diciembre de 1990). *Observación general N.º 3. Índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto)*. Recuperado de <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1452.pdf>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos [Corte IDH]. (1 de julio del 2009). Sentencia en el caso Acevedo Buendía y otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) vs. Perú. Recuperado de https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_198_esp.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos [Corte IDH]. (1 de septiembre del 2015). Sentencia en el caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador. Recuperado de https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_298_esp.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos [Corte IDH]. (31 de agosto del 2017). Sentencia en el caso Lagos del Campo vs. Perú. Recuperado de https://www.corteidh.or.cr/corteidh/docs/casos/articulos/seriec_340_esp.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos [Corte IDH]. (23 de agosto del 2018). Sentencia en el caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala. Recuperado de https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_359_esp.pdf
- De Otto, I. (1998). *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*. Barcelona: Ariel.
- Ferrer McGregor, E., Morales Antoniazzi, M., y Flores Pantoja, R. (Coords.). (2018). *Inclusión, Ius Commune y justiciabilidad de los DESCAs en la jurisprudencia interamericana. El caso Lagos del Campo y los nuevos desafíos*. Ciudad de México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro. Recuperado de <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/4817-inclusion-ius-commune-y-justiciabilidad-de-los-desca-en-la-jurisprudencia-interamericana-el-caso-lagos-del-campo-y-los-nuevos-desafios-coleccion-constitucion-y-derechos>
- Landa, C. (1999). Los procesos constitucionales en la Constitución Peruana de 1993. *Ius et Veritas*, 9(18), 8-36. Recuperado de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15818/16250>
- Landa, C. (2007). *Tribunal Constitucional y Estado democrático* (3.ª ed.). Lima: Palestra Editores.
- Landa, C. (2009). Autonomía procesal del Tribunal Constitucional: la experiencia del Perú. En *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2009* (pp. 277-310). Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung E. V. Recuperado de https://www.kas.de/c/document_library/get_file?uuid=4da0e369-ffc1-3b41-c957-fe2ed7863cb2&groupId=252038

- Landa, C. (2011). *Derecho procesal constitucional. Cuaderno de trabajo n.º 20*. Lima: Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Recuperado de <http://repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/46730/cuaderno%2020.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Landa, C. (2013). La constitucionalización del derecho peruano. *Derecho PUCP*, (71), 13-36. doi: <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201302.001>
- León Vásquez, J. (2009). El proceso constitucional de cumplimiento y su incidencia positiva en la protección del Estado democrático de derecho. *Foro Jurídico*, (09), 188-196. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/18530>
- Martínez Ramírez, F. (2018). La influencia de la jurisprudencia de la Corte Interamericana en materia de derechos económicos, sociales y culturales en la interpretación y resolución de casos en México. En E. Ferrer McGregor, M. Morales Antoniazzi y R. Flores Pantoja (Coords.), *Inclusión, los Commune y justiciabilidad de los DESCA en la jurisprudencia interamericana. El caso Lagos del Campo y los nuevos desafíos* (pp. 381-402). Ciudad de México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro. Recuperado de <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/4817-inclusion-ius-commune-y-justiciabilidad-de-los-desca-en-la-jurisprudencia-interamericana-el-caso-lagos-del-campo-y-los-nuevos-desafios-coleccion-constitucion-y-derechos>
- Méndez, J. E. (2004). Derechos económicos, sociales y culturales: experiencias y posibilidades dentro del sistema interamericano. En *Construyendo una agenda para la justiciabilidad de los derechos sociales* (pp. 115-143). San José: Centro por la Justicia y el Desarrollo Internacional (CEJIL). Recuperado de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4556/7.pdf>
- Nash Rojas, C. (2011). Los derechos económicos, sociales y culturales y la justicia constitucional latinoamericana: tendencias jurisprudenciales. *Estudios Constitucionales*, 9(1), 65-118. Recuperado de <https://scielo.conicyt.cl/pdf/estconst/v9n1/art04.pdf>
- Parra Vera, Ó. (2018). La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en el Sistema Interamericano a la luz del artículo 26 de la Convención Americana. El sentido y la promesa del caso Lagos del Campo. En E. Ferrer McGregor, M. Morales Antoniazzi y R. Flores Pantoja (Coords.), *Inclusión, los Commune y justiciabilidad de los DESCA en la jurisprudencia interamericana. El caso Lagos del Campo y los nuevos desafíos* (pp. 181-234). Ciudad de México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro. Recuperado de <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/4817-inclusion-ius-commune-y-justiciabilidad-de->

los-desca-en-la-jurisprudencia-interamericana-el-caso-lagos-del-campo-y-los-nuevos-desafios-coleccion-constitucion-y-derechos

Resolución recaída en los Expedientes N.º 0025-2005-PI/TC y N.º 0026-2005-PI/TC. (2005). Tribunal Constitucional del Perú. Recuperado de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00025-2005-AI%2000026-2005-AI%20Admisibilidad.html>

Resolución recaída en el Expediente N.º 0033-2005-AI/TC. (2006). Tribunal Constitucional del Perú. Recuperado de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00033-2005-AI%20Resolucion.html>

Roel Alva, L. A. (2017). *El Tribunal Constitucional peruano como agente de cambio de la realidad nacional: planteamiento a partir del estudio y análisis de sus sentencias* (tesis para obtener el título de máster en Derecho Constitucional). Universidad de Castilla-La Mancha, Toledo, España.

Roel Alva, L. A. (2018). Tribunal Constitucional peruano: una concepción a partir de los aportes de Javier Alva Orlandini a la justicia constitucional peruana. En L. A. Roel Alva (Coord.), *Política y derecho constitucional. Homenaje a Javier Alva Orlandini* (pp. 637-680). Arequipa: ADRUS.

Roel Alva, L. A., y Huayta Alipio, D. M. (2018). La efectividad de los pronunciamientos del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos. En E. Blume Fortini (Coord.), *Desafíos del constitucionalismo peruano a los 25 años de la Constitución de 1993. Ponencias del XII Congreso Nacional de Derecho Constitucional* (vol. I, pp. 697-727). Trujillo: Fondo Editorial de la Universidad Privada Antenor Orrego.

Rubio, P. (2013). Los derechos económicos, sociales y culturales en el texto de la Constitución y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Derecho PUCP*, (71), 201-230. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201302.008>

Sandoval, A. (2001). *Los derechos económicos, sociales y culturales. Una revisión del contenido esencial de cada derecho y de las obligaciones del Estado*. Ciudad de México: Equipo Pueblo.

Sentencia recaída en los Expedientes N.º 0001-2004-AI/TC y N.º 0002-2004-AI/TC (acumulados). (2004). Tribunal Constitucional del Perú. Recuperado de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00001-2004-AI%2000002-2004-AI.pdf>

Sentencia recaída en el Expediente N.º 2945-2003-AA/TC. (2004). Tribunal Constitucional del Perú. Recuperado de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/02945-2003-AA.pdf>

Sentencia recaída en el Expediente N.º 2016-2004-AA/TC. (2004). Tribunal Constitucional del Perú. Recuperado de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/02016-2004-AA.pdf>

- Sentencia recaída en el Expediente N.º 0266-2002-AA/TC. (2005). Tribunal Constitucional del Perú. Recuperado de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00266-2002-AA.html>
- Sentencia recaída en el Expediente N.º 3510-2003-AA/TC. (2005). Tribunal Constitucional del Perú. Recuperado de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/03510-2003-AA.html#:~:text=3510%2D2003%2DAA&text=Recurso%20extraordinario%20interpuesto%20por%20don,acci%C3%B3n%20de%20amparo%20de%20autos>
- Sentencia recaída en el Expediente N.º 4232-2004-AA/TC. (2005). Tribunal Constitucional del Perú. Recuperado de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/04232-2004-AA.pdf>
- Sentencia recaída en los Expedientes N.º 0050-2004-AI/TC, N.º 0051-2004-AI/TC, N.º 0004-2005-PI/TC, N.º 0007-2005-PI/TC y N.º 0009-2005-PI/TC (acumulados). (2005). Tribunal Constitucional del Perú. Recuperado de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00050-2004-AI%2000051-2004-AI%2000004-2005-AI%2000007-2005-AI%2000009-2005-AI.pdf>
- Sentencia recaída en el Expediente N.º 0005-2005-CC/TC. (2005). Tribunal Constitucional del Perú. Recuperado de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00005-2005-CC.pdf>
- Sentencia recaída en los Expedientes N.º 0020-2005-PI/TC y N.º 0021-2005-PI/TC (acumulados). (2005). Tribunal Constitucional del Perú. Recuperado de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00020-2005-AI%2000021-2005-AI.pdf>
- Sentencia recaída en el Expediente N.º 0091-2005-PA/TC. (2005). Tribunal Constitucional del Perú. Recuperado de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00091-2005-AA.html>
- Sentencia recaída en el Expediente N.º 00168-2005-AC/TC. (2005). Tribunal Constitucional del Perú. Recuperado de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00168-2005-AC.html>
- Sentencia recaída en el Expediente N.º 1417-2005-PA/TC. (2005). Tribunal Constitucional del Perú. Recuperado de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/01417-2005-AA.html>
- Sentencia recaída en el Expediente N.º 5854-2005-PA/TC. (2005). Tribunal Constitucional del Perú. Recuperado de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/05854-2005-AA.pdf>

Sentencia recaída en los Expedientes N.º 0025-2005-PI/TC y N.º 0026-2005-PI/TC (acumulados). (2006). Tribunal Constitucional del Perú. Recuperado de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00025-2005-AI%2000026-2005-AI.pdf>

Sentencia recaída en el Expediente N.º 2002-2006-AC/TC. (2006). Tribunal Constitucional del Perú. Recuperado de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/02002-2006-AC.pdf>

Sentencia recaída en el Expediente N.º 7873-2006-AI/TC. (2006). Tribunal Constitucional del Perú. Recuperado de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/07873-2006-AC.pdf>

Sentencia recaída en el Expediente N.º 4223-2006-PA/TC. (2007). Tribunal Constitucional del Perú. Recuperado de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/04223-2006-AA.html#:~:text=El%20derecho%20al%20ambiente%20equilibrado,vida%20y%20la%20salud%20humana.>

Sentencia recaída en el Expediente N.º 6534-2006-PA/TC. (2007). Tribunal Constitucional del Perú. Recuperado de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/06534-2006-AA.pdf>

Sentencia recaída en el Expediente N.º 0033-2010-AI/TC. (2012). Tribunal Constitucional del Perú. Recuperado de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2012/00033-2010-AI.html>

Sentencia recaída en el Expediente N.º 1470-2016-PHC/TC. (2019). Tribunal Constitucional del Perú. Recuperado de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2019/01470-2016-HC.pdf>

Suárez Sebastián, M. P. (2009). Aspectos fundamentales de los DESC. En P. E. González Monguí (Coord.), *Derechos económicos, sociales y culturales* (pp. 61-111). Bogotá: Cátedra Gerardo Molina.

LA RESPONSABILIDAD SOCIAL COMO IMPERATIVO EN LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA PERUANA

MARÍA ELENA GUERRA-CERRÓN*

Universidad de Lima, Lima, Perú

megreece@yahoo.com.mx

Recibido: 18/1/2021 Aprobado: 25/1/2021

doi: <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2021.n052.5065>

RESUMEN. El deber de realizar las actividades económicas con responsabilidad social en el Perú se establece en la Constitución económica, y no solo comprende a las actividades del poder privado, sino también a las del poder público en el marco de la llamada *economía social de mercado*. Por tanto, es incomprensible que este deber se considere como una facultad y se deje su cumplimiento a la libre voluntad. En este artículo se explicará que la responsabilidad social es un componente esencial del régimen económico nacional y, por ende, se encuentra prevista de manera implícita en la Constitución Política del Perú. La denominación apropiada y omnicomprensiva debería ser *economía de mercado con responsabilidad social*, de tal modo que la responsabilidad social pase de verse como una facultad a aceptarse como un imperativo constitucional de obligatorio cumplimiento.

PALABRAS CLAVE: Constitución Política / actividad económica / economía social de mercado / Constitución económica / responsabilidad social

* Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magíster en Derecho Empresarial por la Universidad de Lima. Doctora en Derecho y Ciencia Política por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Estudios de especialización en Contratación Moderna y Responsabilidad Civil en las Universidades de Castilla-La Mancha y Salamanca en España. Docente en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos en pregrado y posgrado, y en la Universidad de Lima. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal y del Instituto Peruano de Derecho Mercantil. Estudios de maestría en Derecho Procesal Constitucional, Universidad Lomas de Zamora, Buenos Aires. Fue juez civil de la Corte Superior de Justicia de Lima. Fiscal superior civil del DF Callao.

SOCIAL RESPONSIBILITY AS AN IMPERATIVE IN THE PERUVIAN ECONOMIC CONSTITUTION

ABSTRACT. The Peruvian Economic Constitution establishes the duty to carry out economic activities with social responsibility, which include not only private sector activities but also those of the public sector within the framework of the so-called “social market economy.” Hence, it is impossible to comprehend that this duty is considered as a power and its fulfillment is left to free will. This article will explain that social responsibility is an essential component of the Peruvian economic system and, therefore, is implicitly provided for in the Political Constitution of Peru. The appropriate and comprehensive denomination should be “market economy with social responsibility,” so that social responsibility goes from being considered as a power to being accepted as a constitutional duty of mandatory compliance.

KEYWORDS: Political Constitution / economic activity / social market economy
/ Economic Constitution / social responsibility

INTRODUCCIÓN

El derecho fundamental relevante para presentar el tema de este artículo es que las personas (naturales y jurídicas) pueden participar, en forma individual o asociada, en la vida política, económica, social y cultural de la nación, a partir de lo cual se identifican diferentes ámbitos que tendrán una regulación independiente en la Constitución Política. Si bien son diferentes ámbitos con marcos legales propios: político, social (cultural) y económico, todos están vinculados por un objetivo común que es la realización de los derechos de las personas, esto es, la materialización de sus derechos objetivos de forma directa o con la intervención del órgano jurisdiccional brindándose tutela.

En este contexto, el Estado, que es una sociedad organizada, tiene un papel fundamental y constituye

[una] forma de orden político, característica de las sociedades modernas, fundada en el monopolio de la coacción sobre un determinado territorio por parte de una jerarquía burocrática, policial-militar, jurídica e impositiva [...] condición necesaria para el surgimiento del Estado fue el surgimiento de la moderna “sociedad civil”, concepto complementario al de Estado. (D'Auria, 2012, p. 47)

En tal sentido, el Estado es el garante de la realización de los derechos y lo es de acuerdo con los mandatos de la Constitución Política, que puede ser considerada como una “gran hoja de ruta” para la convivencia en una sociedad organizada. El profesor Marcial Rubio Correa (2006) la describe de la siguiente manera:

Tras el ropaje técnico y jurídico consustancial a su naturaleza, toda Constitución es en realidad una opción política. [...] En su texto constitucional (Constitución escrita formal) y, en su implementación cotidiana (Constitución real), cada Estado recoge un conjunto de ideas predominantes y también un conjunto de prácticas sociales, que definen las reglas de funcionamiento de la sociedad en sus aspectos políticos, sociales y económicos. (p. 99)

Así, la Constitución Política como “hoja de ruta nacional” contiene las reglas de funcionamiento de la sociedad en tres dimensiones principales (que son precisamente aquellas en las que las personas naturales o jurídicas se realizan en sus diferentes actividades y derechos): política, social (cultural) y económica. Si bien las reglas están establecidas en secciones separadas, deben ser leídas en forma concordada y armónica, puesto que el propósito es promover y alcanzar el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado, como deber primordial del Estado democrático de derecho (dimensión política), según se establece en los artículos 43 y 44.

La sociedad debe estar organizada en un Estado de derecho. Históricamente este fue mal concebido como un Estado de la ley o Estado legal. Esta situación llevó a la aparición del fenómeno de la “constitucionalización de los derechos”, lo que dio paso al denominado *Estado constitucional de derecho*, para “llamar la atención” sobre el hecho de que la

unidad del derecho o sistema u ordenamiento jurídico recae en la Constitución Política, con el efecto de una nueva forma de concebirla al interpretar y aplicar el derecho, como bien ha sido explicado por el Tribunal Constitucional peruano:

El tránsito del Estado legal de derecho al Estado constitucional de derecho supuso, entre otras cosas, abandonar la tesis según la cual la Constitución no era más que una mera norma política, esto es, una norma carente de contenido jurídico vinculante y compuesta únicamente por una serie de disposiciones orientadoras de la labor de los poderes públicos, para consolidar la doctrina conforme a la cual la Constitución es también una norma jurídica, es decir, una norma con contenido dispositivo capaz de vincular a todo poder (público o privado) y a la sociedad en su conjunto. (STC. Exp. N.º 5854-2005-PA/TC-Piura, 2005, fundamento jurídico 3)

Cabe considerar a la denominación de *Estado constitucional de derecho* como una reivindicación del Estado de derecho, ya que no puede existir un espacio o ámbito en la sociedad fuera de los alcances de la Constitución Política. Así, si bien puede reconocerse la libertad como principio y fundamento de la actividad del sector privado, no hay autonomía privada al margen de la Constitución Política, ni hay libertad de contratación cual "autorización en blanco". Lo antes señalado, que parecería una simple y lógica afirmación, puede serlo en teoría, mas no en la práctica; por ello resulta complejo, en especial, en cuanto al componente de la responsabilidad social en la dimensión económica. Por tanto, de las tres dimensiones de la responsabilidad social, se desarrollará la económica por su incidencia en las demás dimensiones. No pretende señalarse que la realización de los derechos políticos y sociales depende solo de la actividad económica; pero sí puede admitirse que hay una correlación directa entre ellas.

RÉGIMEN ECONÓMICO PERUANO

Constitución de la República del Perú de 1979

El antecedente de la economía social de mercado en un texto constitucional se encuentra en la Constitución de la República del Perú de 1979, en el Título III: Del régimen económico. En el Capítulo I, se establecieron principios generales y se señaló expresamente en el artículo 115 que la iniciativa privada es libre y se ejerce en una economía social de mercado, además de otros principios. También se incorporaron principios para la actividad económica en el Capítulo IV: De la empresa, en el que, por ejemplo, se reconoce la libertad de comercio e industria y se prohíben los monopolios, los oligopolios, entre otros.

Constitución Política de 1993

Como se ha señalado, la elección o determinación de la economía social de mercado como régimen económico nacional data de 1979, y más allá de la discrepancia que se pueda

tener respecto a la Constitución peruana —precisamente en los actuales momentos en que algunas personas piden una nueva Constitución Política—, es de destacar que este régimen “en la letra” es apropiado, solo que en la práctica no se aprecian los resultados por el papel que realizan los agentes económicos y el propio Estado. En la Constitución vigente hay un espacio especial y ordenado donde se establecen las reglas de funcionamiento para la dimensión económica, y esta es la Constitución económica.

LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA

La Constitución económica es la parte de la Constitución Política que contiene el conjunto de normas económicas que, a decir de Gutiérrez Camacho (2013), constituye un “[...] sistema constitucional económico, pues esta expresión da cuenta de una manera más cabal de que las normas económicas constitucionales se encuentran vinculadas y son parte de un todo armónico” (p. 6).

Es necesario señalar la relevancia del término *sistema* en la expresión “sistema constitucional económico”, en el sentido de “[...] normas orientadas a establecer las pautas básicas sobre las que debe fundarse el régimen económico de una sociedad” (STC. Exp. N.º 0008-2003-AI/TC, 2003, fundamento jurídico 3), ya que se trata de un conjunto de elementos relacionados entre sí para un fin común, enfoque importante para garantizar la armonía en el propio sistema constitucional económico. El concepto de “todo armónico” en la interpretación y aplicación de las normas se extiende a las otras dos dimensiones: política y social, por la interrelación con el sistema constitucional económico. A ello hay que agregar lo siguiente:

[...] ningún ámbito de la Carta Fundamental es ajeno a los criterios interpretativos expuestos, menos aún las normas que dan forma y sustancia a lo que se ha convenido en denominar “Constitución económica”. Y es que dichas disposiciones suponen el establecimiento de un plexo normativo que tiene como finalidad configurar el ámbito jurídico en el cual se desarrollará la actividad económica de nuestro país, y su propósito es que la actuación del Estado y los ciudadanos sea coherente con la naturaleza y los fines del Estado social y democrático de derecho.

De ahí que el fundamento para la inserción de temas de carácter económico dentro de una Constitución sea el sometimiento al valor de la justicia de las decisiones económicas que incidan en la vida social, en la promoción y tutividad de los derechos fundamentales de la persona, y en el aseguramiento del bien común. En buena cuenta, la finalidad de tal incorporación normativa es enfatizar la idea de que toda economía colectiva debe cumplir mínimos supuestos de justicia. (STC. Exp. N.º 0008-2003-AI/TC, 2003, fundamento jurídico 8)

Ha sido destacada la importancia de contar con un sistema constitucional económico o Constitución económica; sin embargo, su reconocimiento no fue pacífico y, frente a posturas opositoras, el Tribunal Constitucional señaló:

No es ajeno a este Colegiado el hecho de que cierto sector de la doctrina y de la propia comunidad económica cuestione la conveniencia de incluir en el texto constitucional normas orientadas a establecer las pautas básicas sobre las que debe fundarse el régimen económico de una sociedad. Y aunque no se expone de manera categórica, no es difícil deducir que, en dichas críticas, subyace el temor al supuesto riesgo de restar flexibilidad a un régimen que, desde tal perspectiva, debe estar sometido al imperio del mercado. Al respecto, es necesario enfatizar que el verdadero riesgo sería que la recomposición de las desigualdades sociales y económicas quede librada a la supuesta eficiencia de un mercado que, por razones de distinta índole, se instituye desde una indiscutible disparidad entre los distintos agentes y operadores de la economía. En efecto, *así como el excesivo poder político del Estado ha sido siempre un riesgo para la libertad humana, de la misma forma el poder privado propiciado por una sociedad corporativa constituye una grave y peligrosa amenaza para la regencia del principio de justicia* [cursivas añadidas]. (STC. Exp. N.º 0008-2003-AI/TC, 2003, fundamento jurídico 3)

Empresario, empresa, actividad económica

La determinación de la economía social de mercado en la Constitución de 1979 como régimen económico, su mantenimiento en la Carta de 1993, la incorporación del término *empresa* y el uso del término *empresario* generaron una corriente modificadora o derogatoria de normas consideradas vetustas, como el Código de Comercio peruano, del cual se señaló lo siguiente:

El actual Código de Comercio (1902) acaba de cumplir cien años de vigencia; sin embargo, de su estructura y contenido original queda muy poco, por cuanto su desfase con la realidad, su incompatibilidad con nuevas figuras de naturaleza civil y comercial, entre otros, obligó en su momento a introducirle múltiples modificaciones sustanciales mediante leyes especiales, tales como la Ley de Sociedades Mercantiles N.º 16123 (ahora Ley General de Sociedades N.º 26887); la Ley General de Instituciones Bancarias, Financieras y de Seguros (ahora Ley General del Sistema de Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros); la Ley de Títulos Valores N.º 16587 (ahora Ley de Títulos Valores N.º 27287); la Ley Procesal de Quiebras N.º 7565 (posteriormente Ley de Reestructuración Empresarial y ahora la Ley de Reestructuración Patrimonial); la Ley del Registro Fiscal de Ventas a Plazos, entre otras, tal vez de menor rango, pero igual de importantes, por cuanto han contribuido y siguen contribuyendo al desarrollo comercial de nuestro país. (Cámara de Comercio de Lima, 2002)

Así, para derogar o actualizar el Código de Comercio, se crearon comisiones para elaborar proyectos desde el año 1996 (Ley N.º 26595 del 20 de abril de 1996). En 1998, se elaboró el Anteproyecto de Ley General de la Empresa, que posteriormente se convirtió en el Anteproyecto de la Ley Marco del Empresariado (publicado el 6 de mayo de 1999). Luego, en el año 2001, este fue acogido por la congresista Rosa Florián Cedrón y presentado como Proyecto N.º 220-2001-CR. A este texto se le realizaron algunos ajustes que

dieron lugar a una Propuesta Alternativa al Proyecto N.º 220-2001-CR, Ley Marco del Empresariado (Congreso de la República del Perú, 2001), y allí terminó el esfuerzo de crear un derecho empresarial como disciplina conceptual autónoma que comprendiera al derecho comercial, al derecho societario y al derecho cambiario, entre otros, cuyo objeto de estudio y regulación sean principalmente la empresa, el empresario, la actividad empresarial y el riesgo. Si bien no tenemos una Ley Marco del Empresariado, es conveniente su estudio, ya que hay muchos aspectos que no están en las leyes, pero sí se manifiestan en la actividad económica nacional.

Al no haber surgido el derecho empresarial como disciplina jurídica, esto es, con sus propios términos, categorías, lenguaje, cuerpo normativo y método, siguiendo la calificación jurídica del acto de comercio y el comerciante, la *empresa* vendría a ser el objeto del derecho y el *empresario* el sujeto de derecho. Si bien no es un tema que se vaya a desarrollar en este artículo, cabe indicar que para describir jurídicamente a la “empresa” existen teorías: unas que le reconocen subjetividad propia señalándola, por ejemplo, como sociedad anónima (y la confunden con el empresario, que es el sujeto de derecho); y otras que responden a criterios objetivos, esto es, empresa como actividad, como objeto o producción, entre otras. Sin embargo, se advierte que el término económico *empresa* se usa en el ámbito jurídico como “sociedad mercantil” tanto por personas legas como por los miembros de la comunidad jurídica, lo que implica que se sigue la teoría de la subjetividad consciente o inconscientemente. Con ello se genera un problema jurídico, ya que, si empresa es una sociedad mercantil, entonces, empresa es el sujeto de derecho, y bien sabemos que el sujeto de derecho es el empresario. Ahora bien, para tratar de resolver este problema, a partir de la lectura del trabajo del maestro Carlos Fernández Sessarego, se identificó que la razón del “vértice” sociedad y empresa como sujeto de derecho encuentra explicación si se tienen en cuenta dos “lados” de la persona jurídica-sociedad mercantil: el lado del *empresario*, que viene a ser el “cuerpo”, y el lado de la *empresa*, que sería el “alma” (Guerra-Cerrón, 2018). Esta combinación es útil y determinante para reconocer un componente esencial en la actividad económica y un imperativo constitucional, y la alusión no es solo a la ética empresarial, sino a la responsabilidad social.

ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO O ECONOMÍA DE MERCADO CON RESPONSABILIDAD SOCIAL

En el artículo 58 de la Constitución Política, se señala que el régimen económico nacional es el de la economía social de mercado. Esa es la forma como siempre nos referimos a ella, no solo en el Perú, sino también en cuanto texto podemos leer sobre este tema. El término “economía social de mercado” nació en el contexto de la Alemania de la posguerra, sobre la base de valores como libertad, justicia y solidaridad, así como

propósito de eficiencia del mercado, Estado mínimo y Estado fuerte, entre otros. Su creación se atribuye a Walter Eucken (1891-1950), Leonhard Miksch (1901-1950), Franz Böhm (1895-1977), Alfred Müller-Armack (1901-1978), Wilhelm Röpke (1899-1966) y Alexander Rüstow (1885-1963), reconocidos como representantes del humanismo económico y social. Entre ellos destaca Alfred Müller-Armack, con su concepto de economía social de mercado: "La esencia de la economía social de mercado consiste en combinar el principio de libertad en el mercado con el de compensación social".

Cabe preguntarse si se trata de un sistema o modelo económico, teniendo en cuenta que los sistemas económicos que conocemos son el social o de planificación centralizada y el liberal o de mercado, pues se advierte que, como no es ni uno ni otro, entonces, podría señalarse que ha surgido un tercer sistema o que se ha construido un modelo con la combinación de principios y normas de cada uno de los sistemas antes mencionados.

Para esclarecer este asunto, resulta de gran relevancia la opinión de Kurth Schultze-Rhönhof (2001), quien, primero, expone la dificultad en la comprensión de lo económico y social de la siguiente manera:

El término de economía social contiene en sí apariencias contradictorias. El evidente contraste entre lo económico y lo social hace que el concepto de economía social sea difícil de entender, y, en verdad, no me sorprende que la gran mayoría de los agentes económicos y de los responsables de la política nacional en el Perú sigan confundidos por esta evidente dicotomía entre estos conceptos. (p. 29)

Y, en segundo lugar, señala, lo que puede considerarse que "rompe esquemas" y que pone en "tela de juicio": la denominación *economía social de mercado* (traducida del idioma alemán) que usamos de manera general es una mala traducción:

El importante acento está en la palabra *Marktwirtschaft*, es decir, el concepto de economía de mercado —*Marktwirtschaft*— contrastado con el concepto de economía centralmente planificada, *Planwirtschaft*. A este concepto de economía de mercado, los economistas alemanes le agregaron el calificativo de responsabilidad social. Si se hubiera hecho la traducción correctamente, se hubiera hablado de economía de mercado opuesta a economía centralmente planificada, agregando el calificativo de *social*, es decir, de responsabilidad social. El término, por lo tanto, para nosotros, en el futuro, podría ser "*economía de mercado con responsabilidad social*" [cursivas añadidas]. (p. 30)

Si tenemos en cuenta que existen dos sistemas económicos: el de planificación centralizada y el de mercado, entonces, no podría hablarse de una economía social, porque vendría a ser lo mismo que el de planificación centralizada. Por lo tanto, es razonable que se haya creado un modelo a partir del sistema de mercado, cuyos componentes son principios sociales para evitar desigualdades y promover el equilibrio económico entre las personas. Un componente esencial, aunque no se encuentre expresamente señalado en la Constitución económica, es la responsabilidad social; por tanto, la expresión

apropiada es “economía de mercado con responsabilidad social” y la coherencia de este planteamiento se verificaría en lo desarrollado por el Tribunal Constitucional:

En una economía social de mercado, tanto los particulares como el Estado asumen deberes específicos; en el primer caso, el deber de ejercitar las referidas *libertades económicas con responsabilidad social* [cursivas añadidas], mientras que, en el segundo, el deber de ejercer un rol vigilante, garantista y corrector, ante las deficiencias y fallos del mercado, y la actuación de los particulares.

La Constitución reserva al Estado, respecto del mercado, una función supervisora y correctiva o reguladora, en el entendido [de] que, si bien el ejercicio de la libertad de los individuos en el mercado debe ser garantizada plenamente, también es cierto que debe existir un Estado que, aunque subsidiario en la sustancia, mantenga su función garantizadora y heterocompositiva. (STC. Exp. N.º 1963-2006-AA/TC, 2006, fundamentos jurídicos 3-9)

Los principios generales y la responsabilidad social

La responsabilidad social está implícita en cada uno de los principios generales en la Constitución económica. En tal sentido: “La interpretación interdependiente de la institucionalidad constitucional permitirá aprehender adecuadamente el contenido y la finalidad del modelo económico establecido en la Constitución. Para ello, es preciso determinar previamente los principios básicos de la estructura del sistema constitucional económico” (STC. Exp. N.º 0008-2003-AI/TC, 2003, fundamento jurídico 5). En la tabla 1 se pueden leer los principios y se advierte la exigencia de la responsabilidad social.

Tabla 1
Principios básicos de la estructura del sistema constitucional económico

Principios	Contenido e inferencia
Artículo 58 Iniciativa privada libre Rol del Estado	- La libertad se garantiza, en la medida que se realice con responsabilidad social (RS). - Estado fuerte en el cumplimiento de deberes esenciales con RS.
Artículo 59 Libertades Rol del Estado	Estado fuerte, garante de libertades de trabajo, de empresa, comercio e industria. Estimula la creación de riqueza, evita cualquier desigualdad y promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades. Actuación con RS.
Artículo 60 Pluralismo económico Subsidiariedad del Estado	- Coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa. En todos los casos, la actuación debe ser con RS. - Estado mínimo, que ejerce actividad empresarial solo autorizado por ley expresa por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional. Podría entenderse un supuesto cuando el particular no actúa con RS.

(continúa)

(continuación)

Artículo 61 Libre competencia	Estado fuerte, que facilita y vigila la libre competencia (RS). - Prohibición de abuso de posición de dominio o monopólica. - Prohibición de monopolio de la prensa, la radio, la televisión y los demás medios de expresión y comunicación social.
Artículo 62 Libertad de contratación	Libertad de contratar y contractual (con quién y en qué) con RS. "Contrato ley entre las partes".
Artículo 63 Libertad de inversión Libertad de comercio exterior	Estado fuerte (RS), que facilita la inversión nacional y extranjera. - La producción de bienes y servicios y el comercio exterior son libres. - Solución de controversias por arbitraje y Poder Judicial.
Artículo 64 Libre tenencia de moneda extranjera	- Estado fuerte (RS), que garantiza la libre tenencia y disposición de moneda extranjera.
Artículo 65 Protección del consumidor o usuario	Estado fuerte (RS), que defiende el interés de los consumidores y usuarios. Garante del derecho de información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado. Deber esencial del Estado de velar particularmente por la salud y la seguridad de la población (RS).

Elaboración propia

Será un Estado fuerte cuando, estableciendo el marco legal adecuado y garantizando la libertad de los privados en el ejercicio de su actividad económica, pueda cumplir con sus deberes esenciales para promover el bienestar general, de manera que asegure la combinación de libertad y compensación social. Por su parte, será un Estado mínimo respecto a la actuación en la actividad empresarial que corresponde a los particulares, salvo que sea indispensable para el cumplimiento de sus deberes esenciales. El sector privado debe responder a ese reconocimiento de libertad de empresa, industria y comercio con una actividad económica con responsabilidad social.

Responsabilidad social

Un tema recurrente en la investigación para optar grados de magíster o doctor en Derecho es el de responsabilidad social (RS) en diferentes modalidades: RS universitaria, RS estatal, RS empresarial o RS corporativa, entre otros; y para cada modalidad habría un contenido o propósito distinto. Entre las pocas leyes en las que se encuentra un concepto de RS, se encuentra la Ley Universitaria, Ley N.º 30220 (2014), artículo 24:

La responsabilidad social universitaria es la gestión ética y eficaz del impacto generado por la universidad en la sociedad debido al ejercicio de sus funciones: académica, de investigación y de servicios de extensión y participación en el desarrollo nacional en sus diferentes niveles y dimensiones; incluye la gestión del impacto producido por las relaciones entre los miembros de la comunidad

universitaria, sobre el ambiente, y sobre otras organizaciones públicas y privadas que se constituyen en partes interesadas. La responsabilidad social universitaria es fundamento de la vida universitaria, contribuye al desarrollo sostenible y al bienestar de la sociedad. Compromete a toda la comunidad universitaria.

Reproducimos este artículo, ya que describe una serie de acciones y pautas. Lo principal es que no se trata de una facultad, sino de un imperativo, esto es, se obliga a que las universidades actúen con responsabilidad social y, para ello, tienen que diseñar sus programas de actuación. Nótese que la actividad universitaria no es una actividad económica (aunque también la pueda desarrollar como persona jurídica sin fines de lucro), sino una actividad educativa. Tal vez por ello la responsabilidad social en este caso no es solo una facultad.

No ocurre lo mismo con la modalidad de RS empresarial y RS corporativa, que carecen de un desarrollo o precisión. No se entiende cómo un componente esencial del régimen económico del Perú pueda ser facultativo, esto es, que se puede cumplir o no, y que no exista disposición jurídica de desarrollo respecto a esta esencialidad propia de la economía social de mercado.

Si bien existe una norma técnica ISO 26000:2010 que “[...] ofrece armonizadamente una guía global pertinente para las organizaciones del sector público y privado de todo tipo, basada en un consenso internacional entre expertos representantes de las principales partes interesadas, por lo que alienta la aplicación de mejores prácticas en responsabilidad social en todo el mundo” (Organización Internacional de Estandarización [ISO], 2010, p. 3), es facultativa. Efectivamente, a pesar de que la norma ayudaría a “[...] operar de la manera socialmente responsable que la sociedad exige cada vez más. ISO 26000 contiene *guías voluntarias* [cursivas añadidas], no requisitos, y, por lo tanto, no es para utilizar como una norma de certificación como la ISO 9001:2008 y la ISO 14001:2004” (ISO, 2010, p. 4). Esta norma técnica fue aprobada por Indecopi en noviembre del año 2010.

LA RESPONSABILIDAD SOCIAL EN LA ACTIVIDAD ECONÓMICA

La afirmación de Milton Friedman (1970) respecto a que la “responsabilidad social de la empresa es incrementar sus beneficios”, esto es, solo obtener ganancias, puede encontrar justificación si el concepto de “social” está delimitado a la finalidad económica de una sociedad mercantil en términos societarios, ya que en el Anteproyecto de la Ley Marco del Empresariado, antes mencionado, se señala que “[l]a finalidad lucrativa está implícita en todo acto empresarial, porque el empresario debe cubrir costos y obtener un remanente que permita la continuidad de su actividad económica. Si no cubre costos y logra un margen de beneficio razonable, estaría condenado a quebrar” (Congreso de la República del Perú, 2001). Efectivamente, cuando se habla de “empresa-sociedad” como

célula fundamental de la vida económica, se alude al objeto social, a la creación de valor, a generar utilidades y promover una maximización de beneficios para sus accionistas. Sin embargo, este concepto de “social” hoy es insuficiente y hasta inconveniente, más aún si se deben tener presentes los preceptos de la Constitución económica que, como se ha señalado de manera reiterativa, tienen como componente esencial a la **responsabilidad social**. Así:

La responsabilidad social de la empresa *forma parte del negocio mismo, no es una actividad separada* [cursivas añadidas], es la conducción del negocio en un ámbito más amplio que el determinado por la maximización de beneficios para los accionistas o dueños. A través de estas prácticas responsables, llevadas a cabo como un elemento más de gestión de la empresa, se pueden conseguir mejoras competitivas que dan lugar a mayores beneficios a la vez que se contribuye a crear una sociedad mejor. De este modo la empresa no solo se convierte en un instrumento de desarrollo económico, sino también en un instrumento de desarrollo social. (Vives y Peinado-Vara, 2003, p. 10)

La expresión de que “la responsabilidad social forma parte del negocio mismo” resulta coherente con lo antes señalado respecto a que la empresa es el “alma” de la persona jurídica-sociedad mercantil (cuerpo), que realiza actividad económica (sin fines de lucro y con finalidad económica). Si se piensa en los consumidores, el “alma” o la responsabilidad social sería una actuación en la que no solo se busque rentabilidad del negocio, sino actuar en interés de los consumidores y de la comunidad en general: proporcionar productos o servicios necesarios a precios y calidades honestos, ya que con ello se debe atender a la subsistencia y desarrollo integral de las personas. Dicho en términos societarios, la actividad societaria y las prácticas de buen gobierno corporativo no deben tener como propósito el bienestar solo de los *stakeholders* desde un punto de vista financiero, sino de bienestar general e integral, dejar la percepción intramuros para trascender y dar resultados a la demanda de compensación social, propia de la economía de mercado con responsabilidad social.

La citada expresión de que “la responsabilidad social forma parte del negocio mismo” define todo el panorama, puesto que aquello que ha sido considerado desde siempre como una facultad tendría la imperiosa necesidad de ser regulado para que el régimen económico nacional se realice plenamente, ya que hoy, como bien señalan algunas personas, lo que tenemos no pasaría de ser un sistema de mercado puro (porque no se materializa la responsabilidad social).

Si tenemos en cuenta que la palabra *responsabilidad* proviene de *respondere*, que a su vez significa “estar obligado”, las preguntas que pueden hacerse son estas: ¿a qué se encuentra obligada una organización económica? y ¿cuál es el punto de partida para determinarlo? Para dar respuesta a esas preguntas, se toma como referencia el concepto

contenido en el Proyecto Alternativo al Anteproyecto de la Ley Marco del Empresariado, Libro I: De la empresa, artículo 9, en el que se proyecta a la empresa como una

[...] organización económica dedicada a la producción, transformación o comercialización de bienes, o a la prestación de servicios, *socialmente responsable* [cursivas añadidas], es decir que su objetivo y acción no se circunscriben solo a los términos económicos, sino a su *involucramiento con la sociedad, su comunidad y con su propio entorno* [cursivas añadidas]. Puede ser organizada por persona natural o jurídica. (Congreso de la República del Perú, 2001)

Responsabilidad social implica involucramiento con el entorno: interno y externo. Y ello demanda compromiso, comprensión, inclusión y participación activa en determinada área o problema. Esto no es otra cosa que el componente en la definición de economía social de mercado: “combinar el principio de libertad en el mercado con el de compensación social”.

Se me viene a la mente la importancia que se ha dado a los programas de cumplimiento (*compliance*) por tener un fundamento y exigencia legal; sin embargo, respecto a la responsabilidad social, que es un mandato constitucional, no hay proyectos ni desarrollos. En una oportunidad, en una charla acerca de este tema, se señaló que “una chocolatada en Navidad para un colegio o un asilo” no estaba dentro del marco de la responsabilidad social, aunque tal vez sí de la responsabilidad social empresarial, lo que puede llevar a determinar que lo que se entiende como responsabilidad social en el ámbito empresarial privado responde a un enfoque errado y no se condice con el deber constitucional.

COLOFÓN

No cabe duda de que la filosofía en la Constitución económica y los principios del régimen económico nacional tienen como componente esencial a la responsabilidad social, por lo que lo apropiado es referirse a la “economía de mercado con responsabilidad social”, en el que el valor agregado “social” puede ser explicado según lo señalado por el Tribunal Constitucional:

[...] se define aquí desde tres dimensiones: como mecanismo para establecer legítimamente algunas restricciones a la actividad de los privados; como una cláusula que permite optimizar al máximo el principio de solidaridad, corrigiendo las posibles deformaciones que pueda producir el mercado de modo casi “natural”, permitiendo, de este modo, un conjunto de mecanismos que permitan al Estado cumplir con las políticas sociales que procuren el bienestar de todos los ciudadanos; y, finalmente, como una fórmula de promoción del uso sostenible de los recursos naturales para garantizar un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de la vida. (STC. Exp. N.º 0048-2004-PI/TC-Lima, 2005, fundamento jurídico 16)

En consecuencia, el bienestar general como aspiración tendrá sustento en la medida que ambos sujetos: el Estado y el empresariado actúen en las funciones y actividades que les competen con responsabilidad social, no como acto especial, sino como un acto natural por imperio de la Constitución económica.

Se puede dudar de lo manifestado por Schultze-Rhonhof (2001) respecto a que la correcta denominación del régimen económico es *economía de mercado con responsabilidad social*, apreciación que se considera apropiada, debido a que tiene un sustento lógico y acorde con el contenido de los sistemas económicos vigentes: de mercado y de planificación centralizada, así como con los principios y finalidades de cada uno. Pero téngase presente que “la duda es la madre del descubrimiento” y esta puede servir para descubrir que la ineficacia que se atribuye al régimen económico nacional no es por su filosofía y contenido, sino que puede responder a una simple y mala traducción, que sería el “escudo” para evadir el imperativo de actuación con responsabilidad social.

REFERENCIAS

- Cámara de Comercio de Lima. (2002). Propuesta Alternativa Proyecto Ley Marco del Empresariado. En *Propuesta Alternativa al Proyecto N.º 220-2001-CR, Ley Marco del Empresariado*. Recuperado de https://www.perucamaras.org.pe/pdf/2/1_1_Revision_del_Proyecto_de_Ley_Marco_del_Empresariado.pdf
- Congreso de la República del Perú. (1998). Ley Marco del Empresariado. Anteproyecto y exposición de motivos. Recuperado de http://www4.congreso.gob.pe/comisiones/1998/r_codigos/codigo31.htm
- Congreso de la República del Perú. (2001). Anteproyecto. Proyecto de Ley Marco del Empresario. Recuperado de <http://www2.congreso.gob.pe/sicr/tradocestproc/clproley2001.nsf/pley/20F617E50F3128A105256D25005D31D8?opendocument>
- D'Auria, A. (2012). *Teoría y crítica del Estado*. Buenos Aires: Eudeba.
- Friedman, M. (13 de septiembre de 1970). La responsabilidad social de la empresa es incrementar sus beneficios. *The New York Times Magazine*. Recuperado de http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20150908_04.pdf
- Guerra-Cerrón, M. E. (2018). La empresa: “un punto controvertido” entre el derecho y la economía. *Athina. Revista de Derecho de los alumnos de la Universidad de Lima*, 14, pp. 335-356.
- Gutiérrez Camacho, W. (2013). Constitución económica, iniciativa privada y economía social de mercado. En *La Constitución comentada* (2.ª ed., aumentada y revisada, tomo II, pp. 13-26). Lima: Gaceta Jurídica.

- Organización Internacional de Estandarización. (2010). *ISO 26000 visión general del proyecto*. Recuperado de https://www.iso.org/files/live/sites/isoorg/files/archive/pdf/en/iso_26000_project_overview-es.pdf
- RubioCorrea, M. (2006). *El Estado peruano según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial.
- Schultze-Rhonhof, K. (2001). Economía social de mercado: ¿visión para el siglo XXI? En *La economía social del mercado* (pp. 28-52). Lima: Fundación Hanns Seidel.
- Sentencia recaída en el Expediente N.º 0008-2003-AI/TC-Lima. (2003). Tribunal Constitucional del Perú. Recuperado de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00008-2003-AI.html>
- Sentencia recaída en el Expediente N.º 5854-2005-PA/TC-Piura. (2005). Tribunal Constitucional del Perú. Recuperado de <https://www.tc.gob.pe/tc/private/adjuntos/cec/gaceta/gaceta/jurisprudencia/05854-2005-AA.html>
- Sentencia recaída en el Expediente N.º 0048-2004-PI/TC-Lima. (2005). Tribunal Constitucional del Perú. Recuperado de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00048-2004-AI.pdf>
- Sentencia recaída en el Expediente N.º 1963-2006-AA/TC-Piura. (2006). Tribunal Constitucional del Perú. Recuperado de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/01963-2006-AA.pdf>
- Vives, A., y Peinado-Vara, E. (2003). Introducción. Ser socialmente responsables nos conviene a todos. En A. Vives y E. Peinado-Vara (Eds.), *La responsabilidad social de la empresa como instrumento de competitividad*. Anales (pp. 10-12). Recuperado de <https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/La-Responsabilidad-Social-de-la-Empresa-como-Instrumento-de-Competitividad-Anales.pdf>

ENTENDIENDO LOS CONCEPTOS CONSTITUCIONALES DE LIBRE INICIATIVA PRIVADA Y ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO

LUIS FELIPE VELARDE KOECHLIN*

Universidad de Lima, Lima, Perú

lfvelard@ulima.edu.pe

Recibido: 15/11/2020 Aprobado: 22/11/2020

doi: <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2021.n052.4966>

RESUMEN. El presente trabajo busca explicar, de manera sencilla y graficando en forma general, la adecuada aplicación del concepto de libre iniciativa privada, junto con el de economía social de mercado, los cuales fueron recogidos por los principios generales del régimen económico de la Constitución Política del Perú de 1993. Se explican los efectos de un libre mercado complementado con el modelo de justicia social y los alcances de la intervención (o no) del Estado, a fin de conseguir un mejor precio y calidad de producto a favor de los consumidores o usuarios de los bienes y servicios. Así es posible velar por los intereses de estos últimos y equilibrar la asimetría de información entre la oferta y la demanda. Asimismo, se añade una explicación sobre los principios de libertad de empresa y libertad de trabajo, pluralismo económico, principio de subsidiariedad, libre competencia, protección al consumidor, libertad de contratar y libre tenencia de moneda (divisas).

PALABRAS CLAVE: libre iniciativa privada / economía social de mercado
/ libre mercado / libre competencia

* Abogado por la Universidad de Lima. Máster en Derecho Empresarial por la Universidad de Lima, con doble grado por la Universidad Autónoma de Madrid (UAM). Socio del Estudio Ramírez Abogados. Profesor del curso de Derecho Comercial I en la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima.

UNDERSTANDING THE CONSTITUTIONAL CONCEPTS OF FREE PRIVATE INITIATIVE AND SOCIAL MARKET ECONOMY

ABSTRACT. The present paper seeks to explain, in a simple and general way, the adequate application of the concepts of free private initiative and social market economy, collected from the general principles of the economic system of the 1993 Political Constitution of Peru. The effects of a free market complemented with the model of social justice and the scope of the intervention (or lack of intervention) of the State are explained to achieve a better price and quality of the products in favor of the consumers or users of the goods and services. Thus, it is possible to ensure their interests and balance the asymmetry of information between supply and demand. In addition, this analysis is complemented with an explanation of the principles of free enterprise and freedom to work, economic pluralism, principle of subsidiarity, free competition, consumer protection, freedom of contract and free possession of currency (foreign exchange holdings).

KEYWORDS: free private initiative / social market economy / free market
/ free competition

INTRODUCCIÓN

En un día de clases ordinario, estábamos discutiendo con alumnos de pregrado sobre el caso de salas de cine que restringieron a sus clientes la alternativa de ingresar con sus comestibles propios, en vez de adquirir los productos alimenticios que ofertaban con precios hasta cinco veces mayores en comparación con otros establecimientos comerciales. O también sobre la concertación de precios dirimida por el Tribunal del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi) cuando se implementó el Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito (SOAT) en la legislación peruana. O el caso difundido por los medios de comunicación con respecto a una concertación de precios en los medicamentos comercializados por algunas farmacéuticas privadas. Incluso conversamos sobre el decreto de urgencia publicado en el año 2019 que estableció el control de fusiones. Caímos en la cuenta de que estos casos tienen denominadores en común: la libre iniciativa privada y la economía social de mercado dispuestas en los principios generales del régimen económico regulados en el Capítulo I del Título III de nuestra Constitución Política del Perú de 1993.

Por ello, el presente artículo tiene como objeto esclarecer conceptos como el de libre iniciativa privada y economía social de mercado, los cuales han sido pilares para nuestro sistema jurídico moderno y nuestro desarrollo económico actual. Además, la presente explicación busca ser realizada de manera sencilla, porque buscamos ir de la mano con la siguiente frase que circula actualmente en las redes sociales: “Si no lo puedes explicar de manera sencilla, es que no lo has entendido bien”.

SOBRE EL LIBRE MERCADO Y SUS EFECTOS EN LA ECONOMÍA

Antes de entrar a analizar los conceptos de libre iniciativa privada y economía social de mercado, contemplados en los principios generales del régimen económico de la Constitución Política del Perú de 1993 (en adelante, la Constitución), es sustancial tener una noción del libre mercado y cuáles son sus efectos en la economía de un país.

Si bien podemos considerar al libre mercado como un sistema económico basado en la libertad de la oferta y la demanda —es decir, sin la intervención del Estado—, la importancia de dicho modelo radica en sus resultados, como, por ejemplo, la determinación de los precios; las decisiones de producción, inversión o ahorro que tomen los agentes de la oferta con respecto a las ganancias o utilidades por obtener; o las decisiones de consumo que tomen los agentes de la demanda con respecto a la abundancia o escasez de los productos o servicios que se ofrezcan en el mercado.

Para explicarlo en términos mucho más simples —para no economistas—, vamos a realizar un ejercicio comparativo entre un modelo de libre mercado contra un modelo de regulación de precios. Por favor, es importante tener en cuenta que este ejemplo es

para fines didácticos y es puramente general. Consideremos que todo mercado tiene sus excepciones y particularidades, y estas reglas no son aplicables a todos los productos, servicios, industrias, mercados, comunidades, sociedades o países.

El concepto de elasticidad de la demanda y la variación de precios

Como primer punto, tengamos en cuenta que el mercado es un lugar teórico —que puede ser un lugar físico o virtual— en el cual la oferta y la demanda determinan los precios de los bienes y servicios intercambiados. Para simplificar nuestro ejemplo, vamos a referirnos solamente al intercambio de bienes (productos).

Ahora bien, grafiquemos, en este ejemplo, a la oferta como la cantidad de bienes que los empresarios están dispuestos a vender a cierto precio. Por otro lado, grafiquemos a la demanda como la cantidad de bienes que los consumidores están dispuestos a adquirir a ese precio.

Considerando que en un modelo de libre mercado el Estado no interviene en el mercado ni fija los precios, ¿qué sucedería si el precio de un producto es muy alto? Simplemente, no todos los consumidores van a poder pagar ese precio tan alto, lo que genera que la oferta sea mayor que la demanda, o que la demanda sea menor que la oferta. En cambio, ¿qué sucedería si el precio es muy bajo? La demanda será mucho mayor que la oferta, o la oferta será mucho menor que la demanda, lo que genera un caso extremo en que no todos los consumidores puedan adquirir el producto deseado, porque se va a agotar. Por este motivo, en el ejemplo descrito, los precios llegan a un punto de equilibrio, a un *precio de mercado* conocido por ambos agentes —tanto por la oferta como por la demanda—, logrando cierta simetría para el abastecimiento de los productos.

Así, la interacción entre la oferta y la demanda será la encargada de determinar los precios, porque si la oferta de un producto aumenta, evidentemente el precio tenderá a bajar, porque el producto será muy abundante. De otro lado, si la oferta de un producto disminuye, el producto escaseará, por lo que su precio subirá al ser demandado por la misma cantidad —o tal vez más— de consumidores.

Con la demanda sucede una regla similar, porque si la demanda se incrementa, el precio subirá, dado que más consumidores buscarán el mismo producto y este se volverá más escaso. En cambio, si la demanda disminuye, menos consumidores desearán el mismo producto, lo que genera un exceso de este o de su oferta y el precio tiende a bajar.

Lo expuesto es lo que económicamente se conoce como *la elasticidad de la demanda de un producto*. Si sube el precio de un producto y su demanda baja, dicho producto es elástico. Por el contrario, si sube el precio de un producto, pero su demanda no varía, el producto es inelástico, por ejemplo, el agua —que es esencial para vivir—, la insulina para personas diabéticas, el gas natural y otros productos que no tengan o tengan muy

pocos sustitutos. Para fines de este ejemplo, vamos a partir de la base de un producto elástico.

El concepto de ganancia y margen de ganancia

Es importante comprender otro concepto: la ganancia. Para ello, tengamos en cuenta la fórmula más simple de composición de un estado de ganancias y pérdidas o estado de resultados de una empresa:

$$\begin{array}{r} \text{Ingreso por ventas} \\ (\text{menos}) \text{ Costo del producto} \\ (\text{menos}) \text{ Gastos de la operación} \\ \hline \text{Utilidad/ganancia} \end{array}$$

El costo es el egreso imputable directamente a la adquisición y/o fabricación del producto que la empresa comercializa. Por ejemplo, ¿cuánto le costó a la empresa adquirir la materia prima y fabricar el producto?, o ¿cuánto le costó a la empresa adquirir directamente el producto para revenderlo a un precio más alto?

El gasto es el egreso que no se puede imputar directamente a la adquisición y/o fabricación del producto que la empresa vende, sino que más bien está vinculado con la operación o el desarrollo del negocio. Por ejemplo, el pago de la luz, el alquiler del local, los sueldos de los trabajadores, entre otros similares.

En ese sentido, la diferencia entre el precio de venta —que implica los ingresos por las ventas— menos los costos y los gastos genera como resultado la utilidad o la ganancia para la empresa.

Lo lógico es que una empresa logre tener bajos costos de adquisición o producción y bajos gastos, y así obtenga altas ganancias con base en el precio de mercado determinado por la libre oferta y demanda. A primera impresión, podría parecer que la empresa “está teniendo muchas ganancias”. Pero, si lo vemos desde un punto de vista “macro” o país, podremos percibir que, aunque se venda al mismo precio de mercado, otras empresas que ingresen a competir al mercado con costos de producción y/o gastos menos eficientes o más altos, aún tendrán un margen de ganancia, lo que incentivará un incremento de la oferta.

Para representarlo mejor, en la figura 1, se observa un ejemplo de cuatro empresas con dos columnas cada una. La columna de la izquierda es el precio del producto en la cantidad de 4,0, y la columna de la derecha son los costos y gastos totales de cada empresa de 0,5, 3,0, 2,0 y 1,5, respectivamente.

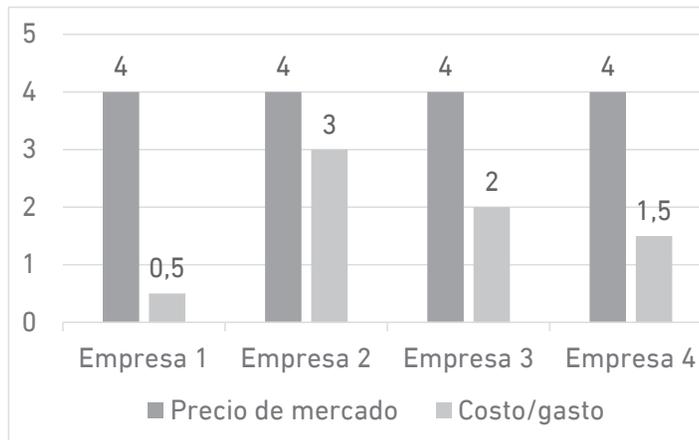


Figura 1. Ingresos por ventas vs. costos y gastos de cuatro empresas en libre mercado
Elaboración propia

Si bien la Empresa 1 ha logrado tener menores costos y gastos y, por tanto, obtiene mayores márgenes de ganancia, bajo el mismo precio de mercado todavía pueden ingresar otros competidores a ofertar. Estas otras tres empresas tendrán costos y gastos más altos, pero igual conseguirán un margen de ganancia.

El hecho de que aparezcan nuevos competidores implicará, indefectiblemente, un incremento de la oferta. El aumento de competidores en la oferta genera, en consecuencia, una disminución de los precios hacia la demanda. De hecho, con una sana competencia entre los mismos agentes de la oferta, las empresas “pelearán” para brindarle una mejor calidad de producto y/o servicio a los consumidores, aunque sea al mismo o a un menor precio.

Caso contrario: el modelo de regulación de precios

Yéndonos al modelo antagónico, ¿qué sucedería con un modelo de regulación de precios? Usando el mismo ejemplo de un producto elástico, cuando el Estado regula o “fija” un menor precio para toda la oferta, está determinando cuánto es el margen de ganancia con el cual la oferta debe beneficiarse.

Sin embargo, al tener un menor precio de venta, como efecto colateral muchas empresas —generalmente las pequeñas, que tienen costos y gastos más altos— no podrán competir contra otras empresas que tienen costos y gastos abarataados; y, por tanto, dejarían de comercializar el bien en el mercado, disminuyendo así la oferta.

Para representarlo mejor, retomaremos el ejemplo de la figura 1, donde aparecen cuatro empresas con dos columnas cada una, pero, en este caso, la columna de la izquierda tendrá como precio del producto la cantidad regulada de 1,0, y las columnas de la derecha tendrán como costos y gastos totales de cada empresa las mismas cantidades de 0,5, 3,0, 2,0 y 1,5, respectivamente (véase la figura 2).

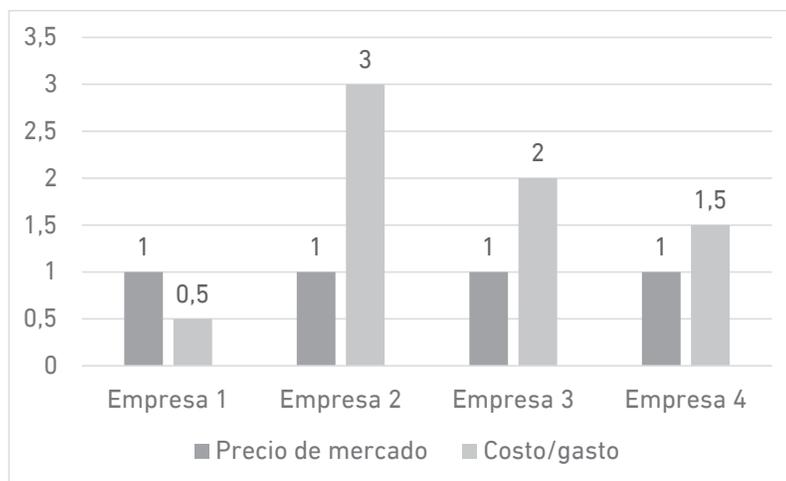


Figura 2. Ingresos por ventas vs. costos y gastos de cuatro empresas con precios regulados

Elaboración propia

Es evidente, en este ejemplo, que la Empresa 1 sería la única que obtendría margen de ganancia por sus bajos costos y gastos, mientras que las otras empresas arrojarían pérdidas por sus altos costos y gastos, viéndose obligadas a retirarse del mercado, con lo que disminuiría el número de agentes en la oferta. Al disminuir la oferta, el efecto natural es que el precio se incremente. No obstante, al estar regulado y no poder incrementarse, un efecto natural es que la demanda aumente y el producto comience a escasear.

La historia de nuestro país en décadas anteriores y la de otros países en el presente milenio nos han demostrado que, ante la escasez, surgen los “mercados negros”, que son mercados paralelos que buscarán suplir la falta de la oferta, pero con precios mucho más altos. Además, la experiencia (no tan) reciente también ha demostrado que un incremento en las remuneraciones mínimas vitales podría ayudar a la población a adquirir más bienes, aunque la realidad es que la demanda continuará incrementándose y la adquisición de productos será inviable.

Por ello, nuestra Constitución optó por un modelo de libre mercado —combinado con la justicia social—, en el que el Estado no dirige la actividad económica, aunque genera la seguridad jurídica para que la oferta y la demanda la ejerzan libremente.

SOBRE LA INICIATIVA PRIVADA Y LA ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO

El primer principio general del régimen económico de nuestra Constitución se fundamenta en dos conceptos: la libre iniciativa privada y la economía social de mercado.

Artículo 58.- Economía social de mercado

La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.

¿Qué entendemos por “libre iniciativa privada”? A tal efecto, el Tribunal Constitucional peruano ha precisado en el análisis de su Sentencia del Pleno de fecha 6 de junio del 2005 recaída en el Expediente N.º 0001-2005-PI/TC (2005) lo siguiente:

44. Así, este Tribunal ha establecido que otro principio que informa a la totalidad del modelo económico es el de la *libre iniciativa privada*, prescrito en el artículo 58 de la Constitución y que se encuentra directamente conectado con lo establecido en el inciso 17) del artículo 2 del mismo texto, el cual consagra el derecho fundamental de toda persona a participar, ya sea en forma individual o asociada, en la vida económica de la Nación. De ello se colige que toda persona natural o jurídica tiene derecho a emprender y desarrollar, con autonomía plena, la actividad económica de su preferencia, afectando o destinando bienes de cualquier tipo a la producción y al intercambio económico con la finalidad de obtener un beneficio o ganancia material. La iniciativa privada puede desplegarse libremente en tanto no colisione los intereses generales de la comunidad, los cuales se encuentran resguardados por una pluralidad de normas adscritas al ordenamiento jurídico; vale decir, por la Constitución, los tratados internacionales y las leyes sobre la materia.

Dicho en otras palabras, la libre iniciativa privada significa que los privados pueden entrar en forma libre a realizar actividad económica, formando parte de la oferta en un mercado.

De otro lado, ¿qué entendemos por una economía social de mercado? Para consignarlo en palabras simples, Paz (2019) describe a la economía social de mercado como

[...] un sistema económico que combina la necesidad de libertad económica con la justicia social. Este sistema reconoce que un mercado altamente eficiente, que satisface todas las necesidades de una sociedad, no es suficiente. Le atribuye al Estado el derecho y la obligación de intervenir cuando se produzca una pérdida de intereses sociales legítimos reconocidos. (párr. 1)

Como veremos más adelante, y en forma complementaria con el texto del artículo 59 de la Constitución, el modelo de economía social de mercado significa la aplicación de un libre mercado como regla general y, excepcionalmente, el Estado regulará determinados sectores que, por su importancia o trascendencia, deben ser regulados o supervisados, como los servicios públicos, por ejemplo.

Prueba de lo expuesto es la existencia de instituciones como Osiptel, que es el regulador de las telecomunicaciones; Sunass, que es el regulador del servicio de agua potable; y Osinergmin, que es el organismo supervisor de la inversión en energía y minería; entre otros. Si revisamos el último enunciado del artículo 58 de la Constitución, observaremos que el Estado orienta el desarrollo del país hacia las áreas de salud, educación, servicios públicos, infraestructura, empleo y seguridad (social y ciudadana).

Culminaremos indicando que la característica central de una economía social de mercado “no es una cuestión política en absoluto, no es socialista ni capitalista, es simplemente sentido común”, tal como citó García Toma (1998, p. 121) a lord Beveridge.

SOBRE LA LIBERTAD DE EMPRESA Y LA LIBERTAD DE TRABAJO

Como indicamos en los párrafos anteriores, el artículo 59 es el complemento necesario para una correcta aplicación de la libre iniciativa privada y la economía social de mercado:

Artículo 59.- Rol económico del Estado

El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad públicas. El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades.

A mayor abundamiento, el Tribunal Constitucional también ha precisado en el análisis de su Sentencia del Pleno de fecha 6 de junio del 2005 recaída en el Expediente N.º 0001-2005-PI/TC (2005) lo siguiente:

45. Por otra parte, la *libertad de empresa*, consagrada por el artículo 59 de la Constitución, se define como la facultad de poder elegir la organización y efectuar el desarrollo de una unidad de producción de bienes o prestación de servicios, para satisfacer la demanda de los consumidores o usuarios. Tiene como marco una actuación económica autodeterminativa, lo cual implica que el modelo económico social de mercado será el fundamento de su actuación y, simultáneamente, le impondrá límites a su accionar. Consecuentemente, dicha libertad debe ser ejercida con sujeción a la ley —siendo sus limitaciones básicas aquellas que derivan de la seguridad, la higiene, la moralidad o la preservación del medio ambiente—, y su ejercicio deberá respetar los diversos derechos de carácter socioeconómico que la Constitución reconoce.

Del texto expuesto en el artículo 59 de nuestra Constitución, y de la descripción otorgada por el ente encargado de interpretarla, concluimos que nuestro régimen económico constitucional complementa la sola mención de la libre iniciativa privada y la economía social de mercado con los siguientes pilares:

- a. Se estimula la creación de riqueza, hecho que motiva a las personas —sean naturales o jurídicas— para emprender una actividad. De hecho, la acumulación de riqueza es un acto que, a corto, mediano o largo plazo, nos permite la generación del capital.
- b. Existe libertad para crear empresa; es decir, existe libertad para organizar tanto el capital —producto de la acumulación de riqueza— como el trabajo, garantizándose también la libertad en este último elemento.
- c. Se permite la libertad de comercio e industria, dejando la puerta abierta para que los agentes de la oferta puedan acceder al mercado y puedan emprender las actividades económicas que satisfagan las necesidades de los consumidores, siempre y cuando estas actividades sean legales, lícitas, no atenten contra la moral ni la seguridad pública, evidentemente.
- d. Existe una libertad para ejercer empresa conforme a ley, bajo las modalidades que la ley provee, por ejemplo, los tipos societarios. La encontraremos descrita en el artículo 60 de la Constitución.
- e. Encontraremos, también, una libertad para competir, dispuesta en el artículo 61 de la Constitución.
- f. Existe también una libertad para cesar la empresa, la cual, si bien no está descrita expresamente en los principios generales del régimen económico, se encuentra amparada por el Tribunal Constitucional en el análisis de su Sentencia del Pleno de fecha 6 de junio del 2005 recaída en el Expediente N.º 0001-2005-PI/TC (2005), anteriormente descrita.

PLURALISMO ECONÓMICO Y PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD

Ahora bien, ¿es suficiente con los artículos anteriormente descritos para que funcione de manera adecuada la libre iniciativa privada y la economía social de mercado? A nuestro parecer, no. Este criterio también fue recogido por la Constitución, al complementar el pluralismo económico y el principio de subsidiariedad en su artículo 60:

Artículo 60.- Pluralismo económico

El Estado reconoce el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa.

Solo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional.

La actividad empresarial, pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal.

Como se puede observar, el Estado reconocerá la coexistencia de múltiples modalidades económicas y/o empresas, lo que implica que reconocerá también las diferencias entre determinados tipos de empresa. Por ejemplo, bajo la redacción del artículo 59 de la Constitución, el Estado promueve a la pequeña empresa “en todas sus modalidades”; bajo el texto del artículo 61, la Constitución reconoce los monopolios, aunque combate el abuso de su posición dominante; o, bajo la redacción del artículo 62, el Estado puede otorgar garantías y seguridades a determinados tipos de inversiones.

Sin perjuicio de ello, el elemento enriquecedor para la materia del presente artículo es el principio de subsidiariedad contemplado en el segundo párrafo del artículo 60 de la Constitución, dado que, de acuerdo con este principio, el Estado peruano no puede ejercer actividad empresarial como regla general.

La lógica de este principio es evidente si la enlazamos con el concepto de libre mercado explicado en los párrafos anteriores: si los agentes de la oferta llegan a un punto de equilibrio con la demanda y obtienen un margen de ganancia considerando un determinado precio de mercado, el ingreso del Estado como un competidor más —como un ofertante más— generaría una distorsión en el mercado.

Tengamos en cuenta que el término *subsidio* supone una ayuda económica que una persona o entidad de un organismo —generalmente, el Estado— otorga a las personas para satisfacer una necesidad determinada, como, por ejemplo, los subsidios por desempleo que otorgan los Estados de distintos países.

Por ello, la intervención del Estado como agente en la oferta implicaría una distorsión en el mercado, dado que cubriría sus costos y gastos con fondos públicos, por lo que sería una actividad subsidiada. Resulta clara la prohibición, como regla general, de que el Estado intervenga como agente en el mercado y realice actividad económica. Tengamos en cuenta que este sí realiza actividades de carácter económico, como la recaudación de impuestos o la protección de una libre competencia; en este caso de análisis, el Estado solamente va a evitar competir con una “ventaja” sobre los demás agentes de la oferta en un supuesto de libre mercado.

Sin embargo, existe una excepción a la regla: cuando se deba proteger el interés general, la conveniencia nacional o similares, el Estado puede realizar actividad empresarial en forma subsidiada. Esta excepción va de la mano con una economía social de mercado, a diferencia de un libre mercado sin excepciones.

LIBERTAD Y OBLIGACIÓN DE COMPETIR

Si bien afirmamos en párrafos anteriores la existencia de una libertad para competir, revisando el desarrollo del artículo 61 de la Constitución, podemos observar que la competencia vendría a ser una obligación, dado que, tal como se complementa con el artículo 65, una competencia continua, sana y leal genera un beneficio a favor de los consumidores.

Artículo 61.- Libre competencia

El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios.

La prensa, la radio, la televisión y los demás medios de expresión y comunicación social; y, en general, las empresas, los bienes y servicios relacionados con la libertad de expresión y de comunicación, no pueden ser objeto de exclusividad, monopolio ni acaparamiento, directa ni indirectamente, por parte del Estado ni de particulares.

Como concluimos en nuestro ejemplo sobre libre mercado, la competencia —continua, sana y leal— termina generando un beneficio a favor de la demanda, ya sea en un menor precio del mercado, porque, a mayor oferta, disminuye el precio; o porque los consumidores tendrán más opciones para escoger y los ofertantes se verán obligados a mejorar la calidad de sus productos o servicios para que los consumidores los adquieran. Evidentemente, si bien el Estado no cumple un rol regulador, sí tiene un rol supervisor a través del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi).

Ahora bien, a diferencia de la Constitución anterior, la Constitución actual no prohíbe el monopolio, dado que este es una consecuencia de un sistema económico que permite la acumulación de riqueza. De hecho, es natural que la competencia entre ofertantes genere que cada uno de ellos busque como meta final el monopolio. No obstante, nuestra Constitución prohíbe dos conductas: el abuso de la posición de dominio y las prácticas restrictivas o limitativas de la libre competencia.

Tales conductas se encuentran reguladas en el Decreto Legislativo N.º 1034, que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas. En ellas se sanciona no el hecho de obtener la posición de dominio, sino la conducta de “abusar” de tal posición, así como también toda práctica que restrinja y/o limite la libre competencia.

PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

A efectos de equilibrar la asimetría de información y de posiciones entre el consumidor promedio y los agentes de la oferta, nuestra Constitución busca defender, al amparo de su artículo 65, los intereses de los consumidores y usuarios.

Artículo 65.- Protección al consumidor

El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado. Asimismo, vela, en particular, por la salud y la seguridad de la población.

En tiempos actuales, la labor de protección de los intereses de los consumidores y usuarios del Estado a través del Indecopi se torna evidente. Como prueba de ello, contamos con un Código de Protección y Defensa del Consumidor, que contempla normativa bastante asertiva, aunado a una eficiente actuación tanto orientativa, resolutive, como fiscalizadora del Indecopi, así como la implementación de los Libros de Reclamaciones físicos y virtuales en los establecimientos. Sin perjuicio de lo expuesto, hay un elemento que no está contemplado en las leyes, pero será materia de análisis en otro trabajo: este es el impacto de las redes sociales en la reputación de los signos distintivos, franquicias, personas jurídicas y grupos de empresas.

Todos estos elementos evidencian que, de la mano con lo dispuesto en el artículo 65 de la Constitución, no solamente existe una adecuada defensa de los intereses de los consumidores y usuarios, sino que también se está equilibrando la asimetría en la información entre ambos agentes. Igualmente, se produce una influencia o control por parte de la demanda hacia la oferta. Esto implica un cambio económico en comparación con lo que sucedía décadas atrás.

SOBRE LA LIBERTAD DE CONTRATAR, INVERSIÓN NACIONAL Y EXTRANJERA, Y LIBRE TENENCIA DE MONEDA

Los principios contemplados en los artículos 62, 63 y 64 de la Constitución también son pilares importantes para nuestra libre iniciativa privada y economía social de mercado. Por ejemplo, la libertad de contratar garantiza que una norma posterior no modifique un pacto entre privados celebrado con fecha anterior y bajo normas vigentes a dicha fecha de celebración.

Artículo 62.- Libertad de contratar

La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual solo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley.

Mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente.

¿Qué sucedería si las partes celebran un contrato de arrendamiento fijando una renta mensual determinada y, posteriormente, el Estado publica una ley que establece un límite máximo de cobro de todas las rentas de los arrendamientos? El resultado sería una clara inseguridad jurídica, que tendría efectos económicos en las inversiones privadas.

Asimismo, en el segundo párrafo del artículo 62 de la Constitución, se previó la posibilidad de que el Estado pueda establecer garantías y otorgar seguridades, generalmente, para las grandes inversiones como los convenios de estabilidad tributaria. Tengamos en cuenta que, económicamente hablando, la seguridad jurídica ayuda a que los inversionistas traigan sus divisas y/o capital a nuestro país, promoviendo el crecimiento económico.

Artículo 63.- Inversión nacional y extranjera

La inversión nacional y la extranjera se sujetan a las mismas condiciones. La producción de bienes y servicios y el comercio exterior son libres. Si otro país o países adoptan medidas proteccionistas o discriminatorias que perjudiquen el interés nacional, el Estado puede, en defensa de este, adoptar medidas análogas.

En todo contrato del Estado y de las personas de derecho público con extranjeros domiciliados consta el sometimiento de estos a las leyes y órganos jurisdiccionales de la República y su renuncia a toda reclamación diplomática. Pueden ser exceptuados de la jurisdicción nacional los contratos de carácter financiero.

El Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de relación contractual a tribunales constituidos en virtud de tratados en vigor. Pueden también someterlas a arbitraje nacional o internacional, en la forma en que lo disponga la ley.

Artículo 64.- Tenencia y disposición de moneda extranjera

El Estado garantiza la libre tenencia y disposición de moneda extranjera.

Finalmente, la Constitución también busca darle el mismo tratamiento a la inversión nacional que a la inversión extranjera: permite libertad en el comercio exterior (exportaciones e importaciones), así como la libre tenencia y disposición de moneda extranjera (divisa).

CONCLUSIONES

De lo expuesto, podemos concluir que el modelo constitucional basado en la libre iniciativa privada y economía social de mercado tiene como regla general un libre mercado; es decir que la oferta y la demanda determinen por sí solos el precio del mercado. No obstante, el modelo de justicia social implica una supervisión del Estado para garantizar una continua, sana y leal competencia entre los agentes, a fin de lograr un mejor precio

y/o calidad de producto a favor de los consumidores o usuarios de los bienes y servicios, velando por los intereses de estos últimos y buscando equilibrar la asimetría de información entre ambos agentes. Excepcionalmente, existen sectores que serán regulados por el Estado, como los servicios públicos y otros en los que el Estado participará en forma razonable, como salud, educación, infraestructura, empleo y seguridad.

REFERENCIAS

- García Toma, V. (1998). *Análisis sistemático de la Constitución peruana de 1993* (tomo II). Universidad de Lima, Fondo Editorial.
- Paz, N. (29 de noviembre del 2019). Una economía de mercado para todos: retrospectivas y avances de cara al Bicentenario. *Stakeholders. Sostenibilidad*. Recuperado de <https://stakeholders.com.pe/estado/una-economia-mercado-todos-retrospectivas-avances-cara-al-bicentenario>
- Sentencia del Pleno recaída en el Expediente N.º 0001-2005-PI/TC. (2005). Tribunal Constitucional. (2005). Recuperado de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00001-2005-AI.html>

LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL COMO LEGISLACIÓN: SCHMITT CONTRA Kelsen EN EL SIGLO XXI

EDUARDO HERNANDO NIETO*
eehernan@ulima.edu.pe
Universidad de Lima, Lima, Perú

Recibido: 20/1/2021 Aprobado: 27/1/2021

doi: <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2021.n052.5067>

RESUMEN. Hoy en día no cabe duda del protagonismo de la interpretación constitucional en la práctica del derecho. Esto nos conduce a discutir el impacto que puede generar esta situación no solo en lo que podría significar la correcta administración de justicia, sino también en las enormes expectativas sobre el futuro de la democracia, que depende justamente de una adecuada aplicación del derecho. En el siglo pasado, el reconocido jurista alemán Carl Schmitt (1888-1985) consideraba que el desarrollo de la naciente justicia constitucional en Europa solo podría traer consigo una politización de la justicia y que el derecho no tendría nada que ganar con esto, sino, por el contrario, mucho que perder. Sin embargo, lo que en el siglo pasado era un tibio inicio se convirtió en una realidad dominante después de la Segunda Guerra Mundial. La justicia constitucional ha ido desplazando a la justicia ordinaria y, como consecuencia, se podría estar cumpliendo el vaticinio del profesor Schmitt. En este sentido, se buscará retomar los argumentos críticos de Schmitt frente a la tendencia de la constitucionalización del derecho, con énfasis en las debilidades de la llamada justicia constitucional y su fatal conversión en legislación.

PALABRAS CLAVE: justicia constitucional / politización de la justicia / interpretación constitucional / control de constitucionalidad / ponderación

* Doctor en Filosofía. Profesor de Filosofía del Derecho y de Lógica y Argumentación Jurídica en la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. Profesor ordinario del Departamento de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor en las Facultades de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres y la Universidad de Piura. Profesor en la Academia de la Magistratura.

CONSTITUTIONAL JUSTICE AS LEGISLATION: SCHMITT AGAINST Kelsen IN THE 21ST CENTURY

ABSTRACT. Nowadays, the prominent role of constitutional interpretation in the practice of law is an obvious fact. This leads us to discuss the impact of such situation not only in terms of a correct administration of justice but also as for the huge expectations about the future of democracy that depends exactly on the proper application of law. In the last century, a renowned German jurist, Carl Schmitt (1888-1985), considered that the emergence of constitutional justice in Europe could only lead to the politicization of justice and that the law would have nothing to gain from this but, on the contrary, much to lose. However, what in the last century was a lukewarm start turned into a dominant reality after World War II. Constitutional justice has been displacing ordinary justice and, as a result, the prediction of Professor Schmitt could be fulfilled. In this sense, Schmitt's critical arguments against this trend of constitutionalization of law will be taken up again, emphasizing the weaknesses of the so-called constitutional justice and its fatal conversion into legislation.

KEYWORDS: constitutional justice / politicization of justice / constitutional interpretation / constitutional control / weighting

Los litigios constitucionales auténticos son siempre litigios políticos.

Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución* (2011)

¿QUÉ SIGNIFICA EL DERECHO Y QUÉ SIGNIFICA LA CONSTITUCIÓN? LOS ENFOQUES CONTRAPUESTOS

En su conocido trabajo *Teoría de la Constitución* (2011), el profesor Carl Schmitt consideraba una serie de posibilidades para definir lo que es una Constitución, tanto en términos absolutos como en términos relativos. En cuanto a las del primer tipo, podía ser entendida como “la concreta situación de conjunto de la unidad política y ordenación social de cierto Estado” (p. 36); en pocas palabras, el Estado era la Constitución, lo cual implicaba afirmar que no podía haber normas que gobernasen la voluntad del Estado. Pero, en otro sentido —agregaba él—, también podía ser concebida como “una manera especial de ordenación política y social” (p. 37); esto es, la Constitución como forma de gobierno. Una tercera posibilidad era considerarla como el devenir dinámico de la unidad política (p. 38), pero igualmente era posible otra opción: comprenderla como “sistema de normas supremas y últimas” (p. 40). Justamente este último sentido era el que podría corresponder al rival intelectual del profesor Carl Schmitt, el jurista Hans Kelsen (1881-1973), para quien la Constitución no era sino un sistema normativo: “El derecho es un orden de la conducta humana. Un *orden* es un conjunto de normas que tienen el tipo de unidad a que nos referimos cuando hablamos de un sistema” (Kelsen, 2014, p. 3). De esta manera, finalmente, hablar del Estado sería hablar del sistema normativo y, a su vez, de la Constitución.

Ahora bien, era importante considerar que Schmitt (2011) definía también a la Constitución en términos relativos, en los que la dejaba de considerar como un todo y se centraba más bien en el concepto de ley constitucional: “Constitución, en sentido relativo, significa, pues, *la ley constitucional en particular*” (p. 45). De esta forma, resultaba esencial para Schmitt (2011) la distinción entre Constitución y ley constitucional, puesto que solo así se podría hablar realmente de Constitución:

No es admisible disolver primero la Constitución en una pluralidad de leyes constitucionales concretas y después determinar la ley constitucional por algunas características externas o acaso por el procedimiento de su reforma. De este modo se pierde el concepto esencial de la teoría del Estado y el concepto central de la teoría de la Constitución. (p. 57)

Entonces, cuando Schmitt (2011) hablaba de Constitución, se estaba refiriendo concretamente a un acto del poder constituyente que decidía la unidad política como algo existencial, por ello es que la Constitución tenía valor a medida que existía un poder.

Así, mientras la Constitución tenía valor por obra de la voluntad política existencial, las leyes constitucionales existían gracias a la Constitución; en pocas palabras, la decisión preexistiría a la norma.

De allí que la esencia de la Constitución no pueda incluirse jamás en una regla o norma¹. De esta manera y sintetizando las cosas, la Constitución para Schmitt sería el orden concreto que nace de la voluntad política, mientras que para Kelsen esta sería un sistema normativo.

SOBRE LOS CONCEPTOS DE DERECHO Y POLÍTICA

Para poder entender la naturaleza de la crítica schmittiana a la justicia constitucional, es necesario acudir también a su teoría legal, pues, a fin de cuentas, Schmitt fue fundamentalmente un jurista (Herrera, 2020).

En este sentido, como bien sostiene la profesora Montserrat Herrera, el profesor Schmitt, en un texto no tan conocido, *Ley y juicio*², intentaba resolver una sola pregunta, que es sin duda medular, a saber: “¿Cómo encontrar un criterio interno a la praxis para saber cuándo podemos decir que una decisión judicial es correcta?” (Herrero, 2014, p. 27). El gran problema del derecho sería entonces el de la subsunción —como lo expondría Kant en su momento—, el poder fijar la forma como se puede relacionar una norma universal con un caso concreto, es decir, el problema de la relación entre la teoría y la práctica³.

La interpretación de la norma, así como también del hecho, evidencian a su vez la relevancia de la interpretación en la práctica del derecho. Sin embargo, Schmitt no plantea que solo a través de la subsunción es como se puede resolver la brecha entre lo universal y lo particular (Herrero, 2014), por lo que no podría ser válido afirmar que un razonamiento judicial es correcto cuando se subsume el caso en la norma. Precisamente, en el trabajo antes mencionado, se puede destacar la manera como en el contexto alemán ya la idea de la legalidad (subsunción) había sido superada por la Escuela Libre desde inicios del siglo xx, negándose la tesis de la ciencia jurídica que consideraba el derecho como una unidad lógica sin lagunas y que existía una correlación entre las fuentes y

-
- 1 Esto será central al momento de evaluar la crítica de Schmitt (2009) a la tesis de considerar a las Cortes o Tribunales Constitucionales como guardianes o defensores de la Constitución, pues, al final, los jueces serán a la ley como el soberano a la Constitución, por lo cual ningún tribunal podrá realizar esa tarea eminentemente política.
 - 2 Se refiere a la obra *Ley y juicio. Examen sobre el problema de la praxis judicial*, de 1912, publicada en el libro *Posiciones ante el derecho* (Madrid: Tecnos, 2012).
 - 3 Esto sería en el fondo lo esencial para Schmitt, quien identifica lo existencial como lo jurídico, por lo que el principal problema de la vida sería el de superar la tensión entre la regla general y el caso concreto.

las decisiones (Schmitt, 2012). Schmitt discrepaba, entonces, de la idea de creer que se podría afirmar de manera objetiva la respuesta correcta.

La forma como el profesor Schmitt evalúa el tema de la legalidad y la subsunción resultará importante para poder entender la lógica de su cuestionamiento a la jurisdicción constitucional, y también para comprender mejor su concepción del derecho. Dice en este sentido: "Una decisión judicial es correcta si se puede esperar que otro juez hubiera decidido del mismo modo. Por otro juez se entiende aquí el tipo empírico de jurista moderno" (Schmitt, 2012, p. 99).

Así, para él, la legalidad no puede ser considerada como un criterio para poder establecer la validez del razonamiento jurídico, pues debe buscarse un criterio dentro del mismo derecho⁴, de lo que él llama la praxis. Sin embargo, el hecho de que no se tome en cuenta la legalidad no significa que todo quede en manos de la decisión subjetiva del juez (Schmitt, 2012). El concepto de praxis como lo usa él puede ser algo controvertido, ciertamente (Herrero, 2014). En principio, se podría referir a las decisiones en conjunto de los jueces, pero no se trata de precedentes en el sentido clásico, y más bien en último término podría ser concebido como una suerte de derecho consuetudinario (Herrero, 2014). De esta manera, un juez no debe resolver en función de un ideal de justicia, por ejemplo, o de componentes emotivos, sino sobre la base de la praxis actual, como se ha expresado (Schmitt, 2012). En otras palabras, Schmitt ubica la respuesta no en la norma, sino en el hecho.

Más adelante, en trabajos posteriores como *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica* (1996), Schmitt empleará el concepto de orden concreto para referirse al derecho, perfeccionando así el término de praxis. El orden concreto implica la reunión de la norma y la decisión dentro de un espacio y tiempo; se manifiesta, además, por medio de una serie de instituciones o corporaciones. Son ejemplos de órdenes concretos la Iglesia, la familia, la ciudad, etcétera. En este aspecto, estaría también influenciado por el llamado *institucionalismo*, propuesto por autores como Maurice Hauriou o Romano Santi (Croce y Goldoni, 2020). Así pues, el derecho, o bien se podría manifestar como una orden, o bien como una norma, pero siempre dentro del ámbito del orden concreto, lo cual implicaría afirmar que se actuaría dentro del marco jurídico, es decir, del ámbito corporativo.

La visión de corporación en Schmitt no podría desligarse de su famoso concepto de lo político, que se resumía en la esencia de la distinción entre amigos y enemigos (Schmitt, 2005). En otras palabras, para él, toda expresión de la vida humana se manifiesta en torno a la relación entre personas que comparten cosas en común y se distinguen de otros. De esta manera, quedaba clara su posición opuesta a cualquier perspectiva individualista o liberal, que proponía más bien la identificación de lo político y lo jurídico con

4 Lo que no significa que en muchos casos no pueda coincidir la legalidad con la corrección.

lo individual, como ocurre, por ejemplo, con la identificación que hoy es muy usual entre el derecho y los derechos individuales.

El orden concreto implicaba siempre un colectivo que actuaba en el espacio y el tiempo, y que podría estar expuesto a los vaivenes de las circunstancias, pero destacándose esa intención o vocación de permanencia, del ser en el tiempo de la comunidad. Así, una decisión política o jurídica estaría, finalmente, conectada a la permanencia de ese orden concreto.

EL PROBLEMA DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL

En *La defensa de la Constitución* (1988), Schmitt expresa su rechazo al sistema de control de constitucionalidad de las leyes ideado en la Constitución austriaca de 1920, bajo la guía del jurista socialdemócrata Hans Kelsen. Kelsen había sido encomendado en 1919 por el canciller socialdemócrata de la nueva República de Austria, Karl Renner, para elaborar el proyecto de Constitución y también para esbozar lo que sería una nueva instancia de control de los poderes entre el Estado Federal (Bund) y los Estados o Länder, como había existido antiguamente con el nombre de Tribunal Imperial (De Miguel y Tajadura, 2018). Inicialmente, la propuesta solo contemplaba la resolución de conflictos de competencia, la resolución de quejas contra el Bund o los Länder que no correspondían a la justicia ordinaria, entre otras; y únicamente se incluyó la posibilidad de que el gobierno federal pudiese impugnar alguna de las leyes de los Länder por un plazo definido ante el tribunal (De Miguel y Tajadura, 2018).

En las discusiones de la Asamblea Constituyente, se fueron haciendo diversos ajustes bajo la supervisión de Kelsen y se llegó a discutir, finalmente, que deberían ser consideradas iguales las normas de los Länder y las del Estado Federal. Así se avanzaba en dirección a la creación de un órgano concentrado que pudiese enjuiciar cualquier norma, dejándose de lado la dimensión territorial —que le había dado nacimiento— para pasar a una tesis favorable a la unidad política y la Constitución. Nacía así el moderno control de constitucionalidad de las leyes.

La lógica de Carl Schmitt —alejada completamente del constitucionalismo liberal—, sin embargo, se mantenía dentro de la idea original, es decir, que la justicia constitucional tenía que ser exclusivamente política:

Un tribunal federal que falle sobre las cuestiones constitucionales suscitadas dentro de uno de los Estados federados es, al mismo tiempo, protector de la Constitución federal y de la del territorio respectivo. Particularmente es defensor de la homogeneidad constitucional que es inherente a toda Confederación. (Schmitt, 1998, p. 105)

Entonces, cuando se planteaba un litigio de naturaleza constitucional, este tendría que ser de carácter político necesariamente. La dificultad se suscitaba cuando en la lógica de la justicia constitucional socialdemócrata (Kelsen) se pretendía enjuiciar una norma para poder determinar su constitucionalidad, pero la Constitución también iba a contener normas, por lo cual se planteaba el problema de subsumir una norma en otra, cuando la subsunción operaría siempre entre la norma y un hecho, como inteligentemente lo sostenía Schmitt (1998):

La aplicación de una norma a otra norma es algo cualitativamente distinto de la aplicación de una norma a un contenido real y la subsunción de una ley bajo otra ley (si es que acaso resulta imaginable) es algo esencialmente distinto de la subsunción del contenido concreto regulado. (p. 84)

En este sentido, si se trataba de una regla contra otra, entonces, lo que teníamos sería una antinomia que se arreglaría eliminando una de ellas, aunque en esta situación no se trataría de aplicar los criterios que son usuales en estos casos respecto a las reglas (Bobbio, 1999), porque sería una situación distinta, dada la jerarquía fijada entre la Constitución y las leyes. Pero lo más importante es que esto no podría ser calificado como un razonamiento judicial, porque, como se señaló, no habría aquí subsunción al tratarse de una norma constitucional frente a una norma legal. De esta forma, si la propia Constitución señalase la prohibición de elaborar normas que puedan contradecir lo que esta estableciera, ¿qué pasaría en el caso de que alguien pudiese crear una norma que contradijese la Constitución? Lo primero que podría sostenerse, siguiendo a Schmitt (1998), es que esta prohibición no podría ser considerada justicia constitucional, sino una "justicia penal represiva" (p. 86) y, en esta situación, el problema no estaría en la norma, sino en quien la creó cometiendo este ilícito; es decir, "la única justicia que resulta posible en un caso semejante es la justicia penal vindicativa contra el autor de preceptos constitucionales, pero no contra una norma" (Schmitt, 1998, p. 87). Kelsen (1995), en respuesta a esta crítica contundente de Schmitt, solo se remitió a señalar que este último estaba equivocado, porque no se trataría de confrontar una norma contra otra, sino de una ley como norma y otra ley como un hecho concreto.

La rápida evolución de la justicia constitucional después de la Segunda Guerra Mundial, particularmente en la Alemania Federal, parece haberle dado la razón al profesor Schmitt no solo respecto al gran protagonismo de esta, sino también a su actuar político, aunque revestido con un ropaje jurídico. El auge de la doctrina de los derechos fundamentales, es decir, de los principios y valores del liberalismo moderno, que han llegado a convertirse en la parte sustantiva de la Constitución actual, ha llevado a que todo acto político quede sometido a la autoridad de la Constitución y los derechos, como bien lo acota un conocido exponente del constitucionalismo contemporáneo:

El papel de los derechos fundamentales en el sistema jurídico cambiaría de modo radical. Los clásicos derechos fundamentales reducirían su alcance a una parte del

sistema jurídico: la relación entre el Estado y el ciudadano; en cambio, los derechos fundamentales, entendidos como principios, desplegarían sus efectos a lo largo de todo el ordenamiento jurídico. De este modo, generarían una eficacia expansiva a todos los ámbitos jurídicos, que conduciría necesariamente a una eficacia horizontal o eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales; así como al reconocimiento de que existen contenidos iusfundamentales de protección, de aseguramiento social y de organización y procedimiento, que exigen una actuación positiva del Estado y que no se limitan —como los clásicos derechos de libertad— a exigir únicamente omisiones estatales. Los derechos fundamentales se convertirían por esta vía en los “principios de mayor jerarquía del ordenamiento jurídico en su conjunto”. Como tales, en definitiva, ya lo contendrán todo. Solo sería necesario concretarlos por medio de la ponderación. (Alexy, 2002, pp. 15-16)

La ponderación y la proporcionalidad que reclama el profesor Robert Alexy (2002) como vía para interpretar la Constitución en casos concretos es, sin embargo, una práctica que no nace en la propia justicia constitucional, sino en el derecho administrativo alemán, en el Tribunal Supremo Administrativo Superior de Prusia, específicamente en el derecho policial, y respecto a los casos en los cuales este tribunal había establecido que la policía debía emplear la fuerza de una manera contenida y responsable (Forsthoff, 2013).

El desarrollo de la justicia constitucional después de la Segunda Guerra Mundial surge, pues, de la práctica del derecho administrativo, en donde claramente se manifiesta, por un lado, la tensión entre el poder estatal y los derechos ciudadanos; y, por otro, la innegable presencia de la discrecionalidad como resultado de la generalidad de las normas y la peculiaridad y variedad de los casos. Todo esto lleva, entonces, a que esta justicia constitucional exprese un significado político ya desde su propio nacimiento.

Pero, si seguimos lo dicho también por Alexy (2002), el constitucionalismo contemporáneo lo penetraría todo en la medida que todo derivaría de los derechos fundamentales, aun la propia legislación. En este sentido, siempre resultaría pertinente la conocida alusión del constitucionalista alemán Ernst Forsthoff (1902-1974) al denominado *huevo jurídico* para referirse precisamente a esta forma de constitucionalismo:

La discrecionalidad es una cuestión propia de la ejecución de la ley. A través de la discrecionalidad del legislador, la legislación se convierte en ejecución de la Constitución. Ahora bien, es muy diferente que se piense que el legislador está vinculado a la Constitución, o que se entienda que el legislador haya de limitarse a ejecutarla; una opinión, por lo demás, para cuyo rechazo basta una mirada a la Constitución. No por ello está menos extendida en alguna medida la idea de que las leyes, como, por ejemplo, el Código Procesal Penal, son el desarrollo más inmediato y, por ello, la ejecución de lo que en la Constitución está preformado y dispuesto. La Constitución sería así un *huevo de Colón jurídico* [cursivas añadidas], del que todo surge, desde el Código Penal hasta la ley sobre la fabricación de termómetros. (Forsthoff, 2013, p. 107)

El tema es, sin embargo, que en el derecho administrativo la discrecionalidad está limitada generalmente por la misma ley; en cambio, la Constitución no presenta estos límites y más bien ella pretende fijar los límites a la discrecionalidad del legislador (Forsthoff, 2013).

Siguiendo el análisis del profesor Forsthoff —totalmente convergente con las tesis de Schmitt—, el plantear esta interpretación de la Constitución, como si ella englobase toda la existencia de la colectividad, y ordenar, por consiguiente, la ejecución de sus mandatos a todas las autoridades, incluyendo a los legisladores, no sería otra cosa que una expresión de la ideología liberal o socialdemócrata (Vázquez, 2012) que subyace a esta manera de interpretación, conocida hoy también como el concepto de neoconstitucionalismo⁵.

Finalmente, el empleo de estos conceptos administrativos en el constitucionalismo de hoy se muestra claramente cuando se busca llenar lagunas en la Constitución:

La aplicación de conceptos administrativos en la legislación como una función del derecho constitucional es notoria en varios aspectos. Sirve, como ya indicamos, para satisfacer una necesidad evidente, en la medida en que cubre una laguna en la Constitución. La Constitución del Estado de derecho no dice nada acerca de las prestaciones estatales, especialmente las propias del Estado social; y esto no precisamente por olvido o indolencia, sino por razones de su estructura lógica, ya que no puede contener criterios válidos en relación con medidas como esas prestaciones, que no resultan compatibles con la certidumbre de la libertad en el marco de la ley, la única exigencia que la Constitución ha de garantizar. Esta laguna se ha venido cubriendo mediante la nueva interpretación del principio de igualdad como prohibición de arbitrariedad del legislador, mediante la elevación del principio de proporcionalidad a la categoría de norma constitucional no escrita y mediante la elevación del concepto de discrecionalidad legislativa. (Forsthoff, 2013, p. 109)

La tesis de Forsthoff, junto con las señaladas por Schmitt, apuntan sin dudar a la clara interferencia de la justicia constitucional en la dinámica política, dejando de actuar esta, como decía Kelsen (1994), como un legislador negativo y convirtiéndose más bien en un activo legislador que, con la lógica de “desarrollar la Constitución”, estaría interviniendo abiertamente en el gobierno, pasando por alto la propia estructura clásica del Estado constitucional y la separación de poderes, así como también la legitimidad democrática que es un componente relevante de la propia Constitución. Si bien es cierto que Kelsen reflejaba un concepto descriptivo de Constitución como norma y el constitucionalismo actual de autores como Alexy o Dworkin el modelo axiológico de Constitución

5 Esto es justamente lo que se ha acuñado como neoconstitucionalismo o teoría constitucional contemporánea, es decir, el enfoque interpretativo que prioriza el desarrollo de la Constitución a favor del principio de igualdad (Pozzolo, 2011).

como norma (Comanducci, 2007), es decir, una forma más clara de justicia constitucional iusmoralista, ambos enfoques se confrontan con los fundamentos de las tesis de Schmitt y Forsthoff respecto al carácter político de la justicia constitucional.

ALGUNAS CONCLUSIONES

La justicia constitucional socialdemócrata —para distinguirla de la revisión judicial norteamericana—, que ha nacido en el contexto de Europa continental y que ha influido en muchos lugares del mundo, sobre todo después de la Segunda Guerra Mundial, ha establecido una nueva forma de gobierno, una suerte de gobierno de la Constitución, pero por medio de los jueces y, particularmente, por los jueces constitucionales.

Sin embargo, como hemos visto a lo largo del texto, esta justicia constitucional no expresa estrictamente hablando un razonamiento judicial, porque el razonamiento judicial es subsuntivo, cosa que no aparece en la interpretación constitucional. Como sostuvieron Schmitt y luego Forsthoff, la justicia constitucional hunde sus raíces en el derecho administrativo (público), por lo cual es innegable su vínculo con lo político. En sus orígenes, esto se manifestó en el rol que jugaban los tribunales al momento de dirimir competencias entre el gobierno federal y los estados miembros, es decir, dirimir entre poderes. Hoy la justicia constitucional asume la idea de ser una última instancia de administración de justicia y de tutela de los derechos fundamentales, pero al hacer esto viene suplantando a la rama legislativa, pues la jurisprudencia que impone se vuelve en mandatos para todas las autoridades. El problema, finalmente, sería el hecho de fungir de jueces, pero decidir como legisladores, con todos los inconvenientes que esto pueda traer para la vida social, como la falta del pluralismo que sí puede encontrarse en un parlamento o la legitimidad democrática de la que también suele carecer esta forma de justicia. Una verdadera defensa de la Constitución debería proteger, entonces, la existencia de la comunidad y no los derechos individuales, como concluiría, finalmente, Schmitt.

REFERENCIAS

- Alexy, R. (2002). Epílogo a la *Teoría de los derechos fundamentales*. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 22(66), 13-64.
- Bobbio, N. (1999). *Teoría general del derecho*. Madrid: Debate.
- Comanducci, P. (2007). Modelos e interpretación de la Constitución. En M. Carbonell Sánchez (Coord.), *Teoría del constitucionalismo: ensayos escogidos* (pp. 41-70). Madrid: Trotta.

- Croce, M., y Goldoni, M. (2020). *The legacy of pluralism. The continental jurisprudence of Santi Romano, Carl Schmitt and Constantino Mortati*. Stanford, CA: Stanford University Press.
- De Miguel, J., y Tajadura, J. (2018). *Kelsen versus Schmitt. Política y derecho en la crisis del constitucionalismo*. Madrid: Escolar y Mayo.
- Forsthoff, E. (2013). *El Estado de la sociedad industrial*. Madrid: Fundación Coloquio Europeo; Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Herrera, H. (2020). *Carl Schmitt between technological rationality and theology*. Nueva York: SUNY Press.
- Herrero, M. (2014). La respuesta de Carl Schmitt al problema de la decisión judicial. En J. Peña González (Coord.), *Carl Schmitt y el decisionismo jurídico* (pp. 27-39). Madrid: Fundación Universitaria San Pablo CEU.
- Kelsen, H. (1994). La garantía jurisdiccional de la Constitución. *La justicia constitucional. Ius et Veritas*, 5(9), 17-43.
- Kelsen, H. (1995). *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* Madrid: Tecnos.
- Kelsen, H. (2014). *Teoría general del derecho y del Estado*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Peña González, J. (Coord.). (2019). *Carl Schmitt y el decisionismo jurídico*. Madrid: Fundación Universitaria San Pablo CEU.
- Pozzolo, S. (2011). *Neoconstitucionalismo y positivismo jurídico*. Lima: Palestra Editores.
- Schmitt, C. (1996). *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*. Madrid: Tecnos.
- Schmitt, C. (1998). *La defensa de la Constitución*. Madrid: Tecnos.
- Schmitt, C. (2005). *El concepto de lo político*. Madrid: Alianza.
- Schmitt, C. (2011). *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza.
- Schmitt, C. (2012). *Posiciones ante el derecho*. Madrid: Tecnos.
- Schmitt, C., y Kelsen, H. (2018). *La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional: El defensor de la Constitución versus ¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* Madrid: Tecnos.
- Vázquez, R. (2012). *Consenso socialdemócrata y constitucionalismo*. Ciudad de México: ITAM; Fontamara.

LA FUNCIÓN NOTARIAL EN LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

OSWALDO ARIAS MONTOYA*
Universidad de Lima, Lima, Perú
oarias@ulima.edu.pe

Recibido: 11/11/2020 Aprobado:18/11/2020
doi: <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2021.n052.4948>

RESUMEN. El presente artículo revisa siete sentencias del Tribunal Constitucional que establecen criterios regulatorios de la función notarial en el Perú. Entre los aspectos tratados por el órgano supremo de la jurisdicción constitucional, están los referidos al acceso a la información pública custodiada por el notario, la conducta ejemplar del notario en la defensa de sus derechos, los límites a la adopción de extranjeros tramitada ante notario, la función del notario en materia de certificación de autenticidad de reproducciones, la custodia y conservación del protocolo, la responsabilidad del notario en los casos de fraudes documentarios y suplantaciones de identidad, y la relación entre la autoridad estatal y la libertad gremial de los notarios.

PALABRAS CLAVE: notario / función notarial / seguridad jurídica

THE NOTARIAL FUNCTION IN THE PERUVIAN CONSTITUTIONAL COURT JUDGMENTS

ABSTRACT. This article reviews seven judgments on regulatory criteria for the notarial function in Peru handed down by the Peruvian Constitutional Court. Among the aspects dealt with by the highest governing body of constitutional jurisdiction are those concerning the access to public records kept by notaries, the exemplary conduct of notaries in defense of people's rights, the restrictions on the adoption of foreigners handled through a notary, the function of notaries in terms of certification of authenticity for reproductions, the custody and preservation of the protocol, the responsibility of the notary in cases of documentary fraud and identity theft, and the relationship between the state authority and the trade union freedom of notaries.

KEYWORDS: notary / notarial function / legal certainty

* Notario de Lima. Doctor en Derecho y Ciencia Política por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

INTRODUCCIÓN

El presente artículo puede considerarse una continuación del que publiqué en el año 2011 titulado “Los principios notariales y la Constitución” en mi libro *Comentarios a la actualidad notarial peruana*. Como en aquel trabajo, me propongo en este seguir dando cuenta argumentada de sentencias del Tribunal Constitucional que son relevantes para el ejercicio de la función notarial en el Perú. De las sentencias que se reseñan y comentan, queda claro que la presencia del notario en nuestra patria no solo es indispensable, como garante de la seguridad jurídica en cuanto redactor imparcial y formalizador de la voluntad de las partes en títulos fehacientes, sino que es altamente beneficiosa para la defensa de los derechos de las personas y el cumplimiento de las normas de orden público que afirman nuestra opción de hacer de nuestra patria un espacio de desarrollo de nuestros proyectos de vida, en armonía con los demás peruanos. Así, sin duda, dejo expresa constancia de la condición del notario en cuanto verdadero magistrado de la paz y arquitecto de la justicia preventiva.

Sentencia de fecha 30 de enero del 2014, recaída en el Expediente N.º 06227-2013-PHD/TC, que declara fundada la demandada de *habeas data* interpuesta por don Samuel Luis Orellana Julián contra don Jorge Alejandro Lazo Villanueva, notario de Chanchamayo

El demandante Samuel Luis Orellana Julián demanda que el notario le otorgue lo siguiente: copias certificadas de una minuta que ha dado origen a la extensión de una escritura pública, testimonio de dicha escritura que corre en el registro de escrituras públicas del notario, así como el documento nacional de identidad (se entiende copia) presentado por la compareciente al momento de la suscripción de dicho instrumento público.

El Tribunal Constitucional, en su fundamento 12, considera que el notario “se ha negado de manera categórica a entregar la información requerida a pesar de que, como lo reconoce en la contestación de la demanda, [...] son instrumentos públicos”. No olvidemos que la información del archivo oficial del notario es pública y que, tal como lo establece el artículo 82 del Decreto Legislativo del Notariado, “[e]l notario expedirá, bajo responsabilidad, testimonio, boleta y partes, a quien lo solicite, de los instrumentos públicos notariales que hubiera autorizado en el ejercicio de su función. Asimismo, expedirá copias certificadas de las minutas que se encuentren en su archivo notarial”. Es de resaltar lo que señala el Tribunal Constitucional en el fundamento 14, al precisar que el notario emplazado

ha actuado de manera impropia [...]. No solo ha vulnerado el derecho de acceso a la información pública al obligarlo a tener que litigar [...], sino que su defensa se ha basado en hechos falsos. Tal comportamiento no guarda armonía con la conducta ejemplar que un notario público debe tener.

Por ello se le impondrá una severa multa, en solidaridad con el abogado patrocinante, por haber procedido de manera desleal y maliciosa.

De forma indirecta, en esta sentencia se remarca que se espera del notario un comportamiento "ejemplar", incluso en la defensa de sus derechos, lo que, aunque en este caso no se cumplió, no deja de poner en realce la importancia de la función notarial como paradigma del cumplimiento deontológico de los principios profesionales y morales. Sobre la exigencia de que la conducta del notario, incluso cuando no está desempeñando directamente su función, sea realmente ejemplar, cabe citar a Becerra Palomino (2015):

[...] quien asuma el compromiso de ser notario en nuestro sistema jurídico debe estar consciente de que la connotación público-privada de su actividad le dará una notable fuerza, pero al mismo tiempo lo pondrá en una situación de vulnerabilidad permanente; estará sujeto a la observación constante de la gente no solo en su actividad pública, sino también en sus actos privados, en su vida personal, familiar y social. (p. 424)

Sentencia de fecha 10 de diciembre del 2015, recaída en el Expediente N.º 07977-2013-PH/TC, que declaró improcedente la demanda de *habeas corpus* interpuesta por don Giolmer Genaro Ceclén Morillas a favor de Hanxing Zhong contra el Reniec

En este *habeas corpus*, se pretendió que el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (Reniec) inscribiese la adopción de don Hanxing Zhong, expidiese una nueva acta de nacimiento, así como su documento nacional de identidad (DNI).

Se refiere que, ante notario de la ciudad de Trujillo, se realizó el trámite de adopción de persona mayor de edad a favor del demandante (ciudadano chino), pero el Reniec negó dicha adopción por contravenir lo dispuesto en el artículo 379 del Código Civil, esto es, por no tener inscrito su nacimiento en el Registro de Estado Civil dentro del Perú, ni en algún Registro de Estado Civil del Consulado Peruano.

Se entiende de ello que, conforme a la interpretación del Reniec, no resulta posible jurídicamente la adopción de un extranjero que nunca haya tenido inscripción previa en el Registro del Estado Civil peruano. El artículo 379 del Código Civil, si bien no tiene una regla de competencia explícita sobre tal situación, señala: "Terminado el procedimiento, [...] el notario, que tramitó la adopción, oficiará al Registro del Estado Civil donde se inscribió el nacimiento [...]". Es decir que, para el Reniec, si no existe una inscripción previa del nacimiento en el Registro del Estado Civil, no es posible una adopción, dado que al término del procedimiento no sería posible inscribir el acto, forzando una inscripción del nacimiento que debió ser previa.

Cabe comentar que, de haber prevalecido la inscripción de la adopción, se habría creado un camino alternativo a la naturalización de los extranjeros como procedimiento

de adquisición de la nacionalidad peruana, lo que devendría en un fraude a la ley. Peralta Castellano (2013, pp. 255-259) detalla con precisión y rigor los supuestos legalmente establecidos que permiten adquirir la nacionalidad peruana, y entre ellos no aparece —obviamente— la adopción por un peruano.

El Tribunal Constitucional ha acogido en la sentencia reseñada este criterio, precisando, además, que se habría contravenido el artículo 4 del Decreto Legislativo N.º 1049, Decreto Legislativo del Notariado, que establece que el ámbito territorial de la competencia notarial es provincial, por lo que, tratándose de la adopción de extranjeros, no es posible aplicar la regla del domicilio del solicitando (en este caso, del adoptado). No debemos olvidar que el artículo 4 de la Ley N.º 26662, Ley de Competencia Notarial en Asuntos No Contenciosos, remarca que el notario debe ceñirse rigurosamente al cumplimiento de las normas de orden público en estos procedimientos, pues de no hacerlo así incurriría en responsabilidad conforme al Decreto Legislativo del Notariado y, a partir de la interpretación acogida por el Tribunal Constitucional, los notarios debemos abstenernos de dar trámite a solicitudes como la que dio origen a la sentencia en comentario.

Sentencia de fecha 4 de abril del 2019, recaída en el Expediente N.º 06001-2014-PA/TC, que declaró infundada la demanda de amparo interpuesta por don Edmundo Cotrina Alfaro contra la AFP Prima, la Oficina de Normalización Previsional y la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones

En este proceso, el demandante, para acreditar sus derechos pensionarios, acompañó diversos certificados de trabajo y liquidaciones de beneficios sociales. Sin embargo, se determinó por dictamen pericial de grafotecnia de la Dirección de Criminalística de la Policía Nacional del Perú que se trataba de documentos que el Tribunal Constitucional consideró fraudulentos, “pese a lo cual cuenta con la certificación de los notarios públicos César Sánchez Baiocchi, Walter Ricardo Díaz Cárdenas y Gino Barnuevo Cuéllar”.

En tal sentido, el Tribunal Constitucional señala en el considerando 15 que “[...] los cuestionados documentos cuentan con la legalización de los notarios públicos César Sánchez Baiocchi, Walter Ricardo Díaz Cárdenas y Gino Barnuevo Cuéllar, se deberá oficiar al Consejo del Notariado y a los Colegios de Notarios de Ica y Callao, a fin de que investiguen los hechos expuestos”.

Lamentablemente, en la sentencia no se indica qué tipo de certificación extraprotocolar es la que realizaron los notarios mencionados, pero, por el tenor de los documentos (certificados de trabajo y liquidaciones de beneficios sociales), parece que se trató de certificaciones de reproducciones, en las que, conforme lo establece el artículo 110 del Decreto Legislativo del Notariado, el notario certificará reproducciones de documentos

obtenidos por cualquier medio idóneo, autorizando con su firma que la copia que se le presenta guarda absoluta conformidad con el original.

Resulta erróneo, entonces, que —de ser este el caso— se considere que pueda existir alguna responsabilidad de los notarios que certificaron copias de documentos que se les exhibieron como originales, si estos habían sido confeccionados fraudulentamente (en la sentencia se señala que las firmas eran “fotocomposiciones”), pues la labor del notario en tales instrumentos protocolares no se refiere a la fiscalización de la autenticidad del documento, sino a la conformidad entre el original y la copia que se certifica. Bien señala Giménez Arnau (1976) hablando de lo que en el Perú se conoce coloquialmente como “copias legalizadas”, y que este autor designa como “testimonios por exhibición”, que en ellas “garantiza la fe notarial la correspondencia o exactitud entre lo testimoniado y el testimonio, pero sin hacer calificación alguna respecto al contenido, autenticidad de las firmas —si las tuvieran los documentos testimoniados— y capacidad de los firmantes” (p. 793).

De todas formas, es regla de prudencia examinar con cuidado los documentos que se exhiben como originales, para observar si se aprecia alguna grave irregularidad a simple vista, la cual no debe ser pasada por alto por el notario al momento de ejercer su función certificadora.

Sentencia de fecha 21 de noviembre del 2017, recaída en el Expediente N.º 03025-2014-PHD/TC, que declara infundada la demanda de *habeas data* interpuesta por don Elías Gregorio Cruz Ormeño contra el notario de Ica Gino Emilio Ernesto Barnuevo Cuéllar

El demandante solicitó al notario “copia fotostática certificada” de una escritura pública de compraventa, pero el notario ofreció entregarle un testimonio en la modalidad de transcripción de dicho instrumento público. Por ello, consideró vulnerado su derecho a acceso a la información pública.

El notario señaló que no entregó lo solicitado porque el tomo donde obraba la escritura pública se encontraba empastado, pero aceptó que el demandante tomara fotografías de la minuta, sus anexos y de la propia escritura pública.

El Tribunal Constitucional, como argumento central para desestimar la demanda, hace una importante reflexión sobre el papel del notario en cuanto custodio de información pública. Así, en el fundamento 8, indica textualmente:

En relación con el deber del notario como custodio de información pública, debe tenerse presente la labor que él desempeña. Así, conforme a lo estipulado en la normativa vigente, un notario está autorizado para dar fe de los actos y contratos que ante él se celebran. A tal efecto, se encuentra obligado a conservar los

originales de los documentos o instrumentos en los que se materializan dichos actos. Siendo así, tiene el deber de contar con una infraestructura óptima para la adecuada conservación del acervo documentario que custodia. Precisamente por ello, la formación de tomos es una obligación legal, atendiendo al deber de custodia en óptimas condiciones de los instrumentos públicos. Por lo tanto, la negativa del demandado se encuentra plenamente justificada.

Sabemos que una nota característica asociada a la figura del notario latino es la de custodia del protocolo, conservando de esta forma una matriz de los actos y negocios jurídicos ante él formalizados solemnemente. En este sentido, esta jurisprudencia es importante en nuestro medio para que los notarios tengamos respaldo en nuestra defensa de la integridad del protocolo y su adecuada conservación. Indica Sanahuja y Soler (1945): “Efectivamente, con las reglas que se dictan para la formación y conservación del protocolo se hace mucho más difícil la suplantación de documentos autorizados y la intercalación entre los que ya constan ordenados y fechados”. El mismo autor dice más adelante:

[...] para la guarda y custodia del conjunto de documentos que llamamos protocolo, es preciso que el mismo esté a cargo de una persona de gran discreción y moralidad, pues se constituye en depositario de documentos que afectan al bienestar y honor de las personas, y también que sea una persona que sepa cuáles son los derechos que en tales documentos corresponden a los particulares que soliciten los servicios del protocolo. (p. 168)

Subyace otro tema que no ha sido tratado directamente; en apariencia, la exigencia del demandante es la de contar con testimonio obtenido por fotocopia y no por transcripción, aparentemente para comprobar la autenticidad de las firmas en el instrumento público. El artículo 86 del Decreto Legislativo del Notariado es muy claro al señalar que el testimonio, boleta y parte podrá expedirse, *a elección del notario*, a manuscrito, mecanografiado, en copia fotostática y por cualquier medio idóneo de reproducción. De esta forma, el notario cumplió con su obligación legal y, en todo caso, la determinación de la autenticidad de las firmas del compareciente tendría que hacerse por un perito nombrado por un juez, quien revise el protocolo mismo, cumpliendo las medidas de seguridad que el notario estableciera para fines de su conservación y cuidado.

Sentencia de fecha 11 de diciembre del 2018, recaída en el Expediente N.º 02111-2016-PA/TC, que declara infundada la demanda de amparo contra amparo interpuesta por doña Asunción Beatriz Gracia Ponze Cuba contra los jueces integrantes de la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, el procurador público del Poder Judicial y el Colegio de Notarios de Lima

El proceso pretendía que se declarase la nulidad de resoluciones judiciales dictadas en un proceso de amparo que habían determinado que se reponga un proceso contencioso

administrativo incoado por la demandante contra el Consejo del Notariado para lograr una reubicación de su plaza notarial, bajo el concepto —no admitido por la ley— de “reunificación familiar”, a fin de que se emplace debidamente al Colegio de Notarios de Lima en virtud de su legitimidad material y procesal. Sobre este tema, vale la pena citar a Pondé (1977), que lo esclarece completamente:

c) *Traslado.*

Funcionario público: Es evento de persistente posibilidad; por razones de necesidad de servicio o por turbio manejo político, el hecho es que el traslado es factible.

Notario: Es imposible.

Al notario se le discierne el cargo para ejercer dentro de un ámbito territorial preestablecido y no puede ser trasladado a ningún lugar. (p. 347)

Si bien la demanda fue desestimada por el Tribunal Constitucional por razones de orden procesal, merece la pena resaltar la última fundamentación de este órgano jurisdiccional, que tiene que ver con el deber de cubrir las plazas vacantes, el cual recae tanto en los colegios de notarios como en el Consejo del Notariado y, finalmente, en el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos:

39. Finalmente, hay una cuestión que para este Tribunal no es menor y que se vincula con el caso de autos. Al respecto, mediante Oficio 1216-2018-JUS/CN/P, de fecha 5 de julio del 2018, el Presidente del Consejo de Notariado informó a este Tribunal sobre ciertos aspectos que conciernen al mecanismo de convocatoria a concurso público de las plazas notariales vacantes. De la información remitida se advierte, en primer término, que en el Distrito Notarial de Lima existen 164 plazas notariales repartidas en 43 distritos. De estas, en la última década (2008-2018), hubo 48 plazas vacantes para ser convocadas a concurso. A la fecha, 12 de dichas plazas se encuentran pendientes de ser convocadas a concurso público, puesto que solamente fueron convocadas 5 en el Distrito Notarial de Lima en el 2018. Todo ello, pese a que según lo dispuesto por el artículo 9 del Decreto 1049, Decreto del Notariado, deben convocarse concursos públicos para cubrir todas las plazas notariales vacantes o que sean creadas; responsabilidad que recae, con plazos específicos y de forma compartida, en los colegios de notarios, en el Consejo del Notariado y en el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, respectivamente.

40. Así las cosas, este Tribunal considera oportuno recordar la importancia y el cuidado con el que se debe llevar a cabo el proceso de creación de las plazas notariales en todo el país, así como las convocatorias a concurso público de las mismas. Dichas tareas, que se llevan a cabo de manera articulada entre los distintos colegios de notarios, el Consejo del Notariado y el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, deben guiarse indefectiblemente por la transparencia, debiendo, además, cumplir cada una de dichas entidades con las funciones que la ley sobre la materia les encarga.

Para el Tribunal Constitucional, los concursos notariales deben ser transparentes y deben cubrirse de forma oportuna las plazas vacantes, tal como lo señala el artículo 9 del Decreto Legislativo del Notariado, siendo responsabilidad apremiante de los órganos mencionados tal cumplimiento legal. No puede olvidarse que el servicio notarial es, en puridad, esencial para el desarrollo de la vida social, pues su insuficiencia afecta gravemente a los ciudadanos de nuestro país.

Sentencia de fecha 5 de marzo del 2020, recaída en el Expediente N.º 00018-2015-PI-TC, que declaró infundada la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por ciudadanos contra el Congreso de la República en la que se pretendió que se declare la inconstitucionalidad del artículo 5 y Primera Disposición Complementaria y Modificatoria de la Ley N.º 30313

Esta sentencia, si bien declaró infundada la pretensión, determinó como criterios interpretativos que los extremos cuestionados del artículo 5 y de la Primera Disposición Complementaria y Modificatoria de la Ley N.º 30313 son constitucionales en tanto se considere que, para la configuración de la buena fe del tercero, se debe haber desplegado una conducta diligente y prudente, desde la celebración del acto jurídico hasta la inscripción del mismo, además de haber dado pleno cumplimiento a todos los requisitos establecidos en el artículo 2014 del Código Civil, modificado por la Ley N.º 30313; así como que la aplicación en una decisión judicial del artículo 2014 del Código Civil, modificado por la Ley N.º 30313, en caso de que el propietario original haya sido víctima de falsificación de documentos y suplantación de identidad y se encuentre en situaciones de especial vulnerabilidad que hayan dificultado el cumplimiento de su deber de diligencia, como puede ser la precariedad de su situación socioeconómica, educativa, cultural o cualquier otra desventaja objetiva de similar índole, requiere de una motivación cualificada.

Como sin duda recordamos, la demanda pretendía que no fueran considerados como supuestos aplicables a las situaciones de invulnerabilidad del tercero registral los casos en que se había afectado el derecho de propiedad del titular mediante un fraude documental o una suplantación de identidad. El Tribunal Constitucional considera que sí resulta de aplicación el artículo 2014 del Código Civil a estos supuestos, pues regula de forma rigurosa los estándares de comportamiento del tercero, e impone al juez el deber de considerar la situación de vulnerabilidad del propietario perjudicado, en relación con el deber de diligencia que le corresponde a efectos de exteriorizar su derecho de propiedad, sea mediante la conducta posesoria o recurriendo a los mecanismos registrales que el sistema le faculta, tales como la alerta registral, por ejemplo.

Respecto a la función notarial propiamente dicha, en esta sentencia el Tribunal Constitucional tiene palabras breves, pero contundentes. En el fundamento 37 de la

resolución comentada, se indica lo siguiente: “[E]l correcto funcionamiento del sistema registral exige de parte de los notarios, árbitros, jueces y registradores un adecuado ejercicio de sus funciones y deberes de especial diligencia [...]”. Conviene citar aquí al jurista peruano Gonzales Barrón (2013):

[...] el notario es garante de la seguridad, pero también y de manera irrenunciable, debe serlo de la justicia, por tanto, no basta dar fe del acuerdo, pues resulta necesario que el notario asegure la igualdad real de los contratantes, para lo cual debe realizar las siguientes actividades: brindar adecuada asesoría conforme a la legalidad, advertir cláusulas abusivas o situaciones irregulares (fines dudosos, futuros problemas jurídicos, falta de prueba de la propiedad del vendedor, etc.), adecuar la voluntad de las partes al fin pretendido, entre otras. (p. 120)

Y en los fundamentos 70 al 72 el Tribunal Constitucional determina lo siguiente:

70. [...] En primer lugar, con respecto a los notarios, el Decreto Legislativo 1049, “Decreto Legislativo del Notariado” y sus modificatorias han establecido los supuestos en los cuales estos son responsables en sede administrativa (artículo 144), en sede civil y en sede penal (artículo 145). Asimismo, los tres tipos de responsabilidad pueden concurrir de forma simultánea, toda vez que, en virtud del artículo 146 del citado Decreto Legislativo, cada uno de ellos es independiente.

71. De esta manera, se observa sobre el particular que en el ordenamiento jurídico peruano se cuenta con disposiciones sobre la responsabilidad de los notarios. Sin embargo, no puede perderse de vista que toda regulación sin una adecuada aplicación no puede cumplir los fines que le son ínsitos.

72. En ese sentido, el Tribunal de Honor y el Consejo del Notariado deberán sancionar ejemplarmente la conducta de los notarios que dolosamente o por negligencia afecte el derecho de propiedad.

Esta exigencia que el Tribunal Constitucional impone al Tribunal de Honor y al Consejo del Notariado sin duda será tomada en cuenta por los órganos a cargo de la disciplina de la función notarial, remarcando que se exige la ejemplaridad de la sanción (léase gravedad) tanto en los supuestos de dolo como en los de negligencia, de lo que habrá que tomar debida cuenta. Para Cosola (2010), la responsabilidad disciplinaria del notario tiene “un carácter docente y fundamentalmente tiende a conservar la salud de todo el cuerpo colegiado” (p. 128). Este autor precisa que la aplicación de dicha disciplina permite la depuración de los que lo dañan y la demostración ante la sociedad de que las instituciones que ejercen la disciplina en el gremio notarial no buscan defender a sus colegiados, sino ser transparentes en la defensa de los ciudadanos (p. 129).

Sentencia de fecha 7 mayo del 2020, recaída en los Expedientes N.º 00003-2016-PI-TC y 00006-2016-PI-TC (acumulados), que declara infundadas las demandas de inconstitucionalidad planteadas por el Colegio de Notarios de San Martín y el Colegio de Notarios de Lima contra el Poder Ejecutivo

Las demandas pretendían que se declarase la inconstitucionalidad por la forma de la totalidad del Decreto Legislativo N.º 1232; y, por el fondo, del artículo 1 de dicha norma, en cuanto modifica el artículo 137 del Decreto Legislativo del Notariado; de los artículos 1 y 2, en cuanto modifican los artículos 149, 150 y 152 del Decreto Legislativo del Notariado; y la incorporación de los artículos 149-A, 149-B y 149-C.

En cuanto a la inconstitucionalidad por la forma de todo el Decreto Legislativo N.º 1232, el Tribunal Constitucional considera que este no excede el ámbito de la delegación legislativa permitida por la Ley N.º 30336, por el término de noventa días calendario en materia de seguridad ciudadana, lucha contra la delincuencia y contra el crimen organizado. Señala el tribunal, en su fundamento 18, que la norma cuestionada “alude a una problemática concreta, como es la comisión de fraudes y hechos delictivos vinculados con el registro y transferencia de predios, en un contexto de inseguridad ciudadana”.

Entre otras consideraciones, en el fundamento 21, se indica que “el correcto ejercicio de la función notarial es un requisito indispensable para la optimización del sistema nacional de registros públicos”. Y, si bien se puede discrepar de si las opciones legislativas son las más correctas para el fin propuesto, hay que concordar en que, en el esquema de seguridad jurídica preventiva, propia de los países tributarios del derecho civil de inspiración latina, la función notarial cumple un papel preponderante para garantizar la certeza y la ausencia de conflicto en las transacciones que se formalizan en los instrumentos públicos.

Respecto a la modificación del artículo 137 del Decreto Legislativo del Notariado, en cuya nueva redacción se estableció que la presidencia del Consejo Directivo de la Junta Nacional de los Decanos de los Colegios de Notarios del Perú debía recaer siempre en el decano del Colegio de Notarios con mayor número de agremiados (es decir, el de Lima por obvias razones), en su fundamento 33, el Tribunal Constitucional determinó:

[L]a Junta de Decanos es un órgano de coordinación de los Colegios de Notarios de la República, cuyo desarrollo tiene rango legal y no constitucional. En efecto, se trata de un órgano creado por la ley y no por los colegios profesionales de los notarios en el ejercicio de su autonomía.

Por esta razón, en el fundamento 35 excluye a este órgano de la protección que el artículo 20 de la Constitución concede a los colegios profesionales en cuanto instituciones autónomas de derecho público.

Debemos denunciar este razonamiento como profundamente incorrecto. La Junta de Decanos no expresa simplemente una voluntad legislativa, pues, al ser un órgano que

ejerce la representación del notariado en el ámbito internacional (artículo 135), responde a la voluntad de los Colegios de Notarios de la República, representados en su oportunidad por sus respectivos decanos. No olvidemos que el presidente de dicho órgano es la cara visible del Perú en la Unión Internacional del Notariado Latino, y esta incorrecta interpretación del Tribunal Constitucional abre la puerta a intromisiones del poder en el ámbito de la autonomía del notariado en materia de la designación de sus representantes. Esto ya sucedió en el pasado, cuando por el Decreto Supremo N.º 002-97-JUS de fecha 17 de marzo de 1997 se removió al entonces presidente de la Junta de Decanos, y este mismo tribunal dictó sentencia con fecha 8 de agosto de 1998, recaída en el Expediente N.º 0456-1998-AA, sobre la acción de amparo interpuesta por don Carlos Enrique Becerra Palomino, ordenando su reposición, por considerar que se violó la autonomía de los colegios profesionales consagrada en el artículo 20 de la Constitución.

Es, pues, lamentable que la sentencia que reseñamos se haya apartado de la anterior línea jurisprudencial, y esperemos que no se lesione en ulterior oportunidad la autonomía de la Junta de Decanos de los Colegios de Notarios del Perú, tal como se hizo en el Decreto Legislativo N.º 1232.

Finalmente, con respecto al nuevo régimen de infracciones establecido en los artículos 149, 149-A, 149-B y 149-C, 150 y 152 del Decreto Legislativo del Notariado, el Tribunal Constitucional considera que dichas normas cumplen los parámetros de legalidad, tipicidad y proporcionalidad, recordando en su fundamento 66 lo siguiente:

[...] independientemente de la modificación de los artículos 149 y 150 del Decreto Legislativo del Notariado, existen instrumentos normativos y jurisprudenciales vinculantes de observancia obligatoria para la aplicación de sanciones disciplinarias administrativas a los notarios que evitan que estos últimos sean objeto de una sanción arbitraria.

Estos instrumentos son las propias decisiones del Tribunal Constitucional en casos resueltos en los que se obtuvo protección constitucional contra decisiones arbitrarias de la administración pública en materia disciplinaria.

COLOFÓN

Sin duda, las decisiones del Tribunal Constitucional deben ser tomadas en cuenta por los notarios, en cuanto se trate de temas vinculados con el ejercicio de su función. Recordemos que el propio Decreto Legislativo del Notariado obliga al notario a orientar su actuar profesional y personal en el respeto a la Constitución y las leyes. Ese es nuestro compromiso, y más allá de discrepar en algún caso con algún criterio interpretativo de dicho órgano de la justicia constitucional, renovamos nuestro propósito de seguir siendo lo que somos: personas de carne y hueso que amamos el Derecho con mayúsculas y que servimos a todas las personas, sin exclusión alguna.

REFERENCIAS

- Arias Montoya, O. (2011). *Comentarios a la actualidad notarial peruana*. Lima: Gaceta Notarial.
- Becerra Palomino, C. E. (2015). *El honor de dar fe*. Lima: Editorial Jurídica del Perú.
- Cosola, S. J. (2010). *Los fundamentos éticos del derecho notarial*. Lima: Gaceta Notarial.
- Giménez Arnau, E. (1976). *Derecho notarial*. Pamplona: Universidad de Navarra.
- Gonzales Barrón, G. (2013). El notario es agente de la libertad real. En L. B. Pérez Gallardo y M. A. Arévalo (Coords.), *Escritos sobre derecho notarial. Libro homenaje a Carlos Enrique Becerra Palomino* (pp. 95-123). Lima: Gaceta Notarial.
- Peralta Castellano, J. (2013). Algunos temas notariales sobre la nacionalidad y la identidad. En L. B. Pérez Gallardo y M. A. Arévalo (Coords.), *Escritos sobre derecho notarial. Libro homenaje a Carlos Enrique Becerra Palomino* (pp. 247-269). Lima: Gaceta Notarial.
- Pondé, E. B. (1977). *Tríptico notarial*. Buenos Aires: Depalma.
- Sanahuja y Soler, J. M. (1945). *Tratado de derecho notarial* (vol. II). Barcelona: Bosch.
- Sentencia recaída en el Expediente N.º 06227-2013-PHD/TC. (2014). Tribunal Constitucional del Perú. Recuperado de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2014/06227-2013-HD.pdf>
- Sentencia recaída en el Expediente N.º 07977-2013-PH/TC. (2015). Tribunal Constitucional del Perú. Recuperado de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2016/07977-2013-HC.pdf>
- Sentencia recaída en el Expediente N.º 03025-2014-PHD/TC. (2017). Tribunal Constitucional del Perú. Recuperado de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2018/03025-2014-HD.pdf>
- Sentencia recaída en el Expediente N.º 02111-2016-PA/TC. (2018). Tribunal Constitucional del Perú. Recuperado de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2019/02111-2016-AA.pdf>
- Sentencia recaída en el Expediente N.º 06001-2014-PA/TC. (2019). Tribunal Constitucional del Perú. Recuperado de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2019/06001-2014-AA.pdf>
- Sentencia recaída en los Expedientes N.º 00003-2016-PI-TC y N.º 00006-2016-PI-TC (acumulados). (2020). Tribunal Constitucional del Perú. Recuperado de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2020/00006-2016-AI.pdf>
- Sentencia recaída en el expediente N.º 00018-2015-PI-TC. (2020). Tribunal Constitucional del Perú. Recuperado de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2020/00018-2015-AI.pdf>

IMPORTANCIA DE LA FUNCIÓN NOTARIAL EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL CONTEXTO DEL COVID-19

JESSICA MARÍA DE VETTORI GONZÁLEZ*

Universidad de Lima, Lima, Perú

jessica@notariadevettori.com

Recibido: 7/9/2020 Aprobado: 14/9/2020

doi: <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2021.n052.5068>

RESUMEN. El mundo vive una situación *sui generis* con la actual crisis y mortandad que causa el COVID-19. Sus consecuencias han incidido en todas las esferas de nuestra sociedad y el mundo del derecho no ha sido ajeno, porque las personas, a pesar de las restricciones personales o impuestas para evitar el contagio, tienen que seguir con su vida, sus acciones y sus relaciones dentro del ámbito jurídico. Aunque muchos operadores se han resistido por múltiples motivos a seguir laborando, hay una institución que mantiene su presencia activa: la función notarial. Todos los notarios han puesto su mejor esfuerzo para dar cumplimiento al servicio esencial que se les ha conferido para el ejercicio y tutela de los derechos fundamentales. La función notarial, sin perder su esencia, que es la de dar fe pública y autenticidad a los actos y contratos que ante el notario se celebran, viene utilizando la tecnología adaptándola a los requerimientos actuales y actuando frente a esta nueva realidad originada por la pandemia, tanto en su relación con los usuarios como con el Estado, manteniendo siempre su esencia y el respeto a sus principios.

PALABRAS CLAVE: función notarial / seguridad jurídica / pandemia / resiliencia / derechos fundamentales

* Magíster en Derecho Empresarial por la Universidad de Lima y magíster en Derecho Registral y Notarial por la Universidad San Martín de Porres. Se desempeña como notaria y ejerce la docencia en la Universidad de Lima.

IMPORTANCE OF THE NOTARIAL FUNCTION FOR PROTECTING THE FUNDAMENTAL RIGHTS IN THE CONTEXT OF COVID-19

ABSTRACT. The world is living a *sui generis* situation due to the current crisis and mortality caused by COVID-19. Its consequences have affected all spheres of our society, including the world of law, because people, despite self-imposed limits or restrictions imposed by others to avoid the transmission of the virus, have to continue with their lives, actions and relationships within the legal field. Even though many legal practitioners were reluctant for multiple reasons to continue working, one service remained active: the notarial function. All the notaries made their best efforts to comply with the main function conferred to them for exercising and protecting people's fundamental rights. The notarial function, without losing its nature, which consists in attesting and authenticating the acts and contracts handled before a notary public, has been using the technology in its relationship with both users and the State by adapting it to the current requirements in the face of the new reality caused by the pandemic, and always maintaining its nature and respect for its principles.

KEYWORDS: notarial function / legal certainty / pandemic / resilience
/ fundamental rights

LA FUNCIÓN DEL NOTARIO

El notario es por definición, de acuerdo con la Ley del Notariado, el profesional del derecho que en forma privada está autorizado como tercero imparcial para “dar fe”, es decir, valor de verdad a los actos y contratos que ante él se celebren. El notario de tipo latino, tanto a nivel internacional como nacional, a través de la fe pública y del riguroso respeto de las formas vela por la seguridad jurídica.

El primer párrafo del artículo 2 del Decreto Legislativo del Notariado manifiesta que “el notario es aquel profesional del derecho que está autorizado para dar fe de los actos y contratos que ante él se celebran” (Decreto Legislativo N.º 1049, 2008). Al respecto, Valderrama (2020) señala que la función que este artículo le otorga al notario debe ser concatenada con lo expuesto en el artículo 24 del mismo texto normativo, puesto que, según este último, “los instrumentos públicos notariales con arreglo a lo dispuesto en la ley producen fe respecto a la realización del acto jurídico y de los hechos y circunstancias que el notario presencie”.

El notario formaliza la voluntad, redactando y confiriendo autenticidad a los instrumentos que él elabora. Conserva los originales y expide traslados; su función comprende también la comprobación de hechos y la tramitación de asuntos no contenciosos. Cabe resaltar que, en esencia, el notario es un “asesor” para poder configurar la voluntad de quienes solicitan su ministerio y, para ello, se vale de los principios que lo rigen e inspiran y que son el eje de su actuación diaria. Concordamos por eso con lo precisado por Castro (2019) cuando destaca que la función notarial:

Tiene como fines específicos la seguridad al asignar la certeza al documento notarial; la permanencia al utilizar los procedimientos adecuados para que el documento sea indeleble y el valor como el grado de eficacia para producir efectos jurídicos. (Sección de Análisis, párr. 3)

Asimismo, en cuanto a la función notarial, Vallet de Goytisolo (1978) señala lo siguiente:

La función del notario en el tráfico negocial está encaminada consiguientemente a velar por la seguridad jurídica de los actos, ya sean constitutivos, de entidades jurídicas o de derechos, o bien traslativos de bienes o constitutivos de gravámenes. Estos negocios, como todos los hechos jurídicos, producen el tránsito de una situación jurídica inicial a otra situación jurídica final. (p. 192)

Por último, este autor expresa: “La vida negocial sana requiere su ajustamiento a derecho y la seguridad de que se dé cumplimiento correcto a lo dispuesto o a lo convenido” (Vallet de Goytisolo, 1978, p. 184).

SEGURIDAD JURÍDICA QUE OTORGA EL NOTARIO

Como los diversos operadores del derecho, el notario tiene una contribución significativa a otorgar la seguridad jurídica, principio que transita todo nuestro ordenamiento jurídico aspirando a la prosperidad de la justicia y al bien común. Para cumplir con dichos preceptos, tiene vías bien definidas, como darle forma legal a la voluntad de las personas que acuden a él, ajustando dicha voluntad a la legalidad que se plasma en un documento notarial sólido, que le otorga al documento caracteres legales que lo convierten en indeleble permitiendo la paz social. Como bien señala Armella (2013), este es “ [e]l sentido de nuestra vocación y la razón de ser de una lucha diaria que significa consolidar ese principio en las relaciones entre los particulares y de los particulares con los poderes del Estado” (p. 71).

Más aún, cuando irrumpe en una determinada sociedad un cambio legislativo que modifica profundamente los paradigmas anteriores atendiendo a ciertas necesidades humanas, es necesario trabajar en pos de detectar las flaquezas que su aplicación acarrea y consolidar soluciones que alejen esos riesgos, antes que pretender su derogación (Armella, 2013, p. 71).

Mantilla (2018) afirma que el sector notarial ha tenido un gran avance en cuanto a sus atribuciones, tanto es así que

[l]as facultades de los notarios son exclusivas de estos funcionarios, tomando en cuenta que el notario, al estar investido de fe pública, brinda seguridad jurídica a todos los actos que se realicen en su presencia, convirtiéndolo en el candidato idóneo para asignar cada vez más facultades respecto a procedimientos no contenciosos en varias áreas del derecho. (p. 122)

El notario es, pues, el profesional investido de la fe pública y otorga seguridad jurídica de todos los actos expuestos ante él. Es agente del derecho y, por lo tanto, conoce las normas propias del derecho civil y registral. Es una persona de ciencia, pero también de conciencia, y debe saber llegar y recoger las solicitudes y necesidades de las personas adecuándolas a la ley y a la verdad, pues su función es esencialmente la búsqueda de la verdad, es decir, de lo correcto, la búsqueda constante del bien y de la satisfacción, finalmente, del deber cumplido.

EL CUMPLIMIENTO DE LA FUNCIÓN DEL NOTARIO EN TIEMPOS DE PANDEMIA

El notario, en la búsqueda de la verdad, debe saber hacer una “desinfección” (en términos actuales) de todo virus que pretenda ir contra su naturaleza y contra el respeto de los derechos fundamentales de las personas. Dicho accionar concatena con lo señalado por la Constitución Política del Perú de 1993, cuyo artículo 44 resalta los deberes del Estado de salvaguardar la plena vigencia de los derechos humanos, norma que se interpreta

conforme a los instrumentos internacionales. Gran parte de los derechos fundamentales son aquellos derechos humanos positivados en las constituciones estatales. Parafraseando a Aragón (2011), en efecto, “toda norma emanada del poder constituido está compelida a observar los derechos; los hombres mediante la Constitución confían su gobierno al Estado porque mediante la Constitución el Estado queda obligado a respetar la libertad” (p. 148). Los derechos fundamentales son valiosos en la medida que cuentan con garantías procesales que permiten accionarlos no solo ante los tribunales, sino también ante la administración e incluso entre los particulares.

Hoy nos valemos de alcohol, geles, fumigaciones, lámparas de rayos ultravioleta, entre otros, para tener un lugar limpio, libre del virus que causa el COVID-19, que hoy nos aqueja. El notario, metafóricamente, a lo largo de su historia tiene que hacer el mismo trabajo de desinfección de los documentos que él redacta y en los actos en que participa para librarlos y limpiarlos de todo vicio de ilegalidad, valiéndose del cumplimiento de la Constitución y las leyes, así como de sus principios. De esta manera, puede conseguir la finalidad que el derecho notarial persigue, que es la seguridad jurídica, y, por ende, aspirar a la paz social.

Estoy convencida de que el notario *per se* es y debe ser, por su naturaleza, un instrumento de paz social. Para ello, debe cumplir con respetar y ejercer su función cumpliendo con sus principios de respeto, probidad, veracidad, transparencia, honestidad, responsabilidad, autenticidad, respeto a las personas y al ordenamiento jurídico, objetividad, imparcialidad, y respeto a la dignidad de los derechos de las personas, la Constitución y las leyes.

El fin social notarial consiste sencillamente en acercar la paz al derecho siendo parcial e independiente, a través de la argumentación jurídica y profesional que el notario, desde hace tiempo, está preparado para brindar. Si a las virtudes notariales que plantean ser imparcial e independiente se añaden las que emergen de los ya referidos deberes éticos notariales de legalidad, información, asesoramiento y consejo, y ni qué decir de los deberes éticos de transparencia y gratitud, todo ello en la tutela de los intereses subjetivos que se consolidan en respeto de la autonomía de la voluntad protegida sustancialmente a través del ejercicio de la dación de la fe notarial, la ecuación del derecho justo se presenta definitivamente como práctica ineludible y de indispensable tratamiento. La contribución notarial a la sociedad es plena y permanente (Cosola, 2013, p. 235).

Compartimos la responsabilidad notarial más aún en esta etapa de pandemia producida por el COVID-19, tanto en el ámbito privado (que dicta hacer lo que es correcto y prohíbe hacer algo en contra de lo que uno cree que está permitido) como en la relación con los usuarios (que nos inspiran a prestar nuestros servicios en forma creativa) y en el compromiso con nuestro colegio profesional y en nuestro deber de colaboración con el Estado.

EL RESPETO A LA DIGNIDAD DE LAS PERSONAS

La dignidad humana es el punto de referencia de todas las facultades que se dirigen al reconocimiento y la afirmación de la dimensión trascendente y moral del ser humano. Fue Kant (2002) quien introdujo elementos nuevos en el concepto de dignidad humana que, sin lugar a dudas, representan la máxima guía: “Lo digno es aquello que no tiene precio, que nadie puede ser tratado como un medio, o que la humanidad es en sí misma una dignidad” (p. 115).

La dignidad es un derecho fundamental que, junto con los otros derechos, es la piedra angular sobre la cual descansa la superestructura jurídica de las democracias. Todos los seres humanos merecemos un trato digno sin ningún tipo de discriminación con igualdad de oportunidades, sancionando acciones moralmente incorrectas que atenten contra sus derechos fundamentales.

El notario es el operador jurídico que convive con las actividades y necesidades diarias de la población, y es el encargado directo de la protección de la dignidad de las personas a través del respeto a los derechos fundamentales en las voluntades que él adecúa al marco jurídico en los instrumentos públicos notariales que redacta. Para ello, equipara a las partes por las fallas que puedan existir en el mercado, por las diversas desventajas que pueda tener una persona frente a otra o por la vulnerabilidad en que una o más personas puedan encontrarse.

La protección de la dignidad implica el respeto a los derechos fundamentales. El notario debe crear los mecanismos para alcanzar la paz social y garantizar la seguridad jurídica respetando la libertad, haciendo posible la toma de decisiones y la adecuación de las mismas al marco jurídico, equilibrando a las partes. De esta manera, persigue la finalidad del derecho que —como nosotros concebimos— está conformada por un trinomio indesligable que es la libertad, la justicia y la paz.

EL PRINCIPIO DE HUMANIDAD

Como resaltamos en el apartado anterior, las palabras *personas*, *dignidad* y *derechos de la persona* toman un cariz especial en este tiempo de pandemia. El notario debe actuar a la altura de estas circunstancias y estar de pie en todo momento, al frente de esta batalla contra un enemigo invisible, pero que afecta a toda la sociedad en su conjunto. Él tiene que ser el general que guíe con las correctas estrategias a su entorno.

Consideramos que es en esta situación cuando debe aparecer —y definitivamente se está desarrollando en la práctica— otro principio notarial inmerso en los demás, que hoy podemos llamar el *principio de humanidad*. Este principio notarial cobra vital importancia en las circunstancias actuales y debe ser el estandarte de todos los principios, puesto que lleva como eje central las respuestas a emergencias, orientadas a salvar vidas y

aliviar el sufrimiento en el caso de una guerra o de un desastre antrópico. Ahora, con la pandemia del COVID-19, estamos ante una guerra y frente a un enemigo invisible que es el SARS-CoV-2, virus que genera enfermedad y, en muchos casos, la muerte.

Por ello, el principio de humanidad es la bandera que debe enarbolarse en el notariado, pues el notario tiene que ser un instrumento de paz social para las personas que desean, a través de medios creativos y de supervivencia en esta etapa de reinicio paulatino de actividades económicas, seguir realizando sus actos civiles y comerciales. Ya sea mediante la disposición de sus bienes, adquiriendo y realizando nuevos emprendimientos, o con renegociaciones de contratos, o llegando a transacciones de la mejor forma posible, lo que buscan las personas es salir adelante, seguir desarrollando sus respectivas personalidades y proyectos de vida, e incluso prevenir que podrán continuar con el desarrollo de sus personalidades aun si se encontrasen en alguna situación en que no puedan expresar su voluntad por problemas de salud y no ver sus derechos fundamentales desprotegidos. Es aquí donde surge con más fuerza la figura jurídica del apoyo, que lo que busca como figura de protección familiar es que las personas que tengan alguna discapacidad, o puedan tenerla a futuro, puedan contar con una figura de "asistencia" que les permita cumplir con su proyecto de vida y con el establecimiento de las correspondientes salvaguardias en los instrumentos que el notario redacta.

El notario recoge las voluntades de las personas en los instrumentos públicos que diseña y redacta de acuerdo con la situación concreta de cada una; incluso recoge disposiciones en testamentos que se cumplirán y surtirán efectos luego de fallecidas las personas. Su rol asesor toma una fuerza particular por las condiciones de pandemia que crean necesidades especiales para las personas que acuden a un notario, afectados por un problema de salud, económico, social o político.

La proyección del ser humano después de su vida, es decir, lo que le gustaría que se cumpla luego de fallecido, se cumple a través del otorgamiento de un testamento, que es un acto jurídico unilateral que contiene la declaración de última voluntad, con disposiciones de contenido patrimonial y/o extrapatrimonial, en la que el testador dispone y administra de algún modo la herencia futura de sus herederos y/o legatarios cumpliendo las formalidades que la ley exige. El testamento surtirá efectos a la muerte del testador.

En todo lo antes mencionado, el principio de humanidad es la bandera que enarbola y engrandece la función notarial como instrumento de protección y promoción de la dignidad humana, entendida esta última como principio-derecho. Como bien lo ha desarrollado el Tribunal Constitucional:

La dignidad de la persona humana constituye un valor y un principio constitucional portador de valores constitucionales que prohíbe, consiguientemente, que aquella sea un mero objeto del poder del Estado o se le dé un tratamiento instrumental. Pero la dignidad también es un dínamo de los derechos fundamentales; por ello,

es parámetro fundamental de la actividad del Estado y de la sociedad, así como la fuente de los derechos fundamentales. De esta forma la dignidad se proyecta no solo defensiva o negativamente ante las autoridades y los particulares, sino también como un principio de actuaciones positivas para el libre desarrollo de la persona y de sus derechos. (STC. Exp. N.º 10087-2005-PA/TC, 2007, fundamento jurídico 5)

A su vez, de la fuerza inminente que toma este principio surgen otros dos principios dentro del COVID-19 que complementan al principio en mención. Estos son el principio de empatía y el principio de resiliencia.

Mediante el principio de empatía, el notario debe comprender y adecuarse a las nuevas situaciones que viven las personas que acuden a él. Así como en el principio de imparcialidad el notario debe equilibrar a las partes para que ambas tengan las mismas opciones de comprensión y puedan tomar sus decisiones (por ejemplo, dando más tiempo a la parte con menos conocimientos), ahora más que nunca debe ponerse en el lugar de la persona que acude a él, tomando en cuenta el entorno y la realidad de la pandemia del COVID-19, y darle toda la asesoría que esté a su alcance e incluso aquella que pudiese conseguir, pues aquí la empatía alcanza los diversos aspectos personales y emocionales del ser humano que se encuentra inmerso en una pandemia.

EL PRINCIPIO DE RESILIENCIA

Este principio se complementa con el principio del respeto y busca mecanismos que coadyuven al cumplimiento de su función sin desnaturalizarla. Así, el notario puede utilizar los medios tecnológicos digitales que estén a su alcance y cualquier ciencia que puede ayudarlo a comprender mejor la situación en que se encuentra la persona que solicita el servicio notarial.

El principio de resiliencia implica que, frente a las dificultades que afronten en forma diaria tanto los usuarios como el notario, este último debe transmitir y ayudar como instrumento de paz en su entorno, aun en situaciones muy difíciles de los usuarios y del propio notario.

La resiliencia puede manifestarse en situaciones en las que existe un riesgo importante, debido a la acumulación de factores de estrés y de tensiones. Asimismo, surge cuando la persona es capaz de conservar aptitudes en situaciones de riesgo y continuar un crecimiento armonioso. Puede aparecer también cuando se produce la cura de uno o de varios traumas y, como consecuencia, un resultado feliz (Vargas y Montalvo, 2017, p. 28).

El notario, aun frente a todo el riesgo y situaciones penosas de las que pueda tomar conocimiento, le toca "ser resiliente" para poder ser un verdadero instrumento de paz.

Es como un general en una batalla que está al mando de un ejército, tiene que buscar estrategias y soluciones dándole valentía y seguridad a su tropa.

CONCLUSIÓN

No estábamos preparados para hacer frente a los efectos y las consecuencias de la pandemia. Esta ha cambiado la vida de los países y, por ende, la vida de los ciudadanos, ya que estamos en una crisis nunca antes vista y con serios problemas económicos, sociales y políticos; peor aún, no sabemos qué nos depara el futuro, pero la vida continúa y tenemos que seguir adelante con actitud positiva. Una de las formas más activas de nuestra vida es nuestro desenvolvimiento en la esfera jurídica. Es allí donde necesitamos a los operadores del derecho privados o públicos. Es donde encontramos al notario.

Este es el gran reto que hoy vive el notariado peruano en el contexto de la pandemia. Día a día expone su vida junto con todo su equipo de trabajo, convencido del rol y de la misión que le toca cumplir en este contexto del COVID-19, así como de que la función notarial es un servicio esencial para la sociedad para el ejercicio y protección de los derechos fundamentales.

Por ello, me permito decir que el notario, además de ser un hombre de ciencia y de conciencia, es un hombre de resiliencia.

REFERENCIAS

- Aragón, M. (2011). *Derechos fundamentales y su protección. Temas básicos de derecho constitucional*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Armella, C. (2013). La ley de identidad de género en la República de Argentina y su ámbito en el derecho notarial y registral. Los derechos humanos de las minorías y la seguridad jurídica del tráfico internacional. En L. B. Pérez Gallardo y M. A. Arévalo (Coords.), *Escritos sobre derecho notarial. Libro homenaje a Carlos Enrique Becerra Palomino*. Lima: Gaceta Notarial.
- Castro, J. (23 de octubre del 2019). La seguridad jurídica en el derecho notarial. *El Sol de Durango*. Recuperado de <https://www.elsoldedurango.com.mx/analisis/la-seguridad-juridica-en-el-derecho-notarial-4358487.html>
- Cosola, S. (2013). El concepto del derecho notarial a la luz de la naturaleza de la función. (Diálogos entre Vallet de Goytisoló y Von Ihering). En L. B. Pérez Gallardo y M. A. Arévalo (Coords.), *Escritos sobre derecho notarial. Libro homenaje a Carlos Enrique Becerra Palomino* (pp. 225-246). Lima: Gaceta Notarial.

- Decreto Legislativo N.º 1049, Decreto Legislativo del Notariado. (25 de junio del 2008). Recuperado del sitio web del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos: <https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2017/04/Decreto-Legislativo-N%C2%BA-1049.pdf>
- Kant, I. (2002). *Fundamentación para una metafísica de las costumbres*. Madrid: Alianza Editorial.
- Mantilla, K. (2018). *El matrimonio civil en sede notarial* (tesis de licenciatura). Universidad Central del Ecuador, Quito, Ecuador. Recuperado de <http://www.dspace.uce.edu.ec/handle/25000/16571>
- Sentencia recaída en el Expediente N.º 10087-2005-PA/TC. (2007). Tribunal Constitucional del Perú. Recuperado de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/10087-2005-AA.pdf>
- Valderrama, J. G. (7 de mayo del 2020). ¿Se puede legislar la contratación electrónica y ser tutelada a través de la función notarial?: una nueva necesidad a raíz de la COVID-19. *La Ley. El Ángulo Legal de la Noticia*. Recuperado de <https://laley.pe/art/9678/se-puede-legislar-la-contratacion-electronica-y-ser-tutelada-a-traves-de-la-funcion-notarial-una-nueva-necesidad-a-raiz-de-la-covid-19>
- Vallet de Goytisolo, J. (1978). La función notarial de tipo latino. *Revista de Derecho Notarial*, n.º C, 183-198.
- Vargas, J., y Montalvo, A. (2017). *Proceso de resiliencia para la superación de riesgos sociales en los niños, niñas y adolescentes de la ONG Gema-Huancayo 1990-2016* (tesis de licenciatura). Universidad Nacional del Centro del Perú. Recuperado de <http://repositorio.uncp.edu.pe/handle/UNCP/3920>

PREVALENCIA DEL CATASTRO SOBRE EL REGISTRO DE PREDIOS PARA CORREGIR INEXACTITUDES REGISTRALES

GUILLERMO GARCÍA MONTÚFAR SARMIENTO*
Universidad de Lima, Lima, Perú
ggarciam@ldgabogados.com

FREDY LUIS SILVA VILLAJUÁN**
Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, Perú
fsilva@ldgabogados.com

Recibido: 23/11/2020 Aceptado: 30/11/2020
doi: <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2021.n052.5219>

RESUMEN. El catastro, entendido como el inventario físico de los predios que conforman el territorio nacional, es de especial importancia para las inmatriculaciones de predios, puesto que, entre otras funciones, permite resolver discrepancias entre el registro y las dimensiones reales de los predios, y armonizar la verdad física con la realidad jurídica. Sin embargo, en la realidad, la aplicación del sistema catastral ha sido difícil, puesto que existen pocas municipalidades declaradas como zonas catastrales en el Perú y, por lo tanto, no ha sido posible vincular al Sistema Nacional Integrado de Información Catastral Predial (SNCP) con el Registro de Predios. Entonces, la función del catastro se ha limitado a la rectificación de áreas de predios mediante procesos de saneamiento registral. Por otro lado, en los casos en que la discrepancia entre la información catastral y la registral está dentro de los límites de tolerancia, prevalece la información del catastro, mediante título emitido por ente generador de catastro y sin afectar los derechos de terrenos colindantes.

PALABRAS CLAVE: catastro / inmatriculación / registro / predio / inmueble / titularidad / descripción física

* Magíster en Derecho Civil y Comercial, con estudios de especialización en las Facultades de Derecho de las Universidades de Wisconsin y de Harvard, Estados Unidos. Profesor de Derecho Civil de la Universidad de Lima.

** Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, con estudios de especialización en Derecho Registral en la Universidad Ramon Llull, Barcelona, España. Fue registrador público, vocal y presidente del Tribunal Registral de la Sunarp.

PREVALENCE OF CADASTRE OVER THE REAL ESTATE REGISTRY TO FIX MISCALCULATIONS IN THE REGISTRY

ABSTRACT. Cadastre, understood as the compilation of all cadastral maps within the territory of this country, is especially important for registration of real estate, because it allows to solve discrepancies between the information in the registry and the real dimensions of land, harmonizing the physical reality with the legal truth. However, in practice it has been difficult to apply the cadastral system, because there are few municipalities declared as cadastral zones in Peru, therefore it has not been possible to integrate the "sistema nacional integrado de información catastral predial (SNCP)" with the real estate registry, and the role of cadastre has been limited to rectifying the area of land through corrective processes. On the other hand, whenever the discrepancies between cadastral information and the registry exist within the tolerated limits, cadastre should prevail, through a title produced by a cadastre generating entity and without affecting the rights over surrounding lands.

KEYWORDS: cadastre / registration/ registry / estate / property / ownership
/ physical description

INTRODUCCIÓN

Desde la creación del Registro de la Propiedad Inmueble el 2 de enero de 1888 hasta la promulgación del Decreto Supremo N.º 002-89-JUS el 27 de enero de 1989, las inscripciones de las inmatriculaciones o primeras de dominio de los predios, así como sus acumulaciones o subdivisiones, se efectuaban sin soporte de información gráfica catastral. Es decir, la descripción física de los predios se efectuaba únicamente de manera literal y, en algunos casos, acompañada de planos elaborados por los otorgantes del título, sin que dicha descripción física del predio tenga correlato o concordancia con una representación gráfica avalada por un ente oficial generador de catastro.

No queremos decir con esto que a partir de la expedición del Decreto Supremo N.º 002-89-JUS fue obligatoria en todos los casos la presentación de los planos catastrales para la inscripción de los actos de inmatriculación, acumulación o subdivisión de predios, pues si el predio se encontraba ubicado en una zona no catastrada, en vez del plano catastral, debía presentarse la constancia negativa de catastro a fin de posibilitar la inscripción del título¹. Sin embargo, sí debemos resaltar que esta norma fue el punto de partida para tratar de vincular el catastro municipal con el Registro de Predios, finalidad que hasta ahora no se ha cumplido a cabalidad.

La inexistencia del catastro, como sustento para las inscripciones de las inmatriculaciones de predios o de los actos que modifiquen su descripción física, trajo como consecuencia innumerables casos de doble y hasta triple inmatriculación. Esto significa que una misma porción del territorio nacional fuese registrada en más de una partida registral, situación que vulnera el principio de especialidad que se plasma en el sistema de inscripción de folio real en el Registro de Predios, según el cual, por cada predio, solamente puede haber una partida registral abierta. Además, afecta la seguridad jurídica, pues, al haber más de una partida registral abierta respecto a un mismo predio, publicitando en la mayoría de los casos titularidades incompatibles, existirá un innegable conflicto para determinar cuál será la titularidad que deberá prevalecer. En este supuesto, no habrá certeza para los operadores jurídicos sobre quién será el titular del derecho con el que se deberá contratar.

Otra consecuencia de la falta de representación gráfica avalada por un ente generador de catastro es la discordancia que existe entre la descripción literal del predio que consta en la partida registral —y en los respectivos títulos archivados que sustentaron dichas inscripciones— y la descripción física real del predio. Para ello, basta con efectuar el levantamiento topográfico del predio con las técnicas de medición actuales y compararlo con la descripción literal que consta en la partida registral para comprobar

1 Tal como actualmente se regula el tema en el primer párrafo del artículo 20 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios.

que muchas veces existen discrepancias en el área, linderos, medidas perimétricas y hasta en la ubicación espacial del predio.

Desde luego, la situación antes descrita no ocasiona mayor problema para la calificación e inscripción de los actos o derechos que no impliquen la modificación de la descripción física del predio, pues será suficiente referirse en el título traslativo de dominio o de gravamen a los datos registrales para que este pueda inscribirse en el Registro de Predios sin mayor dificultad, más aún cuando en la mayoría de los contratos de compraventa se incorpora la cláusula *ad corpus*². Por tanto, en el caso de los predios inscritos, si bien las personas contratan de acuerdo con la información oficial que proviene de las partidas registrales, adquieren el predio tal cual existe en la realidad, independientemente de su descripción física que consta en las partidas registrales.

La discordancia entre la realidad y el registro respecto a la descripción física del predio tiene relevancia cuando se solicite la inscripción de algún acto que modifique su descripción física. Esto suele ocurrir con la inscripción de la parcelación o independización de un predio rústico, habilitación urbana, acumulación, subdivisión, inscripción de una declaratoria de edificación, entre otros actos, en los cuales el registrador, asistido por el Área de Catastro de las Oficinas Registrales³, debe evaluar la adecuación del título presentado con los antecedentes registrales del área, linderos, medidas perimétricas y ubicación espacial. En estos casos, si el título presentado es discrepante con sus antecedentes registrales en cuanto a los datos descriptivos del predio, el registrador denegará la inscripción si las discrepancias en el área se encuentran fuera de los rangos de tolerancia o cuando las medidas perimétricas no concuerdan con los datos que constan en los antecedentes registrales, aunque el área se encuentre dentro de dichos rangos⁴.

Es común encontrar observaciones registrales cuando la confrontación del título presentado y sus antecedentes registrales no puede efectuarse debido a que (i) no existe información gráfica del polígono y la ubicación del predio en los antecedentes registrales;

2 Artículo 1577 del Código Civil: "Si el bien se vende fijando precio por el todo y no con arreglo a su extensión o cabida, aun cuando esta se indique en el contrato, el comprador debe pagar la totalidad del precio, a pesar de que se compruebe que la extensión o cabida real es diferente. Sin embargo, si se indicó en el contrato la extensión o cabida, y la real difiere de la señalada en más de una décima parte, el precio sufrirá la reducción o el aumento proporcional".

3 El Área de Catastro no es un ente generador de catastro, sino una oficina del Registro de Predios que se encarga de copiar la información gráfica que consta en los títulos inscritos, elaborar a partir de ellos la Base Gráfica Registral y brindar información técnica a los registradores en los procedimientos de inscripción de títulos y en los de publicidad registral, como es la expedición del certificado de búsqueda catastral.

4 Si bien el artículo literal e) del numeral 7 de la Directiva N.º 01-2008-SNCP/CNC establece que las tolerancias catastrales y registrales también se aplican cuando se presenten variaciones en las medidas perimétricas y/o perímetro del predio, siempre que el área no exceda los rangos establecidos para las discrepancias de áreas, esta norma en la mayoría de los casos no es aplicada o es aplicada de manera incorrecta en la calificación registral de un título.

o (ii) existe información gráfica del polígono y la ubicación del predio, pero esta es incompleta o inexacta. El tema es particularmente sensible cuando se solicita la inscripción de la rectificación del área del predio por error de cálculo, o bien la rectificación del área, linderos y medidas perimétricas de manera unilateral. En estos supuestos, conforme ha establecido el Tribunal Registral de la Sunarp (en adelante, TR) en sendos precedentes de observancia obligatoria⁵, se requiere, además de los planos visados por la municipalidad respectiva, el informe favorable del Área de Catastro del Registro afirmando que existe concordancia en cuanto a los linderos, medidas perimétricas y ubicación espacial del predio (en el caso de la rectificación de área por error de cálculo), o que el polígono del predio de menor extensión se encuentra dentro del polígono del predio de mayor extensión conforme a su descripción registral (en la rectificación unilateral). No podrán aplicarse estos precedentes de observancia obligatoria si en los antecedentes registrales no existe documentación gráfica que permita al Área de Catastro del Registro comparar el polígono registral del predio con el polígono real que consta en el plano visado por la municipalidad respectiva. Tampoco se aplicarán cuando el Área de Catastro del Registro haya incorporado de manera incorrecta el polígono del predio a la Base Gráfica Registral (en adelante, BGR)⁶ y, como consecuencia de ello, se genere un desfase con el polígono real del predio.

En el caso de que las discrepancias entre la descripción física real de los predios y la descripción registral superen los rangos de tolerancias catastrales y registrales⁷, deberá recurrirse a alguno de los procedimientos de rectificación de área previstos en la normativa vigente⁸.

El objeto del presente artículo es sustentar la prevalencia de la información catastral sobre la información registral para corregir las inexactitudes registrales sin tener que recurrir a los procedimientos de rectificación de área, en los supuestos de inexistencia,

5 En la tercera sección del presente artículo, nos referiremos con mayor detalle a los precedentes de observancia obligatoria sobre rectificación de área por error de cálculo y de manera unilateral.

6 El numeral 5.1 de la Directiva N.º 002-2014/SUNARP-SN define a la BGR como el “[...] sistema de información registral estructurada y organizada, constituida por la base de datos gráficos y alfanuméricos automatizados de predios inscritos en el Registro de Predios, a partir de la información técnica que obra en los títulos archivados, elaborado sobre una Cartografía Base”.

7 El literal a) del artículo 7 de la Directiva N.º 01-2008-SNCP/CNC establece los rangos de tolerancias para predios de naturaleza urbana y rural.

8 La normativa vigente establece que la rectificación de área, linderos y medidas perimétricas de un predio puede efectuarse de las siguientes maneras: (i) la rectificación de área por mutuo acuerdo y por escritura pública; (ii) el procedimiento notarial no contencioso; (iii) el procedimiento de saneamiento catastral registral; y (iv) el proceso judicial de rectificación de área. Resaltamos que el procedimiento notarial no contencioso es aplicable solamente para los predios urbanos o ubicados en zona urbana, en tanto que los demás procedimientos son aplicables para todo tipo de predios. En el caso de los predios rurales, también resulta aplicable el procedimiento especial previsto en el artículo 79 y siguientes del Decreto Supremo N.º 032-2008-VIVIENDA.

deficiencia o error en la información gráfica que obra en los antecedentes registrales, siempre que las discrepancias en cuanto a las áreas se encuentren dentro de los rangos de tolerancia establecidos.

DE LOS ENTES GENERADORES DE CATASTRO Y SU ROL EN LA VERIFICACIÓN DE LA DESCRIPCIÓN FÍSICA DE LOS PREDIOS

Sabemos que el catastro y el Registro de Predios persiguen fines distintos, pues el primero contiene la descripción de los predios, que incluye sus características físicas, económicas, uso, infraestructura y equipamiento, con fines principalmente tributarios y de planeamiento territorial, mientras que el Registro publicita los derechos que recaen sobre dichos predios. Sin embargo, ambos están íntimamente vinculados, pues como señala Cano Tello (1992):

La coordinación entre el catastro y el Registro es muy necesaria por cuanto que uno incide sobre la realidad física y el otro sobre la realidad jurídica de las fincas. El catastro puede y debe ser un instrumento precioso para la identificación de los inmuebles que son objeto de las relaciones jurídicas inscribibles. (p. 182)

Por esta razón, mediante la Ley N.º 28294, de fecha 20 de julio del 2004, se crea el Sistema Nacional Integrado de Información Catastral Predial (SNCP), con la finalidad de regular la integración y unificación de los estándares, nomenclatura y procesos técnicos de las diferentes entidades generadoras de catastro en el país y vincularlos con el Registro de Predios.

La vinculación del SNCP con el Registro de Predios se describe en el artículo 5 del Reglamento de la Ley N.º 28294, aprobado por Decreto Supremo N.º 005-2006-JUS (en adelante, Reglamento de la Ley N.º 28294), como aquel mecanismo que permite que la información catastral de un determinado predio se relacione con su partida registral, a fin de contar con información integrada de los derechos sobre los predios inscritos en la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (Sunarp), sus características económicas y la visualización de sus características físicas.

El elemento identificatorio que permitirá vincular un predio inscrito en el Registro de Predios con el SNCP es el Código Único Catastral (CUC)⁹, el cual, una vez emitido por la entidad generadora de catastro, debe inscribirse en la partida registral del predio. Es más, de acuerdo con el primer párrafo del artículo 21 de la Ley N.º 28294, para inscribir de manera definitiva cualquier derecho en el Registro de Predios, debe exigirse la previa inscripción del CUC. En caso de no contar con dicho documento, debería procederse

9 El CUC es definido por el primer párrafo del numeral 3 del artículo 14 de la Ley N.º 28294, como la identificación alfanumérica de predios.

únicamente con la anotación preventiva del acto o derecho hasta que se presente el CUC del predio. De haberse aplicado esta norma, hubiera significado que casi la universalidad de los títulos que se presentan al Registro de Predios se tendrían que haber anotado preventivamente, pues incluso ahora son muy pocas las municipalidades que han sido declaradas como zonas catastradas¹⁰ y que, por ende, están en posibilidad de otorgar el CUC de un predio. En este sentido, a pesar de haber transcurrido más de catorce años desde que se emitió el Reglamento de la Ley N.º 28294, no se ha logrado implementar la vinculación efectiva del SNCP con el Registro de Predios¹¹. Así pues, actualmente el CUC, lejos de servir como elemento de conexión entre la partida registral y el catastro, es utilizado principalmente como un mecanismo para la rectificación del área, linderos y medidas perimétricas de un predio a través del procedimiento de saneamiento catastral registral.

No obstante la situación antes descrita, no podemos dejar de reconocer la finalidad de la Ley N.º 28294, que persigue la integración y unificación de los estándares, nomenclatura y procesos técnicos de las diferentes entidades generadoras de catastro en el país, aunque uno de sus fines más importantes —que es la vinculación del catastro con el Registro de Predios a través de la inscripción el CUC— no se haya cumplido. Sin embargo, para los efectos del presente artículo, queremos rescatar la finalidad de los entes generadores de catastro, principalmente las municipalidades distritales, como entidades que deberían proporcionar información oficial fehaciente respecto a la descripción gráfica del área, linderos, medidas perimétricas y ubicación espacial de un predio.

Así tenemos que, de conformidad con lo previsto por el numeral 3.3 del artículo 79 de la Ley N.º 27972, Ley Orgánica de Municipalidades, es facultad exclusiva de las municipalidades distritales elaborar y mantener el catastro. En la misma línea, el artículo 15 de la Ley N.º 28294 precisa que las municipalidades son los organismos generadores de catastro y se interconectan con el Registro de Predios enviándoles la información gráfica y alfanumérica de cada predio para la inscripción del CUC.

10 Según la información de la que disponemos, a la fecha solamente han sido declaradas como zonas catastradas los distritos de Miraflores, San Isidro y el Cercado de Lima, así como algunos sectores del distrito de Los Olivos.

11 La principal razón que impide que se haga efectiva la vinculación del catastro con el Registro es que las municipalidades no hacen levantamiento catastral o no actualizan el levantamiento realizado. Así, según información del Registro Nacional de Municipalidades del 2017, elaborado por el INEI y citado por el diario *El Comercio* en su edición de fecha 11 de febrero del 2019: “[...] de las 1851 municipalidades provinciales y distritales, solo el 55,2 % ha realizado alguna vez un levantamiento catastral. Sin embargo, de aquellos que han levantado catastro solo el 20,2 % ha realizado una actualización del mismo. Según antigüedad, un cuarto de las municipalidades realizó el último registro catastral hace más de diez años. Además, se estima que las municipalidades que actualizaron este registro entre 2013-2017 se demoraron, en promedio, seis años”.

Por su parte, el numeral 4 del artículo 14 de la Ley N.º 28294 define al catastro de predios de esta manera:

[...] el inventario físico de los predios orientado a un uso multipropósito, y se encuentra constituido por la suma de predios contiguos que conforman el territorio de la República, a los cuales se les asigna un Código Único Catastral con referencia al titular o titulares del derecho de propiedad del predio. [...].

Asimismo, el literal e) del artículo 3 del Reglamento de la Ley N.º 28294 ha precisado que el catastro de predios es el inventario físico de todos los predios que conforman el territorio nacional, incluyendo sus características físicas, económicas, uso, infraestructura, equipamiento y derechos inscritos o no en el Registro de Predios.

Queda claro, entonces, que en nuestro sistema jurídico el catastro de predios es elaborado y actualizado principalmente por las municipalidades distritales a nivel nacional. De tal manera, son estas entidades las que tienen competencia exclusiva y excluyente para establecer de manera oficial cuáles son las dimensiones y la ubicación espacial de un predio, salvo, claro está, los supuestos especiales en que dicha competencia ha sido otorgada a alguna entidad encargada de la formalización de la propiedad predial. Por ello, el literal b) del artículo 505 del Código Procesal Civil establece que uno de los requisitos de la demanda de rectificación de área, linderos y medidas perimétricas de un predio es que se presente un plano de ubicación y perimétrico visado por la autoridad municipal o administrativa correspondiente.

Los artículos 60 y siguientes del Reglamento de la Ley N.º 28294 regulan el procedimiento de saneamiento catastral registral para rectificar el área, linderos y medidas perimétricas de un predio en mérito del CUC.

Si bien a la fecha no es viable obtener un CUC en la mayoría de las municipalidades del país, debido a que no han sido reconocidas como zonas catastradas (situación que impide seguir el procedimiento de saneamiento catastral registral que, como hemos señalado, permite rectificar el área, linderos y medidas perimétricas de un predio y vincular el Registro de Predios con el catastro municipal conforme a la finalidad de la Ley N.º 28294), no debe perderse de vista que todas las municipalidades a nivel nacional tienen competencia para elaborar y mantener su respectivo catastro por mandato de la Ley Orgánica de Municipalidades. Desde esta perspectiva, están obligadas, previa inspección ocular del predio, a visar los planos que contengan la representación física de los predios, aunque no cumplan con los requisitos para emitir el CUC. En este sentido, los planos visados por la municipalidad cumplen con el propósito de recoger la realidad física de los predios y pueden servir para corregir inexactitudes registrales en los supuestos en que no se afecte derechos de los propietarios de los predios colindantes.

DE LA PREVALENCIA DE LA INFORMACIÓN CATASTRAL SOBRE LA REGISTRAL

Como hemos señalado en la introducción del presente artículo, la mayoría de las inscripciones de las inmatriculaciones o de los actos posteriores que modifican la descripción física de los predios se han realizado, y continúan realizándose, sin que tengan un correlato en información gráfica validada por los entes generadores de catastro. Ello ha ocasionado que en un alto porcentaje de inscripciones de predios exista un divorcio entre la descripción literal que emana de las partidas registrales (y sus respectivos títulos archivados) y la descripción física real de un predio. Esta situación conduce a la denegatoria de la solicitud de inscripción de los títulos referidos a la modificación de la descripción física del predio, por la inadecuación con sus antecedentes registrales.

La normativa vigente ha establecido que, cuando las discrepancias se encuentren fuera de los rangos de tolerancia, deberá seguirse alguno de los procedimientos de rectificación de área, linderos y medidas perimétricas antes indicados, pues la rectificación podría eventualmente afectar a los propietarios de los predios colindantes. Sin embargo, hay un gran porcentaje de predios en los cuales las discrepancias entre la descripción física real y registral se encuentran dentro de los rangos de las tolerancias catastrales registrales, pero, al no existir antecedentes gráficos en el Registro de Predios, no se puede incorporar el polígono del predio a la BGR o este se incorpora de manera inexacta. Por ende, cuando se solicite la inscripción de algún acto que modifique la descripción física del predio, se generan observaciones debido a la imposibilidad del Área de Catastro de verificar su adecuación con los antecedentes registrales, o por existir discrepancias con el polígono incorporado de manera inexacta a la BGR.

En estos casos, deberá prevalecer la información catastral para corregir las inexactitudes registrales, en atención a que el Registro de Predios no es un generador de catastro, sino que se nutre de la información que le proporcionan los entes generadores de catastro, quienes tienen la información oficial en cuanto a la determinación de la descripción física de un predio. Por tanto, la información registral incompleta o inexacta respecto a los datos descriptivos físicos del predio puede ser corregida por un título emitido por un ente generador de catastro, siempre que no se afecten los derechos de los propietarios colindantes.

La conclusión precedente ha sido abordada por dispositivos que regulan supuestos especiales de saneamiento de predios. Así, tenemos que, en el caso del saneamiento de predios rurales bajo competencia de los Gobiernos Regionales, el artículo 73 del Decreto Supremo N.º 032-2008-VIVIENDA¹² precisó que cuando en el Registro de Predios no exista información técnica suficiente, situación verificada por las áreas de catastro de las

12 Reglamento del Decreto Legislativo N.º 1089, decreto legislativo que establece el Régimen Temporal Extraordinario de Formalización y Titulación de Predios Rurales.

zonas registrales, la información gráfica con que cuente el Organismo de Formalización de la Propiedad Informal (Cofopri) prevalece y sustituye a la que obra en el Registro de Predios; y, cuando corresponda, se extenderá el asiento de rectificación respectivo, siempre que no exceda los rangos de tolerancia permisibles.

Asimismo, en los supuestos de inscripción de predios en el marco de los proyectos de inversión pública y privada, el artículo 47 de la Ley N.º 30230¹³ establece la prevalencia de la información de campo sobre la información registral cuando (i) en el título archivado obran planos imperfectos que no cuentan con georreferenciación y/o área y/o medidas perimétricas, y/o no contengan datos técnicos, y/o estos contengan coordenadas arbitrarias; (ii) no existan planos como parte del título archivado, siempre que se encuentren dentro de los rangos de tolerancia respectivos; (iii) existan superposiciones gráficas generadas por desplazamiento de coordenadas o coordenadas en predios inscritos; (iv) el predio tenga discrepancias de cualquier dato técnico, dentro de los rangos de tolerancia establecidos en las normas del SNCP; y (v) la medida del área o medida perimétrica del predio inscrito esté expresada de forma distinta del sistema métrico decimal, siempre que la medida de esta última sea equivalente o esté dentro de los rangos de tolerancia respectivos.

Sin embargo, no existe una norma general que precise los supuestos de prevalencia de la información catastral emitida por un ente generador de catastro sobre la información registral inexacta o incompleta, lo que hace urgente modificar los alcances de la Ley N.º 28294 a fin de incorporar los supuestos en los que prevalecerá la información emitida por los entes generadores de catastro sobre la información registral incompleta o inexacta, y que sirva para corregir inexactitudes registrales.

Sin perjuicio de lo anterior, aun cuando no se modifique la Ley N.º 28294, en nuestra opinión sí es posible aplicar en la calificación registral los supuestos de prevalencia de la información catastral sobre la información registral para corregir inexactitudes registrales, sobre la base de la naturaleza de la información de los entes generadores de catastro que, como señalamos anteriormente, tienen la versión oficial de las características físicas de un predio, siempre que no estemos ante los supuestos en que es necesario seguir alguno de los procedimientos de rectificación de área, linderos y medidas perimétricas.

Como ya se señaló, el TR ha admitido la prevalencia de la información catastral sobre la registral para corregir inexactitudes registrales en los supuestos de rectificación de área por error de cálculo y rectificación de área de manera unilateral, sin recurrir a alguno de los procedimientos de rectificación de área previstos en la normativa vigente.

13 Ley que establece medidas tributarias, simplificación de procedimientos y permisos para la promoción y dinamización de la inversión en el país.

En efecto, en el Pleno XIX (2006), el TR aprobó el siguiente precedente de observancia obligatoria¹⁴:

Es inscribible la rectificación del área de un predio urbano en mérito al plano y memoria descriptiva visados por la autoridad municipal correspondiente, prescindiendo de los mecanismos rectificatorios previstos por el artículo 13 de la Ley N.º 27333, si el error surgió del equivocado o inexacto cálculo de su área, siempre que el Área de Catastro determine que los linderos, medidas perimétricas y ubicación espacial del predio no han sufrido variación alguna.

De acuerdo con este precedente, prevalecerá la información catastral emitida por un ente generador de catastro sobre la información registral inexacta para corregir el área de un predio, siempre que el Área de Catastro establezca que los linderos, medidas perimétricas y ubicación espacial del predio no han sufrido variación.

En la misma línea, mediante precedente aprobado en el Pleno CL-2016, el TR estableció el siguiente criterio vinculante:

Procede la rectificación de área, linderos y/o medidas perimétricas en mérito a escritura otorgada por el propietario acompañada de la documentación a que se refiere el artículo 20 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios, tanto si se rectifica a área mayor o menor, siempre que la Oficina de Catastro determine indubitadamente que el polígono resultante se ubica dentro del ámbito gráfico del predio inscrito.

Por lo tanto, en este supuesto, se admite la inscripción de la rectificación de área del predio (para mayor o menor extensión), así como la de sus linderos y medidas perimétricas, siempre que el Área de Catastro determine indubitadamente que el polígono resultante se ubica dentro del ámbito gráfico del predio inscrito.

Desde luego, los criterios establecidos por el TR constituyen un avance para aceptar la prevalencia de la información gráfica validada por un ente generador de catastro sobre la información registral incompleta o inexacta, pero es insuficiente, pues respecto de un gran porcentaje de predios no existe información gráfica en los antecedentes registrales que permita determinar la concordancia entre la información catastral y la registral y, por tanto, no será posible aplicar los citados precedentes.

En otros supuestos, existe información gráfica incompleta o inexacta que ha conducido a que el polígono del predio sea incorporado de manera inexacta a la BGR, de tal manera que, cuando es contrastada con la información catastral, se encuentran desfases

14 Este precedente de observancia obligatoria fue precisado en los Plenos CXV y CLXXIV en los siguientes aspectos: (i) también se aplica para predios rurales; (ii) no se aplica cuando el Área de Catastro no puede determinar si los linderos, medidas perimétricas y ubicación espacial del predio han sufrido variación; y (iii) no se aplica para supuestos distintos al de error de cálculo.

en cuanto a la ubicación espacial o discrepancias en cuanto al polígono, que impiden la aplicación de los precedentes citados.

Consideramos que, en los supuestos de inexistencia, deficiencia o error en la información gráfica que obra en los antecedentes registrales, deberá prevalecer la información técnica que ha sido validada por un ente generador de catastro y que consta en el título presentado, sin necesidad de recurrir a los procedimientos de rectificación de área, siempre que se cumplan los siguientes requisitos: (i) que exista concordancia entre la descripción literal del predio que consta en la partida registral y la que consta en el título presentado; y (ii) que, en caso de existir discrepancias, estas se encuentren dentro de los rangos de tolerancias catastrales y registrales.

DEL ROL DE LAS ÁREAS DE CATASTRO Y LA VINCULATORIEDAD DE SUS INFORMES

El segundo párrafo del artículo 11 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios (RIRP) ha delimitado la actuación del Área de Catastro en el procedimiento registral, precisando que le corresponde: (i) verificar los datos técnicos del plano presentado; (ii) determinar la existencia o no de superposición de partidas, así como otros aspectos relevantes, si los hubiere; y (iii) elaborar un informe sobre la base de la información gráfica con la que cuenta el Área de Catastro, actualizada a la fecha de emisión del informe técnico, bajo responsabilidad.

Uno de los mayores problemas que surgen con las decisiones del Área de Catastro se debe a que la verificación de la adecuación entre la descripción física de un predio que consta en el título presentado y el antecedente registral se efectúa sobre la base de la información gráfica con que cuenta el Registro de Predios, que en la mayoría de los casos es inexistente, incompleta o inexacta. Ello conduce a que el Área de Catastro no pueda determinar si un predio se encuentra o no inmatriculado, o que, en caso de estarlo, se pueda comprobar si existe o no superposición o adecuación con el predio descrito en el título objeto de solicitud de inscripción.

Parte del problema antes descrito ha sido superado en los casos de inmatriculación o de independización de predios, en los que se ha admitido la inscripción del título cuando el Área de Catastro no pueda determinar si un predio se encuentra o no inmatriculado, o si corre o no inscrito en la partida matriz de la que se solicita su independización, conforme a la previsión contenida en los artículos 16 y 59 del RIRP, respectivamente. Sin embargo, para los demás actos registrables que impliquen modificación de la descripción física del predio, la imposibilidad de determinar la adecuación de los datos descriptivos del predio con sus antecedentes registrales constituye un verdadero obstáculo para la inscripción del título, obstáculo que puede ser superado si se considera que la información catastral prevalece sobre la información registral inexistente, incompleta o inexacta, como sostenemos en el presente artículo.

Otro de los aspectos que deben reevaluarse es la forma como se ha regulado en el RIRP los efectos del informe técnico del Área de Catastro. Así, se ha establecido en el tercer párrafo del artículo 11 del RIRP que “[e]l informe del Área de Catastro es vinculante para el registrador”. Esta norma tiene como antecedente inmediato el precedente de observancia obligatoria aprobado en el X Pleno del TR, el cual establece lo siguiente:

El informe del área de catastro es vinculante para el registrador, siempre que se refiera a aspectos estrictamente técnicos. El registrador debe distinguir en su contenido los aspectos técnicos que sí lo vinculan, y otros aspectos de aplicación e interpretación de normas jurídicas, que no le competen a dicha área, sino de manera indelegable y exclusiva al registrador público.

De acuerdo con la definición de la Real Academia de la Lengua Española, el adjetivo *vinculante* significa “obligatorio”, lo cual implica que el informe del Área de Catastro es obligatorio para las instancias de calificación registral, siempre que, como se indica en el precedente citado en el párrafo anterior, se refiera a aspectos estrictamente técnicos.

Sin embargo, desde el punto de vista jurídico, esta norma vulnera la competencia para la calificación, asignada por ley únicamente a las instancias de calificación registral, pues una parte de la calificación estará a cargo del Área de Catastro, sin que pueda ser cuestionada por dichas instancias, dado el carácter obligatorio de sus informes. Asimismo, desde el punto de vista práctico, lo que ocurre en la realidad es que todos los aspectos técnicos del informe del Área de Catastro no son revisados por las instancias de calificación registral, lo que causa que, aun en los supuestos de errores u omisiones, el contenido del informe quede convalidado.

En este sentido, es necesario que se modifique el artículo 11 del RIRP a fin de precisar que el informe del Área de Catastro es un acto previo para la calificación de los títulos que impliquen la incorporación de un predio al Registro de Predios o la modificación de su descripción física, pero que la opinión técnica debe ser evaluada por las instancias de calificación registral, quienes tienen la facultad de asumir dicha posición técnica o pedir las aclaraciones respectivas en caso de que detecten errores en ella. De lo contrario, el Área de Catastro se convierte en una suprainstancia de calificación de aspectos técnicos, con el riesgo de que sus decisiones erróneas no puedan ser revisadas por las instancias de calificación registral.

Creemos que el informe técnico del Área de Catastro sí tiene que ser vinculante, pero únicamente para dicha área, en el sentido de que la evaluación técnica efectuada no puede ser modificada en el mismo o en otro procedimiento administrativo, salvo que se haya variado la BGR por haberse inscrito un título posterior.

CONCLUSIONES

1. En nuestro sistema registral, la mayoría de las inscripciones de las inmatriculaciones o modificaciones físicas de los predios se han efectuado sin tener soporte en información gráfica avalada por un ente generador de catastro, lo que ocasiona discrepancias entre la descripción registral del área, linderos y medidas perimétricas de los predios, y su descripción real.
2. Las discrepancias entre la descripción física de un predio conforme al Registro de Predios y la descripción física real ocasionan observaciones frecuentes cuando se solicita la inscripción de algún acto que implique la modificación de la descripción física del predio inscrito.
3. En los supuestos de inexistencia, deficiencia o error en la información gráfica que obra en los antecedentes registrales, debe prevalecer la información técnica que ha sido validada por un ente generador de catastro para corregir inexactitudes registrales sin recurrir a alguno de los procedimientos de rectificación de área, siempre que se cumplan los siguientes requisitos: (i) que exista concordancia entre la descripción literal del predio que consta en la partida registral y la que consta en documento gráfico avalado por un ente generador de catastro; y (ii) que, en caso de discrepancias en cuanto al área, linderos y medidas perimétricas, estas se encuentren dentro de los rangos de tolerancia.
4. Es necesario que se modifique la Ley N.º 28294, que crea el Sistema Nacional Integrado de Catastro, a fin de incorporar reglas que establezcan de manera general los supuestos en los que prevalecerá la información catastral sobre la información registral incompleta o inexacta, para corregir inexactitudes registrales.
5. En tanto no se modifique la Ley N.º 28294, es posible aplicar en la calificación registral los supuestos de prevalencia de la información catastral sobre la registral para corregir las inexactitudes registrales, atendiendo a que la información gráfica avalada por un ente generador de catastro corresponde a la realidad física del terreno que no puede ser cuestionada por el Registro de Predios, porque este no genera catastro.
6. Es necesario modificar el artículo 11 del RIRP a fin de precisar que el informe del Área de Catastro no es vinculante (léase obligatorio) para las instancias de calificación registral, quienes tienen la facultad de asumir dicha posición técnica o de pedir las aclaraciones respectivas cuando detecten que es incorrecta.

REFERENCIAS

Cano Tello, C. (1992). *Manual de derecho hipotecario* (2.ª ed.). Madrid: Civitas.

Real Academia Española. (2020). *Diccionario de la lengua española*. Recuperado de <https://dle.rae.es/vinculante>

INCONVENIENTES DE LA INTRODUCCIÓN DE LAS CARGAS PROBATORIAS DINÁMICAS EN EL SISTEMA PROCESAL CIVIL PERUANO

RAÚL CANELO*

Universidad de Lima, Lima, Perú
rcanelo@ulima.edu.pe

EDGAR CASTILLO**

Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, Perú
edgar.cast95@gmail.com

Recibido: 20/11/2020 Aprobado: 27/11/2020

doi: <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2021.n052.4975>

RESUMEN. En este trabajo, los autores toman posición en la discusión de cuál es la finalidad del proceso, para luego hacer un estudio y algunas precisiones conceptuales acerca de la carga de la prueba en el proceso. A continuación, se encargan de analizar la inversión de la carga de la prueba y la carga probatoria dinámica, planteando algunas críticas a la institución y a la propuesta del artículo 196 del Proyecto de Reforma del Código Procesal Civil.

PALABRAS CLAVE: fin del proceso / carga de la prueba / inversión de la carga de la prueba / imparcialidad / igualdad de las partes / carga probatoria dinámica

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Estudios de maestría en Derecho Procesal por la Universidad Nacional de Rosario, Argentina, y con estudios de doctorado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Profesor en la Universidad de Lima y en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Fue miembro de la Comisión Revisora del Código Civil vigente y ha publicado diversas obras y artículos de su especialidad.

** Egresado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Asistente de cátedra de los cursos de Derecho Civil I, Teoría General del Proceso y Derecho Procesal Civil I en la misma casa de estudios. Miembro honorario del Taller de Derecho Procesal "Mario Alzamora Valdez" de esta universidad.

DISADVANTAGES OF INTRODUCING THE DYNAMIC BURDEN OF PROOF IN THE PERUVIAN CODE OF CIVIL PROCEDURE

ABSTRACT. In this paper, the authors discuss the purpose of the process, and study and explain some concepts on the burden of proof in the process. Then, they analyze the reversal of the burden of proof and dynamic burden of proof by raising some criticisms regarding the institution and Article 196 of the Draft Reform of the Code of Civil Procedure.

KEYWORDS: end of process / burden of proof / reversal of the burden of proof
/ fairness / equality of parties / dynamic burden of proof

A MODO DE INTRODUCCIÓN. PODERES PROBATORIOS Y FUNCIÓN DEL JUEZ, RELACIÓN CON LA SOCIALIZACIÓN DEL PROCESO

Los temas que se abordarán en este trabajo corresponden a un tema mayor: *los poderes probatorios del juez*. En efecto, se debe partir de que precisamente la carga dinámica probatoria es una institución que deriva su funcionalidad de la potestad del juez y del rol que este asume dentro del proceso; es decir, tiene como centro a la figura del juez. Pero también guarda íntima relación con el discurso que se viene desarrollando desde el siglo xx sobre el fenómeno de la socialización del proceso y la constitucionalización de las garantías procesales (Picó i Junoy, 2012)¹. Con ese discurso se persigue que el juez abandone su antigua posición pasiva y adopte una ampliamente activa, que le irroga ciertas iniciativas *necesarias* para que pueda ejercer su función de resolver los conflictos de una manera más eficaz (y eficiente). Se ponen de manifiesto, entonces, dos posiciones antagónicas: una que propone la participación del juez (poderes del juez), cuyo fin es buscar la máxima eficacia de la tutela judicial (Picó i Junoy, 2012, pp. 12-14) y la verdad de los hechos; y la otra que es dispositivista, según la cual solo las partes deben encargarse de ofrecer al juez los medios idóneos (pruebas) para que este resuelva el conflicto (ellas son las protagonistas del debate procesal)².

De esto, podríamos decir que la primera de las posiciones se identifica con la función *social* del juez, mientras que la segunda se inclina por asumir una función *privada* de este, en donde serán las partes las únicas que puedan, de algún modo, llevar adelante el proceso a través del debate probatorio (Ramírez Carvajal, 2008). Una y otra opción tienen aspectos positivos y negativos. Será necesario explicar cuál es la posición que se asumirá en este trabajo a efectos de que el lector comprenda a cabalidad la finalidad que nos proponemos.

La postura que aquí se asume es la segunda. No se cree que, al menos en sede nacional, el juez ejerza de manera equilibrada las facultades y poderes que se le brinda. Por el contrario, se favorece que el juez tenga amplios poderes, casi sin límites, lo que posibilita su uso indiscriminado en favor de ciertos intereses que se asimilan, en la

1 El autor hace un análisis del *reparto* de funciones del juez y de las partes, esto de cara a una discusión que ofrece el debate del garantismo y la eficacia del proceso en los tiempos modernos con motivo del fenómeno de la socialización del proceso y la constitucionalización de las garantías procesales, y se propone ofrecer una postura intermedia. En otro trabajo, Taruffo (2006) se refiere al juez autoritario y al juez liberal para analizar la capacidad probatoria que se deposita en el juez, pero indica que estos términos son inadecuados y podrían estar sujetos a malinterpretaciones. Entiende que más correcto es hacer una relación entre los poderes de juez y el sistema político.

2 El debate sobre estos temas ha sido descrito resumidamente por Juan Montero Aroca en la introducción a la edición peruana del libro *Proceso civil e ideología. Un prefacio, una sentencia, dos cartas, quince ensayos. Moción de Valencia y Declaración de Azul*, que recoge interesantes trabajos en torno al tema y que ha sido publicado en Lima, bajo la coordinación del mismo Montero Aroca, por la Editorial San Marcos, en su segunda edición del 2009. También véase Sandoval Cumbe (2018, p. 61).

mayoría de los casos, en quien ostenta el poder político, económico y social. La cruda realidad por la que atraviesa el sistema de justicia latinoamericano es el mejor ejemplo de que no se puede confiar al juez potestades que pueda usar a su sola discreción.

En línea con lo señalado, se debe tener presente que, en materia probatoria, existen *grosso modo* dos sistemas de prueba o modelos procesales: el inquisitivo y el dispositivo (Devis Echandía, 2002, pp. 72 y ss.). Según el primero, el juez debe tener poder para ordenar la producción de pruebas (juez investigador), mientras que, en el segundo, solo las partes deben realizar actividad probatoria (juez árbitro)³. Es importante tener en cuenta esto, pues en lo que siga de este trabajo se harán referencias indistintas a los sistemas procesales y a los sistemas de prueba mencionados.

Ahora bien, desde la posición aquí asumida, para la actividad que se realiza a la prueba, el hecho de que el juez tenga amplios *poderes probatorios*⁴ arriesga su imparcialidad, pudiendo dejar que su decisión se incline por alguna de las partes; asimismo, pone en peligro la función primordial que asumen estas dentro de la actividad probatoria, que es precisamente la de aportar los medios necesarios para que el juez se forme un convencimiento que le permita emitir un fallo de acuerdo con los hechos expuestos y probados, y la ley, con la consecuente resolución de la controversia (conflicto intersubjetivo)⁵.

Si le damos una ojeada a nuestro ordenamiento, tal vez una buena respuesta al otorgamiento indiscriminado de facultades al juez se justifique y descansa en lo afirmado por el profesor Juan Monroy Gálvez (1996). Para él, el proceso, desde una perspectiva publicista, había adquirido una *trascendencia social*, debido a que con este —lejos ya de ser un instrumento por el que las partes dirimen sus conflictos— se lograba que el derecho objetivo se tornara más eficaz y respetado, y de ese modo se alcanzaba la paz social (pp. 70-71).

Sin embargo, esta posición ha sido objeto de cuestionamiento. La profesora Eugenia Ariano Deho (2003) señala al respecto que no puede sostenerse que las partes asistan

3 Devis Echandía (2002) refiere que, por un lado, el sistema dispositivo descansa en dos aspectos: uno es que el proceso se inicia con una demanda, lo cual le obliga al juez a atenerse a lo solicitado en ella, y segundo, que deja el *combate judicial* en manos de las partes, quienes son las únicas encargadas de proporcionar material probatorio (p. 72). Por otro lado, en el sistema inquisitivo, lo fundamental es la "facultad oficiosa probatoria para la investigación de los hechos por iniciativa del juez" (p. 73).

4 En doctrina se hace referencia a "la iniciativa probatoria del juez" para abarcar todas las situaciones que hacen partícipe al juez en la actividad probatoria que se desenvuelve en el proceso.

5 Esta proposición es consecuente con la idea instrumental del proceso, según la cual la única finalidad del proceso es resolver conflictos, y son las partes las protagonistas del *iter* procesal. Sobre el tema puede verse el trabajo de Hunter Ampuero (2011b). Se parte de dos aristas que justifican esta posición: la imparcialidad que debe mantener el juez dentro del proceso y la naturaleza eminentemente privada del proceso civil.

al proceso a cumplir un *fin social*⁶. Acuden precisamente en la idea de que el proceso es un instrumento para resolver su conflicto. El proceso, así, es un instrumento al servicio de intereses privados, pues son los privados quienes tienen en el proceso una garantía de protección de los derechos e intereses que el ordenamiento les reconoce (pp. 5-6).

En esta línea, la función del juez ya no es más ser una *parte* que puede intervenir a su antojo en el proceso, sino que se debe reducir su actividad probatoria de tal forma que sean los privados los que se desenvuelvan en el proceso. Siendo más precisos, en nuestra realidad jurídica no puede decirse ni afirmarse —ni siquiera teóricamente— que el juez debe ejercer indiscriminadamente alguna iniciativa probatoria, excusándose en lograr la eficacia o respeto del derecho positivo, o la búsqueda de la verdad, que serían los fines del proceso desde la postura inquisitiva (publicista). Para hacer más grave la situación y desprestigiar ese fin, son los jueces los primeros en vulnerarlo. Esto merece que se repiense la función que el juez deba asumir en el proceso y más aún en la actividad probatoria, cuyo resultado es precisamente la base sobre la cual se sostienen, finalmente, las decisiones judiciales.

En lo que sigue de este artículo, se hará un análisis de los referidos *poderes probatorios*, específicamente en la institución de la carga probatoria dinámica. El enfoque que se le dará tiene su punto de partida en las ideas que ya se expresaron. Se pretende exponer un crítico análisis normativo y doctrinario en torno al tema de estudio, y a partir de ahí exponer algunas críticas y conclusiones que no harán más que reflejar el pensamiento de una corriente que se ha denominado *garantista*, la misma que propugna actualmente un proceso entendido como una garantía de la forma en que se tutelan las situaciones jurídicas de los particulares y una garantía de cómo la jurisdicción aplica el derecho objetivo.

LA CARGA PROBATORIA DINÁMICA, ALGUNAS PRECISIONES Y PREOCUPACIONES

Algunos conceptos previos: la carga de la prueba⁷ y las desigualdades de las partes

En otro trabajo, se ha expuesto que la carga de la prueba constituye una facultad de las partes para realizar un acto procesal probatorio, sustentado en la autonomía de los privados, y que se diferencia sustancialmente de la obligación procesal (Canelo Rabanal, 2017, pp. 219-221). Algunos como Couture (1958) afirman que, en términos procesales, la

6 El debate sobre estos temas ha sido descrito resumidamente por Montero Aroca (2009, pp. 130-166).

7 Si quiere revisarse un estudio generoso del tema, puede verse Micheli (1989). Aquí el autor plantea que la carga de la prueba es un poder, dejado por la norma a la voluntad del sujeto, para quien decide o no la realización de un acto para obtener el beneficio que la ley prescribe o soportar la desventaja económica que le supone su inactividad.

carga de la prueba se entiende como una “conducta impuesta a uno o ambos litigantes, para que acrediten la verdad de los hechos enunciados por ellos” (p. 241)⁸.

Micheli (1989) señalaba que la carga de la prueba es un poder que la norma deja a la libertad de los interesados para que realicen o no determinado acto, según el análisis que hagan de la ventaja o desventaja que su ejercicio les proporcione. En materia procesal, y especialmente en temas probatorios, eso implica una fuerte influencia psicológica en la conducta de las partes, debido a que una de sus reglas establece que quien prueba su afirmación, al menos mediatamente, podía conseguir que su pretensión fuera amparada. Esto significa que la parte que quiera ver su pedido satisfecho deberá ser diligente en la carga de aportar pruebas.

Rodríguez Domínguez (2003, p. 84) señala que la carga de la prueba es un *deber*⁹ de realizar ciertos actos procesales con la finalidad de obtener beneficios o evitar perjuicios que dichos actos pueden generar. Otros hacen referencia a que contiene dos aspectos: la carga de la producción y la carga de la persuasión (Luna Yerga, 2003), aunque también se puede hablar de las nociones subjetiva, objetiva, concreta y abstracta que reúne el concepto (Devis Echandía, 2002). La carga de la prueba, además, está conformada por los siguientes caracteres (Luna Yerga, 2003, p. 5):

1. Su ejercicio es facultativo.
2. Tiene carácter instrumental.
3. Tutela un interés jurídico propio.
4. Su incumplimiento no comporta sanción, sino solo la pérdida de expectativas de obtener una resolución judicial favorable.

Nuestro ordenamiento reconoce textualmente a la carga de la prueba en el artículo 196, el cual dispone que quien afirma un hecho en su pretensión debe probarlo, y que a quien plantea una contradicción alegando otros nuevos le corresponde la misma carga. El texto normativo indica que esto es así, salvo disposición legal distinta.

8 Más adelante, refiere que la carga de la prueba supone un “imperativo del propio interés de cada litigante” (Couture, 1958, p. 242). No se comparte esta opinión, primero, porque ya se ha dicho que el sustento de la carga probatoria es la autonomía privada, y con base en esta es facultativo que las partes puedan o no presentar medios probatorios; y, segundo, porque en reiteradas ocasiones se ha fundamentado que la verdad como finalidad del proceso ha sido superada. Hoy impera la idea de que se prueba para convencer al juez en uno u otro sentido, y que de esta forma ponga fin a la controversia.

9 No parece adecuado hablar de la carga de la prueba como un *deber*, debido a que la naturaleza de este exige que, en caso de incumplirse, haya una sanción, lo cual no sucede con la carga de la prueba. A lo más, se puede de hablar de un beneficio, usualmente patrimonial, que se ha dejado de obtener por la inactividad del sujeto investido de la carga.

De los conceptos reseñados, se puede decir que siempre habrá un *comportamiento* de carácter procesal que las partes asumen respecto de aportar la prueba. La opción que estas tienen determina la naturaleza *facultativa* de dicha carga. Asimismo, este comportamiento debe estar encaminado a *la aportación de pruebas o no* al proceso, con el consecuente beneficio o perjuicio que su actitud genere¹⁰.

La carga de la prueba, en ese sentido, se instituye como una situación jurídica que le permite a un sujeto obtener un beneficio realizando determinado acto u obteniendo su perjuicio si no lo realiza. Pero esta institución va más allá, puede verse como un principio y como una regla.

Es por todos sabido, al menos desde la teoría constitucional, que los principios son mandatos de optimización¹¹, cuya función es triple: informadora, dirigida al legislador creador de leyes; integradora, para suplir los vacíos o lagunas que pueda tener el ordenamiento jurídico; y una función interpretadora, que sirve como una guía para el operador jurídico al momento de buscar el sentido de la norma y aplicarla.

Este es del denominado *principio de la carga de la prueba*. Sin embargo, el alcance de esta institución es mucho mayor. Actúa también como una regla dentro del proceso, primero, para determinar qué sujeto de la relación jurídica procesal debe aportar los medios de prueba; y, segundo, como una verdadera regla de juicio, pues posibilita al juez resolver la controversia con base en si la parte correspondiente acreditó o no sus afirmaciones con material probatorio, evitando así la posibilidad de que el juez pronuncie el ya desaparecido *non liquet*¹². Esto se corresponde, además, con el principio dispositivo (Sandoval Cumbe, 2018), determinando una participación granular y activa de las partes en el proceso, fijando el objeto de la controversia y aportando los medios de prueba que les sirvan a sus intereses.

Ahora bien, nadie puede negarle la importancia a la aportación de pruebas ni mucho menos al efecto positivo o negativo que pueden generar en el resultado del proceso. Su relación con la carga de la prueba es sumamente relevante, tanto es así que deben analizarse las conductas de las partes a fin de determinar si su actuación procesal es conforme con favorecer un buen resultado del proceso, o es contraria a su desarrollo y conclusión.

10 Otra opinión sobre el tema es la de Arruiz (2016). En este trabajo, se hace referencia a la carga de la prueba en dos sentidos: una en el de a quién le corresponde la carga de la producción de la prueba, y la otra de a quién le corresponde la carga del convencimiento.

11 Véase, en ese sentido, Alexy (1993).

12 La importancia aquí denotada de manera tan resumida excusa de la crítica que algunos autores hacen de la carga de la prueba, señalándola como una *reliquia que debiera abolirse* (Nieva-Fenoll, 2018). Se notará, en el desarrollo del presente trabajo, que sigue siendo una institución con total validez.

En ese análisis, la carga probatoria bien puede ofrecer distintas posibilidades de actuación de las partes. En un primer plano, se puede decir que, en circunstancias normales (*el momento fisiológico* de la producción de la prueba), el material probatorio es aportado por las partes sin problemas mayores; es decir, se cumple con la norma —prueba quien afirma un hecho o quien lo contradice alegando otros nuevos—, lo cual provoca un normal desenvolvimiento del proceso bajo el amparo del derecho de contradicción. En un segundo plano, que podría llamarse *el momento patológico de la actuación probatoria*, existe una deficiencia de los medios probatorios, causada porque la parte que posee el medio no la aporta por ser contraria a sus intereses (lo cual es naturalmente lógico), o porque de alguna forma la parte que alega un hecho no tiene posibilidades económicas o sociales para aportar tal prueba.

Esta última circunstancia nos permite abrir el tema de las desigualdades procesales entre las partes, es decir, aquellas situaciones que impiden a una parte *débil* proporcionar las pruebas que sustenten sus pretensiones o desempeñarse *adecuadamente* durante el proceso. Conviene aclarar que estas desigualdades pueden ser de carácter sustantivo, económico e incluso técnico (Hunter Ampuero, 2011a). Ha sido necesaria su alusión, pues los temas que se abordan a continuación, específicamente la *justificación* de la prueba dinámica, tienen como sustento el ya difundido rol del juez como equilibrador de diferencias y buscador de la verdad. En la medida en que se avance, se irá definiendo cada diferencia y de alguna forma rebatiendo el rol que se le ha encomendado tan fervorosamente al juez. Como ya se ha dicho, no se cree posible que el juez esté libre de defectos y pueda asumir su imparcialidad de manera eficaz. Ello conduce a que otorgarle ciertos poderes sea realmente peligroso, no solo para los fines que se proponen las partes, sino también para el fin del proceso mismo.

La inversión de la carga de la prueba como institución base de la carga probatoria dinámica. Delimitaciones conceptuales

Antes de analizar con propiedad la denominada *carga probatoria dinámica*, es conveniente referirnos primero a una institución más general, a nuestro entender: la inversión de la carga de la prueba. Si se habla de esta posibilidad, es coherente señalar que partimos de que existe una carga de la prueba *estática*, la cual es determinada por la regla general contenida en el artículo 196 del Código Procesal Civil (CPC), que ordena probar a quien alega un hecho o lo contradice, afirmando otro.

Esta regla puede complementarse con la inversión de la carga de la prueba que realiza el legislador en casos puntuales, en los que se ha realizado una ponderación de bienes jurídicos o intereses legítimos y se ha querido hacer prevalecer unos frente a otros. Así, por ejemplo, en los casos de responsabilidad civil médica, se atribuye la carga de probar el obrar con diligencia al médico o centro médico al que se le imputa la responsabilidad, cuando se trata de culpa leve (artículo 1329, concord. 1320).

También podemos hallar esta situación en el Código de Protección al Consumidor, cuando se señala en el artículo 4 la responsabilidad del proveedor de probar que ha informado al consumidor el íntegro del precio de manera previa al consumo; o en el artículo 8, donde se establece la misma responsabilidad en la comunicación previa de si cuenta con provisión de repuestos, partes y accesorios, y sus limitaciones. Igualmente, se puede apreciar ello en el artículo 14.4, al referirse a la carga de la prueba sobre la idoneidad del servicio y la información proporcionada.

En el CPC se puede encontrar expresamente, en el artículo 279, que el legislador invierte la carga de la prueba en favor de quien acredita un hecho base de una presunción relativa. Así, por ejemplo, la presunción de que el poseedor que acredita la posesión en dos momentos determinados de tiempo ha poseído también en el tiempo del intervalo. En ese caso, la presunción favorece al poseedor y bastará con que acredite la circunstancia base de la presunción para que la carga de la prueba se invierta en su favor.

Aquí, pues, se muestra una relación muy cercana con las presunciones legales, puesto que se parte de que el responsable del daño (responsabilidad civil médica o de cualquier oficio —*lex artis*—) no obra con diligencia, a menos que pruebe lo contrario. Igual situación se presenta en los casos de responsabilidad civil objetiva, en donde el agente desarrolla una actividad de riesgo que puede causar daño. Si tal actividad llegara a causarlo, el agente que realiza la actividad debe reparar ese daño. Queda claro que, en este caso, son presunciones relativas que, al no haber medios de prueba que acrediten el hecho de manera contraria a la presunción, se aplican para la determinación de hechos y aplicación de las consecuencias jurídicas.

Nótese que en todos estos casos estamos hablando de que la atribución de aportar medios probatorios ya está prefijada por la ley, lo cual no es más que la inversión de la clásica regla del *onus probandi* hecha también *a priori*; es decir, ha quedado establecido así en la ley de manera previa incluso a la producción del conflicto que lleva a las partes al proceso.

La coincidencia entre la regla clásica de la carga de la prueba y la inversión de la carga de la prueba antes mencionada es que ambas son realizadas por el legislador y son *a priori*. El proceso, en ese sentido, sigue manteniendo su esencia de ser una garantía de la forma en que serán tuteladas las situaciones jurídicas de los particulares y una garantía de aplicación del derecho objetivo por parte de la jurisdicción.

Estas reglas difieren, sin embargo, de lo que se ha denominado *carga probatoria dinámica*, la cual entra en el concepto de inversión de la carga de la prueba, pero que ya no es realizada por el legislador, sino de manera oficiosa por el juez y *a posteriori*. Esto, incluso estando bien regulado, supone algunos riesgos para principios base del proceso civil, como son la imparcialidad y la igualdad de las partes. En el siguiente acápite se realiza un estudio al respecto.

¿Qué es la carga probatoria dinámica?

La definición del concepto debe practicarse desde la noción de carga de la prueba *estática* (Díaz-Restrepo, 2016). Si de acuerdo con esta le corresponde acreditar a la parte que plantea afirmaciones (demandante) o a la que las niega planteando nuevas (demandado), la carga probatoria dinámica supone que quien deberá acreditar los hechos ya no es aquella parte que los afirma, sino la que está en mejores condiciones para hacerlo. Esas condiciones bien pueden ser sustantivas, económicas o técnicas (Hunter Ampuero, 2011a, pp. 59-60). Debe tenerse en cuenta que la noción de las cargas probatorias dinámicas tiene como presupuesto necesario que, primero, se siga la doctrina o modelo procesal que propugna un juez activo y, segundo, que la finalidad de la prueba sea la búsqueda de la verdad.

Su origen le ha sido atribuido a Jeremías Bentham, quien en el año 1823 denunció ciertos abusos en las dilaciones de los procesos causados por la obligación de probar solo en quien demanda. El autor afirmaba que debía abandonarse el antiguo aforismo según el cual debe probar quien afirma los hechos y debía establecerse la obligación de aportar medios probatorios en cabeza del litigante que tenga menos inconvenientes para presentarlos (Bentham, 1847).

Se ha definido a esta teoría como una regla para el juez, que le permite determinar según su criterio y circunstancias, aplicando el principio de socialización del proceso (artículo VI del Título Preliminar del CPC), el cual sostiene que el juez debe equiparar las diferencias entre las personas por razones de sexo, raza, religión, idioma o condición social, política o económica. Así, se exige que las partes tengan el mismo trato dentro del proceso para que se encuentren en una misma situación material y con ello no afecten el proceso equilibrando el mismo. Sobre esta base, el juez debe determinar quién tiene que probar bajo determinadas circunstancias.

En nuestro país, en la legislación procesal civil no ha habido hasta ahora regulación expresa que admita la carga probatoria dinámica. A la fecha solo existe un proyecto de reforma que pretende insertar en el artículo 196 su regulación expresa, la cual se comentará más adelante. Sin embargo, esta teoría ha tenido alguna acogida en la práctica jurisdiccional. Por citar un ejemplo, la Corte Suprema se ha manifestado en algunas ocasiones, una de las cuales ha servido para justificar la aplicación de la referida teoría. Los términos fueron los siguientes:

Cuarto.- Que, no obstante lo expuesto, la carga dinámica de la prueba es una teoría del derecho probatorio que asigna la carga de probar a la parte procesal que se encuentre en mejores condiciones de hacerlo. Esta modalidad de carga procesal fue aplicada por el Tribunal Constitucional en la sentencia número 1776-2004-AAITC, respecto a la utilización de la prueba dinámica señalando que “es necesario plantear nuevas reglas de reparto de la imposición probatoria, haciendo

recaer el *onus probandi* sobre la parte que está en mejores condiciones profesionales, técnicas o fácticas para producir la prueba respectiva". Es así que, en su primera fase, la carga probatoria dinámica fue utilizada, pero con una inversión probatoria que se tornó estática, posteriormente se fueron unificando conceptos para determinar que la carga dinámica probatoria debía ser aplicada siguiendo sus lineamientos y no a través de la petrificación de una regla de prueba. (Casación N.º 4445-2011-Arequipa)

No obstante, ese ha sido solo uno de los argumentos de quienes defienden esta teoría. Su justificación ha sido enfocada desde distintos ángulos. Se ha dicho que con esta se concreta la equidad en el caso específico, que el derecho sustantivo prevalece sobre las formas procesales rígidas, que los deberes de lealtad y buena fe procesal lo exigen, que hay deber de las partes de colaborar en la administración de justicia, y con el nuevo impulso de dirección que recae en el juez (Aguilar *et al.*, 2014).

Se pretende con esto efectivizar la garantía del derecho de defensa, sustentado en que alguna de las partes no está en posibilidad de activar su capacidad de probar por diversos motivos. Al parecer, no se ha tomado en cuenta uno de los principios que sostienen el proceso, según el cual las partes acuden a este en igualdad de condiciones, con igualdad jurídica. Si el juez equipara las desigualdades, no está haciendo otra cosa que involucrarse con alguna de las partes y, como se viene reiterando, esto puede afectar el principio de imparcialidad, entendido desde sus tres cualidades básicas: la imparcialidad, que exige al juez no favorecer a ninguna de las partes; la independencia, que requiere la objetividad de la decisión, libre de influencias y presiones, ya sea de las partes o de sus iguales o superiores jurisdiccionales; y de la imparcialidad misma, que propugna la pureza del juez en relación con el proceso, debiendo no tener interés en la pretensión ni alguna situación que pueda variar su posición neutral respecto del conflicto o de las partes (Alvarado Velloso, 2014). Si el juez llega a tener la creencia de que una de las partes está en menor posibilidad de probar o defenderse, entonces, existe el riesgo de que adopte una posición parcializada, poniendo en tela de juicio su imparcialidad, y de paso vulnerando el debido proceso y la igualdad de las partes ante la ley.

Ahora, para abordar de manera directa el tema, es preciso aclarar que, si se quiere hablar de desigualdades como justificación de la prueba dinámica, entonces, se hace necesario recurrir a los mandamientos constitucionales referidos a la igualdad. En efecto, si se sigue esa línea y se la traslada al proceso, se deberá hablar de una igualdad procesal. Como bien refiere Hunter Ampuero (2011a), la estructura y dinámica procesales tienen mucho de influencia de los derechos a la igualdad y al debido proceso, y la consecuencia necesaria debe ser el aseguramiento tanto en el plano legislativo como judicial de la posibilidad de que cada destinatario de la decisión jurisdiccional (sentencia) participe activamente en la formación de su contenido en "recíproca y simétrica paridad" (p. 55).

Muy bien hace Hunter Ampuero (2011a) al explicar que esto permite examinar dos ámbitos de la igualdad procesal y sus destinatarios. Primero, el estático, que está dirigido al legislador, quien es el encargado de poner *en igualdad de armas* a cada una de las partes. Segundo, el dinámico, que está dirigido al juez y que le encomienda la tarea de que les permita a las partes la posibilidad de defensa frente a cada actuación procesal. Ambos aspectos ofrecen una visión más completa de lo que comprende la igualdad procesal. Nótese que no se trata de ponerse del lado de alguna de las partes, sino de ofrecerles las posibilidades tanto de tener las mismas cargas, derechos, obligaciones y demás en el proceso, así como la misma posibilidad de conocer las actuaciones que se produzcan en el *iter* procesal.

Las desigualdades que se advierten en el concepto básicamente se reducen a tres tipos: las sustantivas (referidas a la relación jurídico-material), las económicas (la disparidad para satisfacer ciertas cargas) y las técnicas (la cercanía a la fuente de prueba o dominio del hecho). Definitivamente, todas podrían afectar el desarrollo del proceso, pero, partiendo de la idea de igualdad que se ha elaborado, ¿es el juez el encargado de paliarlas en el proceso? Si el juez lo hace, está comprometiendo seriamente su imparcialidad (Hunter Ampuero, 2011a).

Se cree, en opinión compartida, y en relación con las desigualdades sustantivas, que

es el derecho material el que debe intentar superar esa desigualdad mediante normas protectoras de la parte más débil, ya sea prohibiendo inversiones convencionales de la carga de la prueba, estableciendo presunciones legales, dando la posibilidad de entablar acciones colectivas, estableciendo derechos irrenunciables, etc. (Hunter Ampuero, 2011a, p. 60)

Aquí entra a tallar el principio de igualdad de armas, según el cual las partes acuden al proceso en igualdad de condiciones, y esto precisamente forma parte del derecho al debido proceso, es una de sus garantías (Alvarado Velloso, 2014). No deben equipararse las diferentes situaciones jurídicas del derecho material con las del derecho procesal. En este último, solo hay la posibilidad de hablar de partes iguales (Hunter Ampuero, 2011a).

En ese mismo sentido, es claro que el juez no puede tener el rol de paliar las desigualdades económicas. Aquí, Hunter Ampuero (2011a) hace bien en distinguir que dos cosas distintas son la desigualdad económica que las partes pueden presentar y la indefensión procesal. La primera no la puede corregir ni el legislador; se mitiga a través de la implementación de políticas sociales de redistribución desde el Ejecutivo. Sin embargo, la segunda, entendida como la falta no solo de los medios de defensa, sino de recursos para obtenerlos, debe ser corregida, nuevamente, desde el derecho sustantivo. Por ejemplo, una política importante para corregir esa desigualdad es la puesta en disposición de quien lo amerite de abogados de defensa de oficio pagados por el erario público, así como establecer la exoneración de los costos judiciales (Hunter Ampuero, 2011a, pp. 62-64).

De otro lado, tal vez el juez podría intervenir paliando las desigualdades técnicas cuando una de las partes no tiene conocimiento certero sobre el caso. Se puede mencionar los casos médicos como ejemplos sólidos de estas desigualdades. En ellos, ya está determinado por ley a quién le compete la prueba, y ha sido una solución dada desde el Legislativo, por lo que el juez no puede hacer más que aplicar la ley. No se justifica, tampoco, que actúe ordenando una inversión a la carga de la prueba, pues esta está dada por la ley sustantiva.

Otro principio que se puede vulnerar aceptando la carga de la prueba dinámica es la presunción de inocencia, si se parte de que, incluso en el proceso civil, aquel que afirma un hecho sobre determinado sujeto debe probarlo y existen diversas presunciones que solidifican este principio. Así, tenemos que la mala fe debe probarse, o el dolo, y en general cualquier situación que implique una actuación contraria al ordenamiento jurídico y los principios que sostienen al mismo Estado. En ese sentido, si la carga de la prueba es invertida a pura discreción del juez, lo que se hace es presumir una situación en el deudor, obligándolo a probar en ese sentido. Es decir, si el juez decide que una de las partes debe probar por las *situaciones particulares* del caso, se le está atribuyendo a la parte una carga que inicialmente le correspondería a quien afirma el hecho imputado.

Por tanto, en atención a los argumentos esbozados, no se comprende la posibilidad de que el juez asuma un papel que por definición no le corresponde. Lo contrario, como se viene reiterando, supone un peligro para la imparcialidad del juez, la igualdad jurídica que viene presupuesta como uno de los pilares del proceso, e incluso el principio de presunción de inocencia, aplicable incluso en materia civil¹³.

La prueba dinámica en el Proyecto de Reforma del CPC. Críticas

Ya se ha dicho que, si bien es cierto que se viene aplicando esta teoría en la práctica, no hay regulación expresa sobre las cargas probatorias dinámicas. Solo hay una propuesta que se pretende introducir en el artículo 196 del CPC. El texto es el siguiente:

Artículo 196.- Carga de la prueba

Salvo disposición legal diferente, la carga de aportar medios de prueba le corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión o su defensa.

Excepcionalmente el juez establece que dicha carga le corresponde a una parte distinta de aquella a la que la ley le atribuye dicha carga. Para tal efecto, el juez debe emitir resolución motivada, en la cual identifique e individualice las particulares

13 La presunción de inocencia está recogida en el artículo 2, literal e) de la Constitución Política. Si bien el principio ha sido ampliamente aceptado y aplicado en el derecho penal, este debe extenderse a otras ramas del derecho con base en la fuerza expansiva que tienen los derechos fundamentales, la cual busca el alcance mayor en la aplicación de los principios y derechos constitucionales. En ese sentido, es perfectamente aplicable ese principio en materia procesal civil.

circunstancias que justifican la dinamización de la carga de la prueba, notificando dicha decisión a fin de que la parte a la que se le atribuya la carga de probar, en un plazo no menor de diez días, pueda absolver y ofrecer los medios probatorios que considere útiles.

La absolución y medios probatorios ofrecidos son puestos en conocimiento de la otra parte para que absuelva el traslado y ejerza su derecho de defensa. Con o sin la absolución del traslado, el juez emite resolución admitiendo o rechazando los medios probatorios de conformidad con el artículo 190 del Código Procesal Civil y, de ser necesario, convocando a una nueva audiencias [sic] de pruebas en caso esta sea necesaria.

En ninguna instancia o grado se declara la nulidad de la sentencia por no haberse ordenado judicialmente la inversión de la carga de probar.

Si se revisa el texto vigente, solo está presente el primer párrafo. Lo demás es agregado. En específico, se pretende introducir en el ordenamiento procesal civil la carga probatoria dinámica. En la exposición de motivos, la comisión encargada de diseñar el Proyecto de Reforma ha señalado lo siguiente:

Se incorpora también la posibilidad [de] que el juez pueda variar la carga probatoria dependiendo [de] las particularidades del caso, estableciéndose un procedimiento previo para que las partes puedan ejercer su derecho de defensa frente a dicha intención, de modo que esa posibilidad no coja por sorpresa a las partes. (Grupo de Trabajo encargado de revisar y proponer mejoras al Código Procesal Civil, 2018)

Una vez que se tiene el texto a la vista, conviene hacer algunas observaciones al texto modificatorio. Primero, que la carga de prueba dinámica se ha insertado como una excepción al igual que la prueba de oficio. Al menos, con eso se nota que la intención no es reemplazar la tarea de las partes. Sin embargo, no se ha señalado ese límite, por lo que cualquiera podría pensar que se está dejando que el juez se involucre demasiado en el proceso. Ya no solo cuenta con la prueba de oficio, sino que, de acuerdo con *particulares circunstancias*, que se traducen como una caja de Pandora, puede variar la carga de la prueba.

Pero el problema no se agota ahí. No se ha señalado cuáles son esas circunstancias que ameritan la inversión de la carga de la prueba. Eso supone, dada nuestra historia judicial, que cada juez interpretará, a su conveniencia, cuáles podrían ser aquellos supuestos. Nuevamente, esto va en contra del principio de imparcialidad, del de seguridad jurídica y del de igualdad jurídica, alcanzando a afectar el debido proceso.

Se puede imaginar una situación de desventaja de una de estas partes. Precisamente, puede darse una situación de desventaja objetiva de la parte que *no puede probar*. Cómo saber objetivamente que alguna de las partes está en una situación inferior para probar. De ahí que la cuestión aparezca sola: ¿se debe probar la situación de desventaja? ¿Cómo el juez determina en qué casos procede aplicar la carga dinámica de la prueba? El texto es muy general y le otorga al juez poderes cuyo uso sin responsabilidad es muy peligroso.

Acertadamente se ha señalado que “el problema fundamental de las teorías dinámicas es un problema más de aplicación práctica que de justificación conceptual” (Aguilar *et al.*, 2014). Con una regulación como la que se propone, se puede pretender favorecer al desarrollo del proceso—incluso equilibrar una serie de diferencias—, pero ¿se puede tener la certeza de que nuestros jueces la van a aplicar debidamente? La respuesta puede descansar en nuestras conciencias, pero si algo se puede expresar es que no hay forma de saber que el juez la aplicará responsablemente. En efecto, si la aplicara, ¿cómo evitar que se llegue a la arbitrariedad, dado el carácter poco confiable de la figura del juez? Son preguntas que aquí no se pueden responder. Lo único posible es hacer la advertencia de que una regulación tan irresponsable no puede ayudar a progresar a nuestra legislación procesal, y no hay seriedad en una reforma si antes no se ha evaluado la figura del juez en el proceso, que, dicho sea de paso, en nuestro país está muy desprestigiada.

Otra de las dudas que saltan a la vista es de qué modo se debe enfocar a las cargas dinámicas probatorias: si como una regla para la producción de la prueba o como una regla de juicio al momento de decidir la controversia, tal como lo es en determinados casos la carga de la prueba. Este problema ya ha sido advertido en la doctrina comparada (Aguilar *et al.*, 2014), y la interpretación más sesuda ha sido que de ningún modo puede aplicarse al momento de sentenciar; sin embargo, dada la poca profundización y debate existente en el Perú, los jueces podrían aplicarlas de manera incorrecta.

Para concluir, es preciso señalar que algunos códigos han rechazado esta posición, por ejemplo, el Código argentino, pero otros la han aceptado, como el Código Procesal colombiano últimamente. Esto es preocupante porque empodera al juez, le da facultades extraordinarias y termina violando los principios de juez tercero imparcial y la presunción de inocencia, pues estaríamos haciendo que el acusado deba probar su inocencia cuando esta debe presumirse de por sí. Esta carga dinámica acerca al autoritarismo judicial, se pierde el equilibrio y se pierde la justicia.

CONCLUSIONES

1. La teoría de las cargas probatorias dinámicas tiene sustento en el discurso del modelo procesal del publicismo, que entiende al juez como un sujeto procesal activo dentro del proceso, encargándole facultades y poderes probatorios, direccionales e incluso sancionatorios; y supone que la finalidad del proceso es la búsqueda de la verdad y la paz social, es decir, fines públicos estatales.
2. Este tema, además, proviene de la clásica regla del *onus probandi*, donde es encargado de probar aquel que afirma un hecho o lo contradice señalando otro. Esta es la carga de la prueba estática y es *a priori* hecha por el legislador. En

cambio, la carga probatoria dinámica es *a posteriori* y realizada por el juez, es una potestad probatoria que en el texto del Proyecto de Reforma del CPC ni siquiera está regulada adecuadamente.

3. La incorporación de las teorías de las cargas probatorias dinámicas pone en riesgo la imparcialidad del juez, puesto que tiene como base el equilibrio de las desigualdades materiales en el proceso, tarea que no le corresponde; vulnera, además, el principio de igualdad de las partes, el cual supone a las partes como iguales en derechos, obligaciones, cargas, etcétera, en el proceso, y afecta la presunción de inocencia, porque se le atribuye la carga de la prueba a un sujeto que no ha afirmado un hecho; es decir, se le pide que se demuestre una imputación que va en su contra.

REFERENCIAS

- Aguilar, G. H., Arango Fernández, E., Candamil Buriticá, V., Delgado Benavides, K., Rubiano-Groot Gómez, S., Torres Semanate, C., Vesga Rodríguez, M. P., y Villasmil Vergel, A. L. (2014). Imposturas intelectuales: la carga probatoria dinámica y su fuerza expansiva. *Univ. Estud. Bogotá*, 11, 233-263.
- Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Alvarado Velloso, A. (2014). Proceso y verdad. En Grupo de Investigaciones en Derecho (GRID), Universidad Pontificia Bolivariana, y Corporación Universitaria Lasallista (Eds.), *Derecho procesal: dilemas sobre la verdad en el proceso judicial* (pp. 117-132). Medellín: Universidad Pontificia Bolivariana.
- Ariano Deho, E. (2003). *Problemas del proceso civil*. Lima: Jurista Editores.
- Arruiz, S. G. (2016). Análisis económico de la prueba de oficio. *The Latin American and Iberian Journal of Law and Economics*, 2(5), 107-141. Recuperado de <http://lajle.alacde.org/journal/vol2/iss2/5>
- Bentham, J. (1847). *Tratado de las pruebas judiciales* (Trad. D. Bravo y Destouet). Madrid: Establecimiento Tipográfico de don Ramón Rodríguez de Rivera.
- Canelo Rabanal, R. (2017). *La prueba en el derecho procesal*. Lima: Editora Jurídica Grijley.
- Couture, E. J. (1958). *Fundamentos del derecho procesal civil* (3.ª ed., póstuma). Roque Depalma Editor.
- Devis Echandía, H. (2002). *Teoría general de la prueba judicial* (tomo I, 5.ª ed.). Bogotá: Editorial Temis.

- Díaz-Restrepo, J. C. (2016). La carga dinámica de la prueba como modalidad de carga probatoria aplicada en el ordenamiento jurídico colombiano. Vulneración a la igualdad constitucional. *Entramado*, 12(1), 202-221. <https://doi.org/10.18041/entramado.2016v12n1.23123>
- Grupo de Trabajo encargado de revisar y proponer mejoras al Código Procesal Civil. (2018). *Proyecto de Reforma del Código Procesal Civil. Exposición de motivos*. Lima: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Hunter Ampuero, I. (2011a). La iniciativa probatoria del juez y la igualdad de armas en el Proyecto de Código Procesal Civil. *Ius et Praxis*, 17(2), 53-76. <https://doi.org/10.4067/s0718-00122011000200004>
- Hunter Ampuero, I. (2011b). Rol y poderes del juez civil: una mirada desde la eficiencia del proceso. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte (Coquimbo)*, 18(2), 73-101. <https://doi.org/10.4067/s0718-97532011000200004>
- Luna Yerga, Á. (2003). Regulación de la carga de la prueba en la LEC. *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, 4, 1-18. Recuperado de <https://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/82890/107869>
- Micheli, G. A. (1989). *La carga de la prueba* (Trad. S. Sentís Melendo). Bogotá: Editorial Temis.
- Monroy Gálvez, J. (1996). *Introducción al proceso civil*. Bogotá: Editorial Temis.
- Montero Aroca, J. (2009). El proceso civil llamado "social" como instrumento de "justicia" autoritaria. En J. Montero Aroca (Coord.), *Proceso civil e ideología. Un prefacio, una sentencia, dos cartas, quince ensayos. Moción de Valencia y Declaración de Azul* (2.ª ed., pp. 130-166). Lima: Editorial San Marcos; Tirant lo Blanch.
- Nieva-Fenoll, J. (2018). La carga de la prueba: una reliquia histórica que debiera ser abolida. *Revista Ítalo-Española de Derecho Procesal*, 1, 1-17.
- Picó i Junoy, J. (2012). El derecho procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal planteado. *Cuestiones Jurídicas*, VI(1), 11-31.
- Ramírez Carvajal, D. M. (2008). *La prueba de oficio. Una perspectiva para el proceso dialógico civil* (tesis doctoral). Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia. Recuperado de https://bdigital.uexternado.edu.co/bitstream/001/656/1/GDA-spa-2008-La_prueba_de_oficio_una_perspectiva_para_el_proceso_dialogico_civil.pdf
- Rodríguez Domínguez, E. A. (2003). *Manual de derecho procesal civil* (5.ª ed.). Lima: Editora Jurídica Grijley.

Sandoval Cumbe, H. M. (2018). La carga dinámica de la prueba. Entre el desafío y la realidad. *Revista Jurídica Piélagus*, 17(2), 59-70. <https://doi.org/https://doi.org/10.25054/16576799.1925>

Taruffo, M. (2006). Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, LX(29), 249-271. <https://doi.org/10.14198/doxa2006.29.13>

LA VALORACIÓN PROBATORIA Y LA PRUEBA DE OFICIO COMO APROXIMACIÓN A LA GNOSEOLOGÍA INDUCTIVA EN EL PROCESO CIVIL

SERGIO ROBERTO SALAS VILLALOBOS*

Universidad de Lima, Lima, Perú

ssv@salasabogados.com.pe

Recibido: 18/2/2021 Aprobado: 25/2/2021

doi: <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2021.n052.5220>

RESUMEN. La prueba de oficio en el proceso civil responde a la necesidad de arribar a la máxima aproximación de certeza de las premisas planteadas por las partes. La aporta el juez cuando este advierte la ausencia de un medio de prueba que es necesario para resolver el conflicto, pero que las partes no han podido impulsar. Antes de ello, el juez debe realizar el ejercicio de extraer el conocimiento contenido en los medios probatorios que sí se han podido actuar y relacionarlos para adquirir un conocimiento único que implique la conclusión del proceso. Solo cuando no es posible extraer ese conocimiento único mediante la valoración conjunta de los medios de prueba, el juez impulsará la prueba de oficio. El presente trabajo desarrolla el pensamiento de Perfecto Andrés Ibáñez, jurista y juez español, quien trata este mecanismo de la prueba de oficio como una inducción al proceso, un conocimiento nuevo y necesario para arribar a una conclusión lógica, y lo denomina *gnoseología inductiva*. El propósito es, entonces, plantear una propuesta teórica de la prueba de oficio, al margen de su tratamiento jurisdiccional y doctrinariamente clásico.

PALABRAS CLAVE: valoración conjunta de los medios probatorios / verdad material / máxima aproximación de certeza / prueba vs. contraprueba / el contradictorio / etapas del proceso / inferencia / gnoseología inductiva

* Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Juez superior de la Corte Superior de Lima (1994-2008). Presidente de la Corte Superior de Lima (2001-2002). Catedrático de la Universidad de Lima en Derecho Procesal Civil y Derecho Judicial. Profesor en la Academia de la Magistratura y la Escuela Nacional de Control. Socio en Salas Abogados.

WEIGHTING OF EVIDENCE AND *PRUEBA DE OFICIO* AS AN APPROACH TO INDUCTIVE GNOSEOLOGY IN CIVIL PROCEEDINGS

ABSTRACT. The *prueba de oficio* in civil proceedings responds to the need for premises raised by the parties to arrive at the highest degree of certainty. The judge provides it when s/he notices the absence of a means of evidence that is necessary to resolve the dispute which the parties have not been able to put forward. However, prior to this, the judge must have extracted the knowledge from the means of evidence presented by the parties, and have related them to acquire a unique knowledge that results in the conclusion of the proceeding. Only when it is not possible to extract this unique knowledge through the joint assessment of the means of evidence, the judge will encourage the *prueba de oficio*. This paper applies the thinking of Perfecto Andrés Ibáñez, a Spanish jurist and judge, who treats the *prueba de oficio* as a way of inducing new and necessary knowledge in the proceeding to arrive at a logical conclusion which he calls “inductive gnoseology.” The purpose of this research is consequently to propose a theoretical approach to the *prueba de oficio*, apart from its jurisdictional and doctrinally classical treatment.

KEYWORDS: joint assessment of the means of evidence / material truth / maximum approximation of certainty / evidence vs. counterevidence / debate between the parties / stages of the proceedings / inference / inductive gnoseology

INTRODUCCIÓN

Uno de los aspectos trascendentales en la práctica procesal es la valoración probatoria. Sobre ello se centra la parte más activa del proceso, por cuanto implica no solo pericia en los agentes procesales sobre “cómo probar”, sino también con respecto a cómo ejercer esa práctica de conocimiento pleno respecto de los medios probatorios presentados en el proceso.

No olvidemos que uno de los principios probatorios más efectivos es el de comunidad de la prueba, mediante el cual los medios probatorios aportados no pertenecen en exclusiva a las partes, sino a los sujetos procesales que intervienen en el proceso civil. Así, rige la llamada regla *prueba vs. contraprueba* por la que el objetivo de la contienda procesal no solo es la defensa *per se*, sino el contragolpe, bien con las propias pruebas, o bien con las ofrecidas por el contrincante, de modo que estas le afecten en su contra.

Sin duda, esa práctica procesal no solo requiere de la pericia del operador procesal, sino también del *conocimiento* interno del medio probatorio que se va a requerir para *contragolpear*. De ahí que la práctica procesal aconseja conocer íntegramente no solo las propias pruebas, sino a su vez las del oponente, incluso más que él mismo. Se trata, pues, del empleo de dos componentes importantísimos en el *arte de probar*.

Pero ¿qué sucede cuando los medios aportados por las partes no le son suficientes al juez para realizar el ejercicio de *valoración conjunta* y poder encontrar la conexión de los medios probatorios aportados y actuados para la solución del caso? Cabe fijarse en que nuestra interrogante no se desarrolla sobre la idea aún usada de *generar convicción en el juez*, ya que el objeto del proceso dejó atrás la generación de convicción por su subjetividad relativa. El objeto del proceso es la solución del conflicto a través de una práctica científico-jurídico-procesal, en donde se relacionan la valoración de la prueba y el razonamiento sustantivo, por lo que el *criterio* del juez es sustituido por un máximo grado de aproximación de certeza.

Un conflicto no puede quedar en el limbo en el sentido de que al faltar un elemento sustancial de prueba el juez se abstiene de resolverlo. Al indicar *elemento sustancial*, nos referimos a la apariencia clara de la existencia de un medio de prueba que se encuentra en un estado de *apariencia oculta*, es decir que no ha podido ser propuesto por las partes, pero cuya existencia es percibida por el juez. Así, su tarea será el de deducirlo, encontrarlo y actuarlo.

La apariencia oculta del medio probatorio faltante no debe entenderse necesariamente como la intencionalidad de las partes de mantenerlo en dicho estado. Es factible que —por diversos factores— las partes no hayan sido capaces de encontrar ese elemento necesario para la solución del conflicto, por lo que no es propio suponer mala fe procesal. Esta, por su naturaleza, es evidente como consecuencia misma de su

práctica al interior del proceso, pero no puede establecerse cuando no existe la capacidad probatoria del proponente.

En tales supuestos, surge la figura de la prueba de oficio, la cual ha sido objeto del surgimiento de distintas corrientes dentro del derecho procesal. Tanto es así que el proyecto del nuevo Código Procesal Civil considera la idea de la carga dinámica de la prueba, con lo cual parecería acercarnos a una forma metateórica de valoración probatoria, más allá del poder de la actuación de las partes y el riesgo de omnipresencia del juez, con todo lo que ello implica.

HIPÓTESIS DE TRABAJO

El presente trabajo no busca desarrollar los efectos procesales de la aplicación de la carga dinámica de la prueba, lo cual puede confundirse con el aporte de la prueba de oficio. El objetivo planteado es que, sobre la base de determinadas reflexiones, proponemos una base teórica que justifique suficientemente la actividad de impulso probatorio por parte del juez en el proceso civil, primordialmente.

La base sobre la cual parte este trabajo es la necesidad de plantear que, en el proceso civil, por su propia naturaleza, se ventilan conflictos jurídicos de distinta índole, a diferencia de la justicia penal o de cualquier otra especialidad, en donde la finalidad de los procesos es la búsqueda de la verdad material. Esa variedad de características de los procesos civiles gira en torno a la instrumentalización, es decir, en una secuencia de actos jurídicos plasmados en declaración de voluntad y dentro de negocios jurídicos complejos. Ello hace precisamente que los sujetos involucrados en aquellos actúen en el convencimiento de que el derecho les asiste, por lo que la finalidad de los procesos civiles de estas características será determinar cuál de los sujetos involucrados en el conflicto procedió conforme a derecho.

Desde esa perspectiva, la búsqueda de la verdad material como objeto del proceso se torna imprecisa. En consecuencia, la prueba resultante será aquella que recabe la mayor y mejor información sobre la forma como los sujetos procedieron durante el negocio jurídico que derivó en conflicto. Para tal efecto, se parte de un trabajo elaborado por un experimentado juez español en torno al carácter científico de la valoración probatoria para el debido razonamiento jurídico del juez, y que comprende también a la prueba de oficio.

El propósito de este trabajo es, a través del análisis del pensamiento de Perfecto Andrés Ibáñez, proponer una justificación teórica de la incorporación al interior del proceso de los elementos necesarios para la comprobación de las premisas que sustenten la pretensión. Solo justificando la razonabilidad de la incorporación de la prueba de oficio, se podrá establecer su validez.

Por lo tanto, este trabajo no contiene el tratamiento de las características formales y materiales de la prueba de oficio desarrolladas por la doctrina o la jurisprudencia, ni la norma procesal, ya que de ello se ha escrito abundantemente, tal como se puede extraer del X Pleno Casatorio Civil de la Corte Suprema de Justicia de la República. La propuesta radica, en todo caso, en presentar una justificación teórica que conlleve una fuerte dosis de razonamiento judicial que refuerce el uso de la prueba de oficio en el proceso civil.

EL PENSAMIENTO DE PERFECTO ANDRÉS IBÁÑEZ COMO BASE DE TRABAJO

A raíz de dos lecturas que hoy pueden considerarse clásicas en cuanto al deber de motivación y razonamiento de las resoluciones judiciales, surge un singular interés por relacionar el pensamiento del exjuez español Perfecto Andrés Ibáñez con la realidad más próxima posible en la práctica del derecho procesal. Ello, en cuanto a la valoración probatoria y la labor de encontrar la solución del conflicto jurídico alcanzando la certeza de los hechos invocados por las partes, y sin necesidad de tener que agotar vanos esfuerzos para buscar la realidad absoluta y total, que, a la postre, es de casi imposible realización en la práctica procesal.

Esas lecturas de Perfecto Andrés Ibáñez sobre las cuales intentaremos hacer una aproximación al presente trabajo son "Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal" (1992) y "'Carpintería' de la sentencia penal (en materia de 'hechos')" (1998). El primer ensayo fue publicado en *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 12, y el segundo en la *Revista del Poder Judicial*, 49, así como en *Guía de trabajo para los textos de apoyo del curso "Valoración de la prueba en el proceso penal"* de la Escuela de Capacitación Judicial. Ambos textos son auténticos precursores de la corriente que hoy sostiene el razonamiento jurídico como componente del deber constitucional de motivación de las resoluciones judiciales.

Aun cuando no es propósito de este trabajo ahondar en el contenido integral de dichas obras, sí es conveniente hacer una reseña breve de sus alcances para relacionarlas con la aproximación que intentamos hacer. Previamente, también es necesario precisar que la singularidad de ambos textos a la materia *penal* debe tenerse solo como referencia debido a la especialidad del exmagistrado, ya que todo lo desarrollado en ellas es común a la disciplina del razonamiento jurídico en la práctica judicial para la motivación de sus resoluciones y sentencias. Sin embargo, un aspecto que sí es necesario distinguir es que en el proceso civil, a diferencia del penal, el objetivo final de la prueba varía entre la *verdad jurídica* y la *certeza*, por cuanto, dadas las características de los conflictos civiles, la variada casuística fluye entre lo verdadero y lo cierto.

El primer texto ("Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal") es un extenso trabajo de la filosofía del derecho relacionada con el juego de las premisas para determinar su validez a través de las prácticas deductivas e inductivas. El segundo

texto podría considerarse como un apéndice del primero, no solo por su brevedad, sino por su complementariedad, al agregar algunas fórmulas sencillas de la práctica judicial para hacer más entendibles el esquema y la estructura del pensamiento del juez plasmado en una sentencia. Reiteramos que la singularidad de la especialidad *penal* solo se entiende por la especialidad del autor, ya que todos los componentes considerados en la integridad de los textos se advierten comunes en todas las demás ramas jurídicas sobre las cuales se desarrolla el derecho procesal, pero con la precisión indicada en párrafos anteriores.

Los nexos que unen el desarrollo integral de ambos textos con el presente trabajo se pueden encontrar en la redacción de los siguientes pensamientos:

Ese paso lo ha dado recientemente Ferrajoli. Este autor comparte el ya aludido clásico punto de vista de que el juez tiene que vérselas con una forma particular de verdad histórica, puesto que no está a su alcance la observación directa de las conductas objeto de enjuiciamiento. Pero, señala, la investigación judicial “no consiste solo en la recogida de datos y piezas de convicción, sino sobre todo en experimentar y producir nuevas fuentes de prueba”, de manera que “lo que el juez experimenta no son los hechos delictivos objeto del juicio, sino sus pruebas”. Ello, es decir, el intento de determinación de los hechos “probados” del pasado, a través del análisis de hechos “probatorios” del presente, confiere a la actividad las características de la inferencia inductiva. (Andrés Ibáñez, 1992, p. 273)

“La inducción parte de una hipótesis que parece sugestiva sin tener al inicio algún hecho en particular a la vista, aunque se tenga la sensación de la necesidad de hechos para sostener una teoría. La abducción busca una teoría. La inducción busca hechos. En la abducción la consideración de los hechos sugiere la hipótesis. En la inducción el estudio de la hipótesis sugiere los experimentos que hacen la luz sobre los hechos auténticos a los que la hipótesis se refiere”. De esta cita de Peirce puede extraerse una conclusión elemental, que en ningún caso sería polémica: cualquiera que fuera la relación que llegue a establecerse entre inducción y abducción, ambas serían siempre formas de inferencia ajenas al modelo deductivo, es decir, sintéticas, cuyo resultado es innovador con respecto al contenido de las premisas y, por eso, siempre arriesgado. (Andrés Ibáñez, 1992, p. 276)

Por otro lado, el proceso de adquisición de conocimiento sobre acciones de personas concretas que se desarrolla en el marco de procedimiento criminal responde al paradigma de la contradicción. O lo que es lo mismo, se realiza a través de una actividad controversial y dialógica, que los sujetos implicados en ella protagonizan, y ante un observador imparcial que es el que tiene que decidirla. (Andrés Ibáñez, 1998, p. 121)

[...] la pena¹ tiene que haber sido precedida de una actividad de carácter cognoscitivo, de un estándar de calidad tal que permita tener como efectivamente producido

1 Para los efectos de este trabajo, léase: “el fallo”.

en la realidad lo que se afirma como tal en los hechos que se dicen probados. (Andrés Ibáñez, 1998, p. 121)

Ese dato nuclear del diseño constitucional del juez y la jurisdicción se proyecta sobre la sentencia bajo la forma de una exigencia. Esta es que la dimensión de potestad de la decisión que contiene debe contar con la autoridad que solo puede darle la evidencia de tener como antecedente y fundamento una actividad de adquisición y valoración de los datos relevantes inspirada en criterios de racionalidad gnoseológica. (Andrés Ibáñez, 1998, p. 122)

Esta inflexión, no irrelevante, en el sentido y el destino del acto, no puede dejar de producir consecuencias en la propia morfología de este. En efecto, si tiene que explicarse —que es autoexplicarse— incluso para quienes no están en el conocimiento de que gozan los directamente implicados en el proceso, deberá incorporar los datos que sean precisos para que pueda ser así. (Andrés Ibáñez, 1998, p. 122)

[...] la actividad probatoria se desarrolla a través de afirmaciones relativas a ellos (hechos), que se presentan en el acto de juicio de forma contradictoria, todas, siempre con la pretensión de ser tenidas por verdaderas y excluyentes. (Andrés Ibáñez, 1998, p. 124)

[...] el objeto del proceso, tiene una consistente dimensión subjetiva, presente en la transmisión, en la recepción y, en general, en todo el curso de la elaboración de los datos. Dimensión de la que debe ser consciente el que juzga, para que su actuación esté presidida por una fuerte tensión a la objetividad. (Andrés Ibáñez, 1998, p. 125)

Para lo que aquí interesa, basta señalar que alcanzar el nivel ideal de rigor en la formulación de los enunciados que en la sentencia judicial constituyen los hechos probados. (Andrés Ibáñez, 1998, p. 128, nota a pie de página 25)

[...] la fase probatoria está siempre animada por esa tensión dialéctica entre lo particular y lo general. Y la valoración de la prueba como tal debe entenderse como la integración o mediación racional y consciente de ambos momentos. La valoración de la prueba solo puede ser, pues, valoración del rendimiento de cada medio de prueba en particular y del conjunto de estos. (Andrés Ibáñez, 1998, p. 135)

[...] en el tránsito de una proposición singular en materia de hechos a otra del mismo género hay un salto lógico que no puede evitarse por la mediación de ley alguna. Se trata de un rasgo propio de la gnoseología inductiva, presente en el *modus operandi* de adquisición del conocimiento judicial en el proceso. [...] el acceso al conocimiento de este solo cabe mediante previa toma de conocimiento de otros datos que así mismo han de ser previamente probados. Es decir, a través de una cadena de inferencias. (Andrés Ibáñez, 1998, pp. 136-137)

Es importante destacar cómo el autor plasma todo su pensamiento en la aplicación de los complejos e intrincados factores variables de la lógica. Sin embargo, no siendo este un trabajo de lógica jurídica, sino de su aplicación y efectos en la práctica procesal, extraemos algunos elementos de análisis para proceder a su conexión con el propósito planteado, esto es, establecer: (i) cuál es la finalidad del proceso como consecuencia del

contradictorio; (ii) cómo se produce la valoración conjunta de los medios probatorios, y (iii) la justificación —si ello es posible— de la actuación de la prueba de oficio; la gnoseología inductiva.

LA FINALIDAD DEL PROCESO COMO CONSECUENCIA DEL CONTRADICTORIO. LA VERDAD MATERIAL O LA MÁXIMA APROXIMACIÓN DE CERTEZA

En un proceso civil, se confrontan pretensiones y contrapretensiones. El conflicto intersubjetivo de intereses llevado al proceso para su solución jurisdiccional implica que esa confrontación de posiciones sustantivas propicie un amplio debate en un escenario judicial, en el cual las reglas preestablecidas determinan la forma en que los medios probatorios que sustenten las posiciones de las partes deben desarrollarse.

El contradictorio en el proceso civil

El proceso civil se rige, entre otros principios, por el de bilateralidad. Couture (1993, p. 183) precisa que, salvo situaciones excepcionales establecidas en la ley, toda petición o pretensión formulada por una de las partes en el proceso debe ser comunicada a la parte contraria para que esta pueda prestar a ella su consentimiento o formular su oposición.

Dado el conflicto intersubjetivo de intereses, la confrontación de posiciones llevada a la jurisdicción para su solución genera un lógico enfrentamiento de hechos y argumentos. Las partes acceden a la tutela procesal convencidas de que su posición es la correcta y, por tanto, exponen cada una su versión de los hechos, como mejor lo entienden.

El acceso a la tutela procesal solo se otorga cuando el juez, al calificar la demanda, encuentra fundamentalmente la existencia de una relación material y una apariencia de afectación de derechos que debe proteger o conceder. Ello se trasluce con el interés para obrar en su dimensión material, la cual precisamente deja ver que el conflicto posee base jurídica relevante. No cualquier pretensión desprovista de contenido jurídico de relevancia merece el acceso a la tutela procesal.

En consecuencia, ante tal exigencia de forma, desde la postulación del proceso el juez se enfrenta a posiciones claramente adversas, pero, sobre todo, entendiendo que las partes no claudicarán en ceder sus posiciones, salvo, claro, en las posibles formas especiales de conclusión de aquel. En ese escenario, la confrontación de sus posiciones al interior del proceso y a todo lo largo de él será, por tanto, tenaz.

Amato (2000) indica que como cada cual “tiene derecho a su propia visión de las cosas [...] sabe desde el principio que esta visión será puesta en duda [...]”, de donde “la relacionalidad impone el riesgo de la relatividad y la relatividad garantiza la permanente apertura del intercambio relacional” (p. 185). Calamandrei (1973) precisa que el principio de contradicción debe ser siempre admitido a hacer valer ante el juez todas las razones

de derecho y de hecho que puedan servir para demostrar la falta de fundamento del reclamo de la parte contraria. De modo que el impulso y la colaboración en la jurisdicción le llegan al órgano judicial desde dos partes; el juez no debe decir en virtud de una sola propuesta de providencia, sino que debe escoger entre dos propuestas, por lo general, antitéticas (pp. 238-239).

El contradictorio se presenta en situaciones normalmente comunes, a lo largo de todo el proceso. Salvo las formas especiales de conclusión, es la decisión judicial la que determinará cuál de las posiciones en controversia es la que más se ajusta a una solución en derecho. Aun así, al llegar al momento de la cosa juzgada como calidad, esta puede seguir siendo cuestionada hasta que, en todo caso, llegue al estado de autoridad y sea ejecutada irremediabilmente.

El objeto principal del contradictorio se inicia con la postulación de las pretensiones de las partes. Cada etapa procesal experimenta un contradictorio específico conforme va evolucionando el proceso. No es una actividad fija y permanente. Se va desarrollando a través de un proceso dialéctico de argumentos. Por ello, es preciso asumir el real sentido de las etapas procesales.

Las etapas del proceso

La etapa probatoria no es la más importante del proceso. Todas las etapas procesales tienen el mismo grado de importancia.

La etapa postulatoria se caracteriza por que implica el inicio del debate procesal. Atendiendo a cómo se plantean las posiciones iniciales de la acción y contradicción, es el mejor momento para establecer las bases de una estrategia procesal que tenga por finalidad el éxito, que se traduce en una sentencia favorable que reconozca el derecho pretendido. Por tanto, una demanda imprecisa o la omisión de aportar un medio probatorio necesario para fortalecer su posición genera una clara desventaja en la posición del actor. Igual sucede con la contestación de la demanda: una mala defensa inicial es difícil de revertir posteriormente, aun cuando se tenga la razón aparente.

Monroy Gálvez (1992) precisa que es aquella en la que los contendientes presentan al órgano jurisdiccional los temas que van a ser materia de argumentación, prueba y persuasión durante el proceso, sea porque se quiere el amparo de la pretensión o porque se busca su rechazo a través de la defensa (p. 33). En esta etapa, no solo se fijarán inicialmente las pretensiones bajo el planteamiento de premisas, sino que lo importante es que el juez fijará la controversia de manera precisa. Si el proceso no es adecuadamente postulado, o si las pretensiones se desvían por error en la propuesta de las premisas, no cumplirá su finalidad debida.

La etapa decisoria a través de la sentencia implica la conclusión de la primera parte del proceso, cuando este es objeto de recursos impugnatorios. Por tanto, la solución del

conflicto mediante una sentencia debidamente motivada es la muestra de la garantía que deviene del correcto razonamiento judicial y de la argumentación desarrollada a través de la valoración de los medios probatorios, y la aplicación exacta del derecho contenido.

La motivación de las resoluciones judiciales ha llegado a la jerarquía de derecho constitucional, no solo por estar normada en el inciso 5) del artículo 139 de la Constitución, sino porque es derecho de todo ciudadano recibir una decisión judicial sobre la base del razonamiento argumentado, y es obligación de todo juez cumplirla.

La etapa revisora, mediante la apelación de la sentencia, habilita la segunda parte del proceso (el segundo tiempo). En esta etapa, el contradictorio sigue vigente y, por tanto, la actividad probatoria continuará abierta si es que se dan las condiciones normativas para ello. Además, posibilita corregir los posibles errores que puedan estar contenidos en la sentencia.

La etapa de casación es una de carácter extraordinario, porque no es propiamente una instancia. El contradictorio culmina en la segunda parte (segunda instancia) y la etapa de casación solo se habilita cuando los presupuestos de infracción normativa contengan una clara precisión e identificación.

Dejamos la etapa probatoria al final de este esquema, por cuanto se relaciona con el presente trabajo. En apariencia, algún sector puede considerar que es la parte más importante del proceso, porque en ella se actúan los medios probatorios y, dependiendo de la forma en que se haga, puede ganarse el caso. Sin embargo, teniendo el mismo grado de importancia de las otras etapas del proceso, no obstante, es la *más activa*. Es decir, es el momento en que el contradictorio se desarrolla con mayor intensidad a través de la actuación de los medios probatorios.

El objeto de la prueba. ¿La verdad o la máxima aproximación de certeza?

Pero ¿cuál es, entonces, la finalidad de probar?

En la misma línea de Andrés Ibáñez, Ferrajoli y otros autores, consideramos que el juez se enfrenta a una realidad histórica que debe descubrir. Esa realidad histórica tiene dos versiones, una por cada parte del proceso. Por tanto, el juez no accede directamente a los hechos, sino a proposiciones relativas a los hechos.

Es aquí donde aparece el primer elemento que percuta la actividad probatoria: las premisas. Las premisas son proposiciones que se afirman; pueden ser verdaderas o falsas y permiten determinar una conclusión. Pero, en el ámbito procesal, no cualquier premisa es válida para someterla a comprobación a través de los medios probatorios. Solo serán sometidas a la actividad de probar aquellas que han pasado el filtro de calificación como puntos controvertidos.

Así pues, la relación que existe entre las premisas que forman parte de las pretensiones y contrapretensiones, y los medios de prueba es la fijación de los puntos controvertidos. Ya en trabajos anteriores hemos desarrollado la necesidad de que el juez fije del mejor modo los puntos controvertidos. Ello obedece fundamentalmente a la necesidad de encontrar la mejor fórmula para identificar el caso concreto (Salas Villalobos, 2014).

Como se ha mencionado en el segundo acápite, el proceso penal y el proceso civil se distinguen fundamentalmente por las características de ambas especialidades. Mientras que en el derecho penal el objeto central del proceso es la determinación de la comisión de una conducta considerada como ilícita, debidamente tipificada, en el proceso civil se debaten intereses intersubjetivos opuestos; es decir, trata sobre conflictos entre dos sujetos de derecho por la relación jurídica que los une. Al fenómeno de coexistencia de una pretensión y de una resistencia acerca de un mismo bien en el plano de la realidad social, Alvarado Velloso (2016) lo denomina *conflicto intersubjetivo de intereses*.

En el proceso penal, por ende, la finalidad se acerca más a determinar la verdad material en cuanto a la realidad de los hechos que tipifican las conductas penales. En el proceso civil, en cambio, se contraponen dos historias de los hechos. Esta contraposición no es necesariamente intencional, sino que, por las características de las distintas modalidades de las relaciones jurídicas entre los sujetos —las cuales, a diferencia del derecho penal, no están tipificadas—, estos interpretan los hechos de distinta forma, de manera que esa “forma” de *ver distintos* los hechos hace que se produzca el conflicto.

Esta singular característica del proceso civil nos lleva a repasar lo propuesto por Taruffo (2013) respecto de la verdad dentro del proceso. El recientemente desaparecido tratadista italiano refiere que, en el mundo procesal, se trata la distinción de la verdad absoluta y la verdad relativa. Para el eminente jurista, no es correcto afirmar que la verdad no existe en el proceso, a pesar de que, dentro de este, hay límites que impiden su detección. Por eso, asigna el nombre de *verifobia* a quienes consideran que la verdad absoluta por ser demostrada es un imposible real y que concluyen, por lo tanto, que en el proceso no se puede descubrir ninguna verdad absoluta.

Así, refiere el maestro, que en el modelo adversarial la única y exclusiva finalidad es resolver la controversia a través de la victoria de uno de los contendientes, y el contenido de la decisión que cierra el proceso es solo aquel que registra la victoria de una parte y la derrota de otra. A su entender, este modelo no está estructuralmente orientado hacia la determinación de la verdad (Taruffo, 2013, p. 242).

Cita también al modelo ritual, al que define como una suerte de espectáculo teatral, en donde la decisión final queda legitimada por el procedimiento, no por lo que dice. En ese aspecto, la verdad que deriva de la determinación de los hechos es irrelevante.

Precisa, entonces, que existen distintos tipos de verdad que se pueden presentar, de acuerdo con los tipos de procesos. Entendemos que ello es así, en cuanto será la casuística la que, finalmente, determine esos tipos de procesos en los que la verdad pueda concurrir. Por ejemplo, en los procesos de ejecución, el estado de mora es sin duda una verdad; o, en los procesos de declaración de paternidad, la prueba científica del ADN establecerá la verdad absoluta respecto de la filiación paterna.

Taruffo (2013) concluye que, desde el punto de vista procesal, la norma viene correctamente aplicada en el caso concreto, *sí y solo sí* se ha determinado la verdad de una proposición (o un conjunto de proposiciones) que describe el hecho. En otras palabras, la determinación de la verdad del hecho se califica como jurídicamente relevante según la norma que viene aplicada. Así pues, ninguna norma es aplicada correctamente si los hechos a los cuales se refiere han sido determinados de manera errónea o falsa.

Nuestra postura apunta a aquellos casos en los que ambas partes sostienen sus premisas como verdaderas, y en las que el nivel de definición del conflicto es incierto. Es en estos casos en los que sostenemos que la verdad como ideal del proceso es una meta ambigua.

Ese fin de descubrir la verdad absoluta constituye el ideal al que las partes del proceso quieren llegar, y el juez apreciará quién lo hará. Pero, como se ha referido, las características del proceso civil hacen que esa finalidad sea prácticamente imposible e irrealizable, por lo cual, en todo caso, el juez verificará cuál de las dos partes, a través de la actuación de los medios probatorios, se aproximó lo más cerca posible a la meta, al ideal. Esta es la “máxima aproximación de certeza”.

Delgado Suárez (s. f.) indica que lo verosímil es lo más próximo a la representación de una realidad percibida. Además, dado que el juez, de acuerdo con Comanducci, no es un historiador para buscar lo que realmente ocurrió —con cargo a jamás encontrar tal verdad—, el ámbito de actuación probatoria recaerá en lo que con mayor probabilidad haya ocurrido según lo probado.

Desde una posición pragmática, nos adherimos a esta tendencia. El proceso implica el consumo de energías en cada actuación procesal, por lo que no es propio para la misma salud del proceso agotar más energías que las debidas en algo que puede ser imposible de alcanzar. Una buena estrategia procesal ayuda a eso.

Por lo tanto, y como lo refiere Taruffo (2013), existen distintos tipos de verdad que concurren al proceso, pero, en aquellos casos en los que el conflicto se aprecia especialmente complejo y debatible, no está de más alcanzar el máximo grado de aproximación de certeza, no para descubrir la verdad, sino para darle al conflicto una solución adecuada, justa.

La hipótesis de los casos

Siguiendo con nuestro análisis del pensamiento de Perfecto Andrés Ibáñez, la forma de contraponer las premisas de las partes es a través de la postulación de sus hipótesis. Esto es, planteando objetivamente las premisas de sus pretensiones y desarrollando la actuación de sus medios probatorios para la comprobación de aquellas. El resultado final implica que solo una de las hipótesis será verdadera, en términos de lógica procesal, ya que, como hemos referido, el objetivo es lograr la máxima aproximación de certeza.

Una hipótesis es la suposición de algo que podría ser posible o no. Es una idea o supuesto a partir del cual surge la pregunta del porqué de una cosa, sea un fenómeno, un hecho o un proceso. Como tal, la hipótesis permite dar inicio al proceso de razonamiento mediante el cual se accede a determinados conocimientos. Rabbi-Baldi Cabanillas destaca la opinión de Amato (2000), quien ha escrito que “toda la experiencia procesal se justifica en virtud de una hipótesis que hay que demostrar” en el contexto de un encuentro entre partes guiadas por un tercero imparcial.

El elemento principal de la hipótesis es la identificación de sus premisas, aquellas que se quieren demostrar como verdaderas. Las premisas son señales, indicios o especies por donde se infiere una cosa, o se viene en conocimiento de ella. Constituyen la base, supuesto o punto de partida para un razonamiento (Ausín y Peña, 2011).

Las premisas son las afirmaciones que apoyan o sustentan la conclusión, pero habrá que determinar cuál es el nexo que permite esa relación de consecuencia y cuán fuerte es dicha conexión (Ausín y Peña, 2011). Tales nexos de conexión son las pruebas que sustentan el valor de la premisa y que, finalmente, llevarán a una conclusión que se quería demostrar. Dado que un teorema comienza siempre con una proposición que posteriormente hay que demostrar, al final se demuestra ciertamente aquello de lo que se partió.

Dentro de la lógica, esa conclusión o demostración de la hipótesis se tiene por verdadera, con lo cual se define el conflicto. Es precisamente lo que Taruffo (2013) define como la verdad procesal referida anteriormente, esto es, “la norma viene correctamente aplicada en el caso concreto, sí y solo sí se ha determinado la verdad de una proposición (o un conjunto de proposiciones) que describe el hecho” (p. 243).

Pero, en el terreno de los hechos inciertos y controvertidos, y sobre los cuales se han activado los medios probatorios, esa conclusión es cierta. Reiteramos: la certeza a la que se arribó es la fórmula ideal de solución de un conflicto civil que se caracteriza por su notoria incertidumbre. Al menos, en estos tipos de procesos.

LA VALORACIÓN DE LOS MEDIOS PROBATORIOS

La evolución del derecho procesal bajo el imperio del sistema publicístico ha implicado no solo la transformación del proceso, sino la precisión de los roles que les compete a los sujetos procesales y a la actuación de los medios probatorios para la demostración de sus premisas.

En el derecho procesal moderno, ya no podemos hablar de la concurrencia de varias pruebas para demostrar un hecho. En una concepción más amplia, la prueba es el resultado final de la apreciación de otros elementos que concurren de manera conjunta. Devis Echandía (2000) define la prueba “como el conjunto de motivos o razones, que de los medios aportados se deducen y que nos suministran el conocimiento de los hechos, para los fines del proceso” (pp. 20-21). Por tanto, esos medios aportados a los que se refiere Devis Echandía (2000) son reconocidos como los *medios probatorios* propiamente dichos, de los cuales se debe extraer un conocimiento determinado para proceder a la llamada *valoración conjunta*.

Los medios probatorios del sistema privatístico

La vieja clasificación del valor de los medios probatorios —que distingue prueba plena, prueba privilegiada y prueba simple— no solo ha quedado en desuso, sino que, para los efectos del proceso, y para garantizar un proceso justo, todos los medios probatorios quedan homologados. De esta manera, parten de valores individuales e incidirán en la conclusión dependiendo del “conocimiento” que cada uno posea y sea posible vincularlo con los demás.

En el antiguo sistema procesal, el objeto del proceso era alcanzar la “verdad legal”, es decir, aquella que fluía de la ley procesal. Con tal fin, la ley establecía el valor que los medios probatorios poseían, y así era usual que quien sumaba mayor puntaje por este valor legal ganase el caso. La verdad estaba en la ley.

Bajo el imperio de la prueba tasada en la ley, la llamada *prueba plena* era aquella que por su solo mérito poseía tal valor que *per se* era suficiente para generar “convicción” en el juez para resolver el caso. “A confesión de parte, relevo de prueba”, rezaba el viejo adagio. Sin embargo, hay que distinguir la casuística civil, en la que, en determinados casos, concurre la prueba científica que, por su solo mérito, puede acreditar un hecho; los casos de filiación con ADN son un claro ejemplo. Pero solo en esos casos la prueba plena puede considerarse como válida. Necesita, por ende, el refuerzo del saber científico para adquirir esa categoría excepcional. No obstante, en los procesos civiles eminentemente contradictorios, en los que se contraponen dos hipótesis que pretenden ser fuertes, queda prácticamente descartada la valoración plena de un solo medio probatorio.

La llamada *confesión* dejó de ser una prueba plena para convertirse en declaración de parte, y esto, precisamente, porque dejó de tener un valor pleno. La fórmula legal del Código de Procedimientos Civiles para otorgar este valor extraordinario a la confesión era “La confesión surte efectos contra quien la presta”. De esta manera, en un pliego interrogatorio bajo la absolución de posiciones sobre el fondo de la controversia, como “Diga cómo es verdad que...”, quien respondía “sí es verdad” tenía pocas posibilidades de ganar el caso.

Otra clasificación tradicional era la prueba privilegiada. Era la que, sin llegar a la categoría de ser plena, no obstante, poseía un grado de valor alto, el cual difícilmente se podía cuestionar. Dentro de esta categoría encontramos los antes llamados *instrumentos públicos*, es decir, todo documento expedido por la autoridad administrativa o funcionario público en ejercicio de sus funciones. Respecto de la veracidad de los documentos públicos, ella se regía por un principio de verdad material, que solo podía ser cuestionado mediante una declaración judicial de falsedad. La diferencia respecto de la tacha de los documentos de nuestro actual sistema judicial es la misma que entonces.

Otra prueba en este rubro era la inspección ocular, hoy llamada *inspección judicial*. Era la prueba del juez, y, por tanto, era imposible restar apreciación valorativa a la prueba del juez.

La pericia practicada por expertos en ciencias o artes en las cuales los profesionales en el derecho carecían —y carecen— de mayores conocimientos era, igualmente, una prueba de importancia mayúscula. El cuestionamiento al contenido técnico de una pericia era prácticamente una labor imposible. En este aspecto, es relevante la diferencia con el sistema procesal penal, en el que un dictamen pericial es sometido a un “debate pericial”, donde el perito de parte puede, en efecto, debatir con el oficial. Auténtica diferencia del sistema procesal civil, en el que se exigía una simple “ratificación”.

Por último, las pruebas simples eran las que menor valor poseían. En esta categoría estaban los documentos privados y las declaraciones testimoniales. Eran solo referenciales. Los primeros, para que puedan tener algún grado de valor, previamente debían ser reconocidos en contenido y firma. Si solo se reconocía la firma, mas no el contenido, era indudable que el documento carecería de valor probatorio. En cuanto a los testigos, estos mantenían igualmente una referencia relativa, ya que, en todo caso, su declaración quedaba a cargo del juez bajo el estándar de las reglas de la “sana crítica”.

Los medios probatorios en el sistema publicístico

La clasificación de los medios probatorios según su valor, como se ha referido anteriormente, ha quedado en desuso. Todos los medios probatorios ahora parten de un mismo valor inicial —digamos, de un valor “cero”— y será en el transcurso del contradictorio,

a través de la oralidad en la etapa probatoria, cuando comenzarán a adquirir mayor o menor valor.

La graduación de prueba plena, privilegiada y simple queda, entonces, descartada, aun cuando algún sector la sigue considerando importante. Sobre este punto, y apartándonos de un pensamiento absolutista, en todo caso, se aprecia la concurrencia de la prueba relevante, es decir, aquella que por su contenido es de un valor trascendentalmente fundamental. Este tipo de pruebas hará más fácil la labor de la valoración conjunta con los demás medios probatorios concurrentes.

La diferencia de la prueba confesional con la declarativa de parte varía sustancialmente en su formalidad y contenido. A la vieja práctica de la absolución de posiciones a través de un pliego interrogatorio, se incorpora la técnica del interrogatorio libre. Existen muchas formas de practicar esta técnica, pero todas ellas se orientan hacia un mismo objetivo: la contradicción del declarante.

En este punto, sin duda la oralidad se convierte en un mecanismo procesal trascendental. No solo el intercambio entre el emisor y el receptor, sino el lenguaje gestual. Ahora bien, indudablemente que quien declara con la verdad de los hechos difícilmente podrá entrar en contradicción manifiesta. Sin duda, la prueba declarativa de parte dejó de ser prueba plena. El mismo criterio se aplica a la declaración testimonial.

En cuanto a la prueba privilegiada, esta ha experimentado una suerte de “fusión” con la prueba simple. La antes llamada *prueba instrumental* se rige en la actualidad por la formalidad de la prueba documental, de modo que todos los “documentos”, sean públicos o privados, poseen el mismo valor, bajo el principio también de la verdad material. De este modo, solo pierden su valor natural si son efectivamente detectados como falsos a través del remedio procesal de la tacha. De este modo, el reconocimiento de un documento o su carácter público no incidirá en el valor que emane del documento.

Un aporte sustancial en este punto es la definición de lo que se considera documento. La fórmula normativa del artículo 234 del Código Procesal Civil otorga calidad de tal a

los escritos públicos o privados, los impresos, fotocopias, facsímil o fax, planos, cuadros, dibujos, fotografías, radiografías, cintas cinematográficas, microformas tanto en la modalidad de microfilm como en la modalidad de soportes informáticos, y otras reproducciones de audio o video, la telemática en general y demás objetos que recojan, contengan o representen algún hecho, o una actividad humana o su resultado.

Los medios informáticos de audio y video referidos no eran considerados propiamente como prueba en el sistema privatístico. En todo caso, eran referenciales, pues estaban sujetos a un análisis técnico de autenticidad.

Con la variación en el sistema publicístico, estos medios deben ser comparados con los otros medios aportados para establecer una correlación de razonable información que acredite la certeza de los hechos. Si bien la evolución tecnológica incide en la naturaleza de estos medios audiovisuales, no obstante, por no tener un valor absoluto, el contenido de su información relevante, al ser comparado con el resto del material probatorio, conducirá a la determinación de lo cierto. No se requerirá, pues, necesariamente un análisis técnico de autenticidad, salvo que el caso concreto lo requiera.

La prueba pericial ha dejado de ser una prueba incontrovertible para ser sujeta a demostración cierta por parte del perito. La ratificación de sus conclusiones técnicas o científicas no será suficiente para graduar el valor. La jurisprudencia nacional, mediante el IX Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria, Acuerdo Plenario N.º 04-2015/CIJ-116, que recoge la posición de la doctrina (Miranda Estrampes, 2012, pp. 142-143), ha establecido ciertos parámetros de contenido de la prueba pericial:

- a. La controlabilidad y falsabilidad de la teoría científica, o de la técnica en que se fundamenta la prueba, lo que implica que la teoría haya sido probada de forma empírica, no solo dentro de un laboratorio.
- b. El porcentaje de error conocido o potencial, así como el cumplimiento de los estándares correspondientes a la prueba empleada.
- c. La publicación en revistas sometidas al control de otros expertos de la teoría o la técnica en cuestión, lo que permite su control y revisión por otros expertos.
- d. La existencia de un consenso general de la comunidad científica interesada.

Es, pues, tarea de la parte contraria valerse de la asesoría técnica o científica especializada, no solo para verificar el contenido de tales parámetros, sino para contradecir las conclusiones contrarias que se van a debatir.

Por último, en cuanto a la prueba de la inspección judicial, esta, a pesar de ser actuada por el juez, dejó de ser su prueba, y también *debe* ser sometida al contradictorio, en virtud del principio de comunidad o adquisición. Por este principio, la prueba deja de pertenecer a quien la aporta y pertenece al proceso mismo, de manera que cualquiera de los sujetos procesales podrá hacer uso de ella a través del ejercicio del contradictorio.

El hecho de que sea el juez el que practique directamente una inspección judicial, *per se*, no le da un mayor valor que los demás medios de prueba. Además de poder estar sujeto al contradictorio, este medio probatorio debe ser pulcramente actuado por el juez. Existen ciertos parámetros mínimos indispensables para que una inspección judicial pueda producir conocimientos suficientes para ser valorada.

Estos parámetros pueden referirse a requisitos de existencia y de validez (Devis Echandía, 2002). Los primeros son estos: que sea practicada por el juez en el ejercicio

del cargo, lo que conlleva la formalidad y solemnidad del acto; que se trate sobre existencias, lo que descarta las suposiciones o deducciones; y que se actúe en un único y primer momento, lo que impide al juez hacer una “visita previa”. En cuanto a los requisitos de validez, son que no exista prohibición legal, que se respete la publicidad para garantizar a las partes el ejercicio del contradictorio y que se proscriba la rectificación o retractación del juez. Por ello, una inspección judicial que quiebre los requisitos de existencia y de validez implica una deficiente actuación probatoria, de la cual la parte interesada puede obtener variables ventajas.

El contenido de los medios probatorios

Si, como hasta acá se ha postulado, los medios probatorios parten todos de un valor “cero”, ¿cómo es posible precisar sobre ellos un valor determinado para ser posteriormente vinculado con los demás? En otras palabras, ¿cómo se establece el valor del medio probatorio? La respuesta es conociendo su contenido.

Sobre el particular, Andrés Ibáñez (1998) indica refiriéndose al hecho: “[...] el acceso al conocimiento de este solo cabe mediante previa toma de conocimiento de otros datos que así mismo han de ser previamente probados. Es decir, a través de una cadena de inferencias [...]” (p. 137). Entendemos, en consecuencia, que cada medio probatorio aportado al proceso contiene determinada información que guarda relación con los hechos propuestos. Por consiguiente, mediante el contradictorio, la meta es “descubrir” toda la información contenida en el medio probatorio para poder elegir los datos que sean más relevantes en relación con el hecho propuesto.

Por lo tanto, no todos los datos de información contenidos en el medio probatorio serán sometidos a un proceso de valoración conjunta. Se escogerán solo aquellos más relevantes, útiles e idóneos que tengan estrecha relación con los hechos propuestos. Ese núcleo de información útil es el que le dará un valor significativo, que deberá, a su vez, ser relacionado con los demás medios probatorios. Se establece, entonces, como refiere Perfecto Ibáñez (1998), una *inferencia*.

Según Vega (2011), el término *inferencia* se usa en diversos contextos: (i) en un contexto psicológico, para denotar la acción o el resultado de inferir algo a partir de algo; (ii) en un contexto epistemológico o metodológico, para indicar un proceso discursivo de transición o cambio de estados de información, creencia o conocimiento; y (iii), en un contexto lógico, para referirse a una relación semántica entre proposiciones (p. 298).

Para la práctica procesal, consideramos más acertada la segunda definición. Al respecto, Vega (2011) precisa que, en un uso más específico y en contextos relacionados con nuestras vías y formas de conocer, el término se refiere más bien al proceso discursivo por el que alguien pasa una información, una creencia o un conocimiento, a otra creencia o a otro presunto conocimiento, por ejemplo, “que, a juzgar por todos los

indicios, el culpable ha sido el mayordomo". En ese sentido, en el ámbito del proceso, y para los efectos de extraer el verdadero valor de los datos contenidos en el medio probatorio examinado (actuado), aquellos que han logrado aprobar la selección necesaria formarán una *inferencia*.

Forma de valorar conjuntamente los medios probatorios

Devis Echandía (1981, p. 117) precisa que, por el principio de unidad de la prueba, los medios aportados al proceso forman una unidad. Como tal deben ser examinados y valorados por el juzgador en forma conjunta, confrontando uno a uno todos los diversos medios de prueba, puntualizando su concordancia o discordancia, para finalmente concluir sobre el convencimiento que a partir de ellos se forme.

Similar concepto plantean Peyrano y Chiappini (1985, p. 125), al indicar que el material probatorio ha de ser apreciado en su conjunto mediante la concordancia o discordancia que ofrezcan los diversos elementos de convicción arrimados a los autos, única manera de crear la certeza moral necesaria para dictar el pronunciamiento judicial definitivo. Se trata, en consecuencia, de vincular los conocimientos extraídos individualmente de cada medio probatorio y poder relacionarlos de manera conjunta, de modo que, como resultado de dicha actividad, se arribe a una conclusión lógica y cierta.

Podría afirmarse que este tipo de valoración conjunta implica el desarrollo de una metodología de análisis comparativo de todos los medios probatorios vinculados, entendiéndose que lo que se vincula son los datos útiles de la información contenida en aquellos. Este análisis comparativo implica que el juez conozca a cabalidad el resultado de cada inferencia que se produzca de manera individual y, posteriormente, compare cuáles son las coincidencias con las demás inferencias adquiridas. Esta actividad logrará formar la cadena de inferencias válidas (que refiere Perfecto Andrés Ibáñez) para poder establecer la certeza requerida, obviamente, sin prescindir del razonamiento jurídico necesario.

No existe, pues, contradicción entre el método de valoración conjunta de los medios probatorios y el principio de la unidad de la prueba. El primero, como se ha precisado, aplica una metodología de valoración individual (inferencia) para luego proceder a la comparación entre los datos relevantes de cada medio probatorio. Unida esta cadena de conocimientos (inferencias), la conclusión es una y solo una. Es en este momento cuando la prueba se consolida en una unidad de conocimiento concluyente.

LA GNOSEOLOGÍA INDUCTIVA Y LA PRUEBA DE OFICIO

Recordemos el pensamiento de Andrés Ibáñez (1998):

[...] en el tránsito de una proposición singular en materia de hechos a otra del mismo género hay un salto lógico que no puede evitarse por la mediación de

ley alguna. Se trata de un rasgo propio de la gnoseología inductiva, presente en el *modus operandi* de adquisición del conocimiento judicial en el proceso. [...] el acceso al conocimiento de este solo cabe mediante previa toma de conocimiento de otros datos que así mismo han de ser previamente probados. Es decir, a través de una cadena de inferencias. (pp. 136-137)

El propósito de este trabajo no es recurrir a las fórmulas normativas, jurisprudenciales o doctrinarias que tratan la prueba de oficio. Es claro que dichas fuentes son extensas en describir las condiciones por las cuales los jueces ejercen este *deber-poder* o facultad para aportar al proceso una prueba de oficio.

La intención, en todo caso, es formular un sustento teórico diferenciado, de manera que se pueda justificar el empleo de esa facultad exclusiva del juez. Vale decir, desde el punto de vista de la valoración probatoria, poder determinar cuándo se hace necesario el impulso probatorio por parte del juez, quien no es parte, pero sí sujeto procesal y, como tal, desarrolla un rol activo dentro del proceso. No solo es director, también es actor, porque actúa medios probatorios, en este caso, la prueba de oficio. Por lo tanto, nos apartamos del análisis —ya abundante— de los elementos característicos de orden normativo, jurisprudencial y doctrinario, para alcanzar esa justificación teórica.

De la generación del conocimiento (gnoseología) por inferencias

De acuerdo con lo anteriormente tratado, tenemos que los medios probatorios actuados generan una *inferencia*, es decir, un conocimiento determinado sobre el cual el juez va a realizar una valoración conjunta a través de la interrelación entre ellos. Todo lo que vincule y tenga una estrecha relación con la *inferencia* generada en cada medio de prueba será unido para crear una *cadena de inferencias*, una cadena de conocimientos.

La formación de esta cadena de inferencias, como resultado de la actuación probatoria ejercida por las partes y dirigida por el juez, es la consecuencia natural del contradictorio al interior del proceso. Sin embargo, llegar a este punto procesal no es una acción automática ni protocolar de las partes, sino que implica el logro del cometido de demostrar la *causa petendi*, entendida esta como la conformada por supuestos de hecho a partir de los cuales se podrá derivar lógicamente la consecuencia jurídica solicitada (Apolín Meza, 2004, p. 37).

Llegar a este momento del proceso, respecto de la intensidad de la actuación probatoria, no solo comprende el simple hecho de *demostrar*. El contradictorio requiere de la acción directa e inmediata, de estrategias procesales legales y leales para la contienda prueba vs. contraprueba, es decir, utilizar tanto los medios probatorios de parte como los de la contraparte a favor.

Tal es la esencia del principio de comunidad de la prueba. Los medios de prueba no pertenecen a la parte que los aporta. Pertenecen al proceso mismo y, por lo tanto, quien

tiene “mejor conocimiento” del contenido de ellos podrá, sin duda, extraer toda la utilidad requerida a su favor. En este ámbito se encuentra incluso la prueba del juez (inspección judicial), ya que una mala inspección puede ser contradicha por las partes, si se produce una infracción a los requisitos de existencia y de validez, como se ha referido antes.

Esta actividad de prueba vs. contraprueba conlleva también “destruir” la prueba del contrario. Restarle toda su esencia o la máxima que sea posible, “inutilizarla”. Atacar al contrario y contraatacarlo con sus propias armas. En pocas palabras, dejarlo indefenso, que no es lo mismo que vulnerar su derecho de defensa, pues, al participar en la actividad probatoria precisamente ejerciendo tal derecho, simplemente “se quedó” sin defensa.

Si bien este ejercicio se realiza con el contradictorio, no obstante, existen también otras herramientas válidas y legítimas para lograr este cometido, como son los remedios procesales de la oposición y la tacha. Estos son los más eficaces y prácticamente están diseñados para “atacar” la utilidad de los medios de prueba.

Al final, y superados todos los escollos que ha implicado el arte de probar, como se ha indicado, el objetivo es formar una cadena de inferencias para que el juez pueda desarrollar la valoración conjunta de los medios probatorios, y proceda al ejercicio de razonabilidad para la argumentación, motivación y justificación de su decisión.

Sin embargo, ¿qué sucede en aquellos casos en que esa cadena no llega a cerrarse por falta de la concurrencia de una *inferencia* que no ha podido ser aportada por las partes? Es decir, a la cadena de conocimientos le falta un *eslabón* para poder vincularlos y arribar a una conclusión.

El conflicto debe y tiene que ser resuelto por el juez. No puede abstenerse de resolver porque ninguna de las dos partes estuvo en la capacidad de impulsar los medios probatorios necesarios para resolver el conflicto.

En el quehacer jurídico, son variadas las causas por las que las partes del proceso no aportan medios probatorios completos para confirmar sus premisas. Por ejemplo, por no haber tenido acceso a ellas, por desconocimiento de su fuente, por deficiente estrategia procesal o, simplemente, por ocultarlas.

En cualquier circunstancia, el juez debe advertir la necesaria incorporación del medio probatorio faltante. No hacerlo le impide resolver el conflicto de manera adecuada. Puede que, en efecto, no lo incorpore, pero de esa manera el conflicto no solo no será resuelto adecuadamente, sino que puede agravarse aún más por una mala decisión. Es entonces cuando la incorporación de esa inferencia no concursada cobra especial relevancia. No solo se hace necesaria, sino que se torna indispensable. Es la incorporación de la llamada *prueba de oficio*.

De la inducción del conocimiento. La prueba de oficio

Según Vega (2011, p. 294), se considera *inductiva* cualquier inferencia que cumpla estas dos condiciones: (i) no ser deductiva y (ii) ser ampliativa, en el sentido de facilitar el acceso a, o acreditar la adquisición de, nuevos conocimientos materiales o sustantivos. Del mismo modo, según Corcoran (2011), la *deducción* es el proceso para determinar que una conclusión se sigue de ciertas premisas, siendo una consecuencia lógica de ellas. Es la hipótesis comprobada.

Se trata, pues, de dos conceptos opuestos. La deducción es la consecuencia lógica de las premisas demostradas como ciertas. En el plano procesal, ello implica que la cadena de inferencias (conocimientos) extraída de la actuación de los medios probatorios ha producido un resultado lógico. La cadena no se interrumpió. Los conocimientos están completos, de modo que el juez procede al análisis comparativo y luego a la valoración conjunta que le permita acceder al razonamiento argumentativo y dar solución al conflicto.

Por otro lado, y ese es el motivo de este trabajo, cuando esa deducción no se puede dar porque está incompleta la cadena de inferencias, es el momento en que se debe proceder al proceso de *inducción*. La inferencia no puede ser deductiva.

Este proceso tiene por finalidad *incorporar* un conocimiento nuevo y necesario, a la vez que indispensable, para completar debidamente la cadena de inferencias. En esencia, es el eslabón que falta para completar los conocimientos necesarios y arribar a lo cierto.

Ese conocimiento inducido es, en consecuencia, la prueba de oficio. A partir de esta determinación teórica, los requisitos o presupuestos procesales para aportar el medio probatorio por el juez y actuarlo son estos: recién se presentan y se hacen exigibles. En consecuencia, no es que el juez recurra primero a los presupuestos para aportar la prueba de oficio y después la justifique, sino a la inversa. Primero, debe justificar la necesidad de incorporar un conocimiento nuevo para poder arribar a una inferencia.

Dicha justificación, en nuestro concepto, implica argumentar por qué es que no puede proceder al análisis comparativo de los medios probatorios para su valoración conjunta. Indicar cuál es el elemento cognoscitivo faltante para completar la cadena de inferencias, es decir, qué conocimiento necesita descubrir. Como hemos mencionado, un medio probatorio posee mucha información de contenido, pero no todo el contenido estará sujeto a análisis. Por ello, la precisión del contenido que se requiere debe ser justificada por el juez. Por último, en este proceso de descubrimiento cognoscitivo, deberá identificar de manera puntual, ahora sí, cuál es el elemento material que requiere. Este será la prueba de oficio.

En consecuencia, tratando de definir el concepto de *gnoseología inductiva*, esta será la incorporación de un conocimiento nuevo e indispensable para completar la cadena de

inferencias. Este permitirá al juez hacer un análisis comparativo de los medios probatorios actuados, realizar posteriormente el razonamiento judicial con la debida motivación y argumentación jurídica, y resolver el conflicto arribando a la máxima aproximación de certeza, cuando no es posible —por las características especiales del caso civil concreto— llegar a la verdad material o absoluta.

La prueba de oficio y los principios dispositivo y de neutralidad

Es posible que el foro académico pueda considerar que la incorporación de una prueba de oficio al interior del proceso afecta el principio dispositivo y el de neutralidad.

El principio dispositivo atribuye a las partes el impulso del proceso civil y, dentro de ello, la carga de probar, aun cuando la profesora Eugenia Ariano Deho (2003) sostenga con razón que “el probar no solo debe ser visto como una carga, sino también y principalmente como un derecho, pues existe un derecho a la prueba” (p. 169). Sin embargo, el ejercicio de ese derecho exige una carga: probar, pues no es automático. Los medios probatorios no se actúan solos. Hay que ejercer una actividad muy especial, como hemos referido anteriormente.

En tal sentido, y como quiera que todos los derechos exigen obligaciones para poder ejercerlos, en el caso del derecho a probar, las partes tienen la obligación de ejercer su actividad probatoria. Tienen la iniciativa y prerrogativa exclusiva de aportarlas. Es más, tienen la obligación de hacerlo desde el momento mismo en que postulan premisas a través de sus pretensiones y contrapretensiones. A tal efecto, deberán cumplir con los presupuestos de contenido de la prueba, como la idoneidad, utilidad y pertinencia.

La incorporación de la prueba de oficio no colisiona con el principio dispositivo, ya que —como se ha precisado— esta solo se justifica cuando no es posible para el juez realizar el análisis comparativo de la prueba actuada. Siendo una facultad del juez incorporar la prueba de oficio, ello es posible en tanto en cuanto las partes no pudieron acceder a la información necesaria faltante, por las diversas razones antes señaladas. Y, como quiera que el juez no puede decretar “empate” o “tablas”, tendrá que realizar el ejercicio teórico de identificar el conocimiento faltante.

En cuanto a la imparcialidad, Ramírez Carvajal (2009) sostiene que cuando hablamos de imparcialidad hacemos referencia a la falta de designio anticipado o de prevención a favor o en contra de alguien; es decir, cuando se es imparcial, no se está a la expectativa de algo. Por lo tanto, en el caso del juez, se espera, frente a su imparcialidad, que obre y juzgue con rectitud. Luego, la imparcialidad presume la carencia de interés en el resultado de algo; la imparcialidad “es disposición, está directamente relacionada con el interés positivo o negativo que el juez pueda tener en la pretensión jurídica que debe decidir” (p. 102).

Fajardo Mori (2012, pp. 167-168) precisa que, para garantizar la debida imparcialidad del juez, tienen que constar en el proceso las fuentes de prueba sobre las cuales posteriormente tendrá lugar su actividad probatoria. Agrega que debe restringirse únicamente a las fuentes probatorias que ya constan en autos; nunca debe investigar fuentes nuevas. Caso contrario, se compromete su imparcialidad porque sería incontrollable su fuente de conocimiento respecto de las pruebas que utilizará para resolver la controversia sometida por las partes.

La garantía procesal de la imparcialidad del juez debe distinguirse de la neutralidad, ya que son conceptos distintos desde una perspectiva pragmática. Así, Brey Blanco (2004, p. 49) refiere que, si neutralidad significase no implicación o desinterés y, en tal sentido, afectase a esa búsqueda de lo justo que debe caracterizar la acción del juez, lo más apropiado sería desechar rápidamente ese concepto. La neutralidad, al derivar de *neutro*, puede emplearse para aludir a aquello que carece de características expresivas o particulares. No puede desplazarse en ningún sentido. No realiza actividad alguna.

En el ámbito del proceso, el juez no desarrolla un papel pasivo. Por el contrario, su rol es activo al ser director del contradictorio. Más aún, al ser un sujeto procesal más, desarrolla actividades concretas en la conducción del proceso. Por lo tanto, el juez no es un agente neutro, sino imparcial.

De lo expuesto, se puede afirmar válidamente que, cuando el juez decide incorporar la prueba de oficio, tampoco vulnera el principio de imparcialidad, por cuanto no se trata de beneficiar a alguna de las partes, sino que "necesita" incorporar un conocimiento nuevo para resolver el caso concreto. Por lo demás, es claro que, dependiendo del conocimiento que se extraiga de la prueba de oficio, no se puede vislumbrar cuál será la parte que mejores intereses obtenga ni cuál no.

CONCLUSIONES

Como se planteó en la introducción de este trabajo, su propósito es proponer el empleo de una base teórica que incida sobre la aportación de la prueba de oficio al interior del proceso. Asimismo, se estableció que, siendo ello así, su hipótesis se centraría en conceptos igualmente teóricos, pero relacionados con el contenido del conocimiento del proceso, la relación de las premisas, la interiorización de los datos contenidos en los medios probatorios, su interrelación y la vinculación de estos.

Por consiguiente, no se ha incluido las características formales y materiales de la prueba de oficio precisadas en la norma, referidas por la doctrina o fijadas por la jurisprudencia, pues aquellas poseen una base principalmente material. Conducen al juez a seguirlas, pero no lo disuaden de un ejercicio científico procesal de adquisición del conocimiento necesario para encontrar la fórmula de decisión del conflicto.

En tal sentido, se proponen las siguientes conclusiones:

1. No todos los procesos civiles se rigen estrictamente por una fórmula procesal única e invariable. Dependiendo de las características de cada caso, el proceso tendrá igualmente mayor o menor grado de complejidad. Por ende, a mayor grado de complejidad y por la imprecisión jurídica que lo caracterice, mayor será la dificultad para su solución.
2. En el tipo de procesos complejos e instrumentales, el contradictorio será siempre abierto en todas las etapas del proceso y será de mayor intensidad en la etapa probatoria.
3. En estos procesos, la finalidad será dar la solución adecuada al conflicto a través de una fórmula jurídica en justicia, dependiendo de la demostración de las premisas planteadas por las partes. Por ello, la verdad material será una finalidad imprecisa y puede agotar los esfuerzos procesales en vano, perjudicando la salud del proceso.
4. La máxima aproximación de certeza respecto de las premisas debidamente demostradas será la finalidad del proceso cuando este, por sus características, es complejo.
5. Los medios probatorios proporcionan datos e información que deben ser extraídos de su contenido mediante su actuación y contradicción. Benefician a aquella parte que pudo acceder mejor al conocimiento contenido en ellos, aunque no hayan sido aportados por ella.
6. La actividad probatoria implica una técnica procesal de prueba vs. contra-prueba, en la cual se desarrollarán las mejores habilidades legítimas y legales que exige la buena conducta procesal, tanto para acreditar los dichos como para desacreditar los medios de la parte contraria.
7. En dicha técnica, los medios impugnatorios de la oposición y la tacha constituyen herramientas válidas de refuerzo cuando deban proceder, y no han de ser desestimadas por quien puede proponerlas, pues ello es contrario a su sentido.
8. Concluida la etapa probatoria, y previo al desarrollo de razonamiento que justifique la sentencia, el juez, al proceder a valorar de manera conjunta los medios probatorios, deberá obtener el conocimiento de información relevante de cada medio probatorio actuado, para posteriormente vincularlos a través de un análisis comparativo.
9. El resultado obtenido de la información extraída de los medios probatorios para la vinculación correspondiente entre ellos formará una cadena de inferencias,

cuyo resultado será la demostración de la hipótesis propuesta por la parte que estuvo en mejor condición de demostrar la certeza de sus premisas.

10. Cuando no es posible armar una cadena de inferencias, por falta de un conocimiento relevante y necesario para arribar a una conclusión lógicamente cierta, el juez deberá encontrar el elemento faltante y que se derive de la fuente de la prueba, para incorporarla de oficio al proceso.
11. La prueba de oficio aportada al proceso tendrá las mismas condiciones y características de actuación y contradicción, de acuerdo con el principio de comunidad y de igualdad.
12. La decisión del juez de incorporar una prueba de oficio debe sostenerse sobre una base teórica de razonabilidad en la búsqueda del conocimiento para introducirlo al proceso, lo que configura la gnoseología inductiva procesal.

REFERENCIAS

- Alvarado Velloso, A. (2016). Los conceptos de instancia y acción procesal como instancia bilateral. En C. Gómez Fröde y M. E. Briseño García Carrillo (Coords.), *Nuevos paradigmas del derecho procesal* (pp. 61-90). Ciudad de México: UNAM/Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Amato, S. (2000). Del derecho al derecho natural. En R. Rabbi-Baldi Cabanillas (Coord.), *Las razones del derecho natural* (pp. 111-136). Buenos Aires: Ábaco.
- Andrés Ibáñez, P. (1992). Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 12, 257-300.
- Andrés Ibáñez, P. (1998). "Carpintería" de la sentencia penal (en materia de "hechos"). *Revista del Poder Judicial*, 49, 393-428.
- Apolín Meza, D. L. (2004). Apuntes iniciales en torno a los límites en la aplicación del aforismo *iura novit curia* y la reconducción de pretensiones. *Ius et Veritas*, 14(29), 32-40.
- Ariano Deho, E. (2003). El derecho a la prueba y el Código Procesal Civil. En *Problemas del proceso civil*. Lima: Jurista Editores.
- Ausín, T., y Peña, L. (2011). Premisa/Conclusión. En L. Vega Reñón y P. Olmo Gómez (Eds.), *Compendio de lógica, argumentación y retórica* (pp. 479-481). Madrid: Trotta.
- Brey Blanco, J. L. (2004). Los jueces y la política. ¿Imparcialidad/neutralidad versus compromiso democrático? *Foro. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Nueva Época*, (00), 37-67.

- Calamandrei, P. (1973). *Instituciones de derecho procesal civil* (Trad. S. Sentís, 2.^a ed.). Buenos Aires: Ejea.
- Corcoran, J. (2011). Deducción/Deducibilidad. En L. Vega Reñón y P. Olmo Gómez (Eds.), *Compendio de lógica, argumentación y retórica* (pp. 168-169). Madrid: Trotta.
- Corte Suprema de Justicia de la República. (2015). *Acuerdo Plenario N.º 04-2015/ CIJ-116*. Lima: Fondo Editorial del Poder Judicial. Recuperado de <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/086ac7004e1457a084f1f448a12af05b/IX+Pleno+Supremo+Penal.pdf?MOD=AJPERES>
- Couture, E. (1993). *Derecho procesal civil. Fundamentos del derecho procesal civil*. Buenos Aires: Depalma.
- Delgado Suárez, C. (s. f.). Prueba de oficio y derecho al contradictorio. *Agnitio*. Recuperado de <http://agnitio.pe/articulo/prueba-de-oficio-y-derecho-al-contradictorio/>
- Devis Echandía, H. (1981). *Teoría general de la prueba judicial*. Buenos Aires: Zavalia Editor.
- Devis Echandía, H. (2000). *Compendio de la prueba judicial* (tomo I). Buenos Aires: Rubinzal Culzoni Editores.
- Devis Echandía, H. (2002). *Teoría general de la prueba judicial* (tomo 2). Buenos Aires: Zavalia Editor.
- Fajardo Mori, M. (2012). Aspectos relevantes sobre la iniciativa probatoria del juez civil. *Derecho & Sociedad*, (38), 163-168.
- Miranda Estrampes, M. (2012). *La prueba en el proceso penal acusatorio. Reflexiones adaptadas al Código Procesal Penal peruano de 2004*. Lima: Jurista Editores.
- Monroy Gálvez, J. (1992). La postulación del proceso en el Código Procesal Civil. *THĒMIS. Revista de Derecho*, (23), 33-42.
- Peyrano, J. W., y Chiappini, J. (1985). *El proceso atípico*. Buenos Aires: Editorial Universidad.
- Ramírez Carvajal, D. M. (2009). *La prueba de oficio: una perspectiva para el proceso dialógico civil*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Salas Villalobos, S. (2014). Saneamiento procesal y fijación de puntos controvertidos para la adecuada conducción del proceso. *Revista Jurídica Thomson Reuters*, (62), 11-24.
- Taruffo, M. (2013). La verdad en el proceso. *Derecho & Sociedad*, (40), 239-248.
- Vega, L. (2011). Inferencia. En L. Vega Reñón y P. Olmo Gómez (Eds.), *Compendio de lógica, argumentación y retórica* (pp. 297-301). Madrid: Trotta.

LA NEGOCIACIÓN EN TIEMPOS DEL COVID-19

FRANK GARCÍA ASCENCIOS*
Universidad de Lima, Lima, Perú
frankgarciaascencios@gmail.com

Recibido: 28/11/2020 Aprobado: 5/12/2020

doi: <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2021.n052.4991>

RESUMEN. Sobre la base de los conceptos de negociar y regatear, el artículo discute la afirmación de que “diariamente negociamos”. En tal escenario, se pretende mostrar el traslado de una negociación por posiciones a una por intereses, en la línea del Harvard Negotiation Project, a fin de distinguir en el proceso de negociación entre las personas y el problema. De esta manera, se pueden plantear opciones de beneficio mutuo, centrándose en criterios objetivos para ganar en resultados y empatía. El actual contexto del COVID-19, y el entorno de tecnología que urge y supedita, muestra con mayor claridad la necesidad de contar con nuevas habilidades digitales para abordar una negociación. De igual modo, en la conciliación extrajudicial, el conciliador tiene como reto adecuarse al uso de la plataforma virtual y propender al desarrollo de estas habilidades digitales, dentro de un contexto sancionador por parte del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

PALABRAS CLAVE: conciliación extrajudicial / COVID-19 / empatía / Ministerio de Justicia y Derechos Humanos / MARCS / negociación

* Abogado y magíster en Derecho Empresarial por la Universidad de Lima (Perú). Máster en Derecho (LLM) por la Universidad de Hawái en Mānoa (Estados Unidos). Máster en Seguros y Gerencia de Riesgos por la Universidad Pontificia de Salamanca (España). Profesor en la Universidad de Lima.

NEGOTIATIONS IN TIMES OF COVID-19

ABSTRACT. Based on the concepts of “negotiate” and “haggle”, this article discusses the claim that “we daily negotiate”. In such a scenario, the author intends to show the transfer from a position-based to an interest-based negotiation, according to the Harvard Negotiation Project, in order to distinguish the persons from the problem in the negotiation process. Thus, this may lead to raise mutual benefit options by focusing on objective criteria to achieve better results and empathy. The current COVID-19 context, as well as the urgent and contingent technological environment, clearly shows the need for new digital skills to tackle a negotiation. Similarly, in cases of extrajudicial conciliation, the conciliator faces the challenge of adapting to virtual platforms and promoting digital skills within sanction regimes administered by the Ministry of Justice and Human Rights.

KEYWORDS: extrajudicial conciliation / COVID-19 / empathy / Ministry of Justice and Human Rights / alternative dispute resolution / negotiation

INTRODUCCIÓN

Los tiempos no son los mismos. Todo ha cambiado. Esta época de pandemia ha generado que cada uno se adecúe a la “nueva normalidad” en la forma de vivir en sociedad y también de ofrecer servicios legales.

El hecho de adaptarse a esta realidad no significa que se brinde algo nuevo del todo: no es que un profesor de historia tenga que aprender otra vez historia universal, no es que un arquitecto tenga que aprender a diseñar. Un abogado tampoco tendrá que volver a aprender cómo interpretar las leyes, se encuentren estas en un papel o en un archivo digital. Es lejano a la realidad sostener que debe aprenderse nuevamente lo ya conocido; lo que hay que hacer es cambiar y adecuarse al presente.

La negociación es el arte de poder conversar y arribar a acuerdos sensatos, eficientes y que no deterioren la relación¹. Al ser la negociación una materia donde el diálogo es el principal instrumento, no hay duda de que la virtualidad influirá con fuerza. Tal escenario no será un problema para las negociaciones internacionales o las nacionales que involucran agentes que ya venían procediendo en esta era digital, pero sí tendrá un efecto en las negociaciones del día a día entre agentes cotidianos, los cuales buscan negociar sobre los contratos civiles, temas familiares y laborales, entre otros.

El presente artículo se enfoca en estos casos cotidianos de negociación de menor suma económica, pero trascendentales para lograr un acceso a una justicia alternativa en las grandes mayorías. En estos casos, la asistencia presencial ha sido considerada como mandatoria, debido a que se busca arribar a un acuerdo. Las sesiones virtuales son una característica ajena a la costumbre doméstica.

Se inicia abordando la negociación, sus principales características y el impacto de la pandemia del COVID-19 en este mecanismo alternativo de solución de conflictos. Asimismo, se aprovecha la oportunidad para reflexionar sobre el papel que ha tenido la conciliación extrajudicial, como negociación asistida, en estos tiempos de pandemia, y su camino a la virtualización forzada.

NEGOCIACIÓN

Definición

Negociación es una palabra que se emplea continuamente. Incluso se dice que uno negocia a diario, cuando se adquiere algún bien o al recibir un servicio. Nada más

1 Fisher, Ury y Patton (1992) afirman que “cualquier método de negociación debe juzgarse conforme a tres criterios: debe conducir a un acuerdo sensato, si el acuerdo es posible; debe ser eficiente; y debe mejorar, o por lo menos no deteriorar, la relación entre las partes” (p. 7).

inexacto². Si se negociara cada día, todos serían negociadores expertos, con habilidades blandas y no se tendría el alto índice de judicialización que existe en el país.

No debe confundirse el hecho de negociar con el de regatear. El regateo solo se enfoca en el precio, exclusivamente en un aspecto monetario; no existe un diálogo donde se busque encontrar los intereses de la otra parte y, paradójicamente, ni el que regatea conoce lo que realmente necesita. El diccionario de la Real Academia Española (2020) señala que *regatear* es “debatir el precio de algo puesto en venta”. En cambio, el término *negociar* puede definirse como “tratar asuntos públicos o privados procurando su mejor logro”. A partir de ello, se observa que ser buenos regateadores no significa ser buenos negociadores.

La negociación es el arte de dialogar y escuchar verdaderamente a la otra persona. Es entender que el objeto no es alcanzar un acuerdo en el que uno sea el beneficiado. El acuerdo es importante, pero de nada sirve dicho pacto si es incumplido y, posteriormente, genera que se recurra a la vía judicial para resolver el conflicto surgido.

Entonces, la negociación debe concluir con un acuerdo satisfactorio para ambas partes, lo cual significa que exista un criterio de equidad o justicia. Un criterio justo no será incumplido y garantiza el éxito de la negociación. En tal sentido, Shell (2005) señala que “la negociación avanza mediante una forma de comunicación prudente y cooperativa. Y la negociación sigue, por lo general, un camino reconocible que consta de cuatro pasos: preparación, intercambio de información, la negociación propiamente dicha y el compromiso” (p. 5).

La negociación es comunicación mutua, la cual debe ser prudente, ya que ambas personas son seres emocionales y un término no adecuado en el diálogo puede llevar a la ruptura. Asimismo, la colaboración es necesaria, pues el aprovechamiento unilateral es iluso. Ambas partes serán las beneficiadas, de eso no existe la menor duda.

La negociación es sinónimo de esfuerzo tanto en la etapa previa como durante el mismo momento de la negociación. Necesita de preparación, de saber escuchar, de empatía, de ser imaginativo para proponer opciones de solución, de ser razonables y objetivos.

2 Hernández (2011) cuestiona la presunción de que se negocia todos los días, pues afirma que “[...] Negociamos todos los días, con nuestra pareja, clientes, proveedores... Así comienzan muchos libros sobre negociación. ¿Está seguro de que negociamos todos los días? Si todos lo hiciéramos, acudiríamos a negociar con menos ansiedad y, sin embargo, lo hacemos con desazón e incertidumbre. ¿Cómo es posible?” (p. 7).

De la negociación por posiciones a la negociación por intereses (Harvard)

De manera clásica, la negociación ha sido concebida como un trato por posiciones. Posteriormente, se ha pasado a una negociación por intereses o colaborativa. Este cambio no es menor, debido a que ahora la definición misma de negociación está vinculada con la satisfacción de intereses.

La negociación por posiciones centra el diálogo en aspectos superficiales. No existe un conocimiento de por qué se quiere algo. El trabajador busca un aumento de su remuneración, no hay mayor análisis de por qué quiere el incremento salarial. La exesposa pide un incremento de pensión de alimentos, pero se observa que no se produce un incremento de gastos del menor. El inquilino moroso dice que no pagará las rentas impagas; el propietario busca el pago inmediato de rentas y desalojarlo del inmueble.

La negociación basada en posiciones no lleva a ningún análisis o razonamiento de por qué se tiene determinada posición. No se analiza que los hijos del trabajador accederán a un instituto o universidad el próximo año. Ese es el motivo por el que busca un incremento de remuneración. La exesposa pide un incremento de pensión de alimentos, a pesar de no existir más gastos por parte del menor. Se conversa con la señora y, finalmente, expresa que su exesposo no visita al menor. Ese es el motivo por el que pide más pensión, por la amargura contra su expareja. El inquilino moroso tiene tres hijos y su esposa ha perdido el trabajo, no tiene liquidez, no paga las rentas, debido a que, de hacerlo, no podrá pagar la pensión escolar de sus hijos.

La negociación por posiciones genera acuerdos insensatos, ineficientes y deteriora la relación. No es adecuado arribar a acuerdos sin comprender la conducta de las personas frente al conflicto, pues, en tal caso, se trata de acuerdos ciegos y se mira por encima el proceder de la contraparte, sin entender su conducta. El no conocer las razones y motivaciones del interlocutor genera que estos acuerdos no perduren en el tiempo, generalmente, son inaplicados y, lo peor, perjudica las relaciones entre ambos sujetos.

Entonces, la negociación según principios o colaborativa surge como una respuesta natural a cómo se debe negociar. El diálogo no debe ser débil o fuerte, sino que las palabras deben orientarse a descubrir las motivaciones de por qué se pide algo, es decir, a buscar los intereses de las personas. En otras palabras, para saber lo que realmente se quiere, hay que conocer sus pensamientos, temores y necesidades. El escuchar es una pieza fundamental para lograr este objetivo.

Si se procediera según principios o colaboración, entonces, la empresa empleadora del trabajador que pide aumento de sueldo podría ofrecer descuentos o becas para estudiar en la universidad de propiedad de uno de sus socios. De igual modo, el exesposo pensaría en el daño que puede estar causando al menor al no visitarlo como padre,

podría cambiar su conducta y su exesposa estaría tranquila, sin solicitar incremento de pensión. Finalmente, si el propietario conociera de los problemas que afronta su inquilino, tendría una visión amplia del conflicto, e incluso podría llegar a un primer acuerdo para recuperar la posesión del inmueble, a fin de arrendarlo a un nuevo inquilino y seguir percibiendo ingresos.

Cuatro puntos definen la negociación por intereses (Harvard)

El año 1979, se creó el Harvard Negotiation Project. Posteriormente, los profesores Roger Fisher y William Ury publican *Getting to yes. Negotiating an agreement without giving in*, un *best seller* que propone la negociación por intereses o según principios o colaborativa o de méritos. Este libro marca un antes y un después en el estudio y desarrollo práctico de la negociación, convirtiéndose en el manual básico de quien desea negociar. En el pensamiento americano, la negociación se concibe como instrumento necesario para resolver conflictos contractuales o mercantiles³, áreas donde se ha aplicado estos puntos cardinales de la negociación por intereses.

La práctica nacional adopta estos elementos para abordar toda negociación. De igual modo, lo hace en la mediación o conciliación, donde el conciliador domina estos elementos. No obstante, también es cierto que se está incrementando el uso de mediación transformativa⁴ en conflictos familiares, escolares u otros vinculados.

Es forzoso precisar que la negociación colaborativa también busca que las relaciones perduren, de ninguna manera pierde ese horizonte, porque comprende que los buenos acuerdos deben mantener necesariamente la relación entre las personas. La negociación colaborativa no solo se enfoca en satisfacer intereses, sino también en las emociones de las personas, en la consideración de que se genere una solución que ambas partes estimen justa o adecuada y que dicha relación o vínculo deba continuar en el tiempo.

El libro *Getting to yes. Negotiating an agreement without giving in* (Fisher, Ury y Patton, 1992) desarrolla cuatro puntos centrales para construir la denominada *negociación al estilo Harvard*.

3 Otra área donde se aplica la negociación es la de los secuestros, en la cual se enfoca en lo emocional sobre lo racional. Esta es una forma distinta de abordar la negociación, ya que se logra una empatía táctica con el secuestrador a fin de lograr la liberación de rehenes. Un libro recomendable sobre esta temática es el de Voss (2016).

4 La negociación transformativa tiene por objeto transformar a las personas, no el arribar a un acuerdo. Este tipo de negociación se enfoca en convertir a las personas en generosas, a fin de que puedan reflexionar sobre su conducta y los efectos generados en la contraparte. Se busca cambiar la vida de las personas. El texto que desarrolla esta teoría es el de Bush y Folger (1996).

Separar a las personas del problema

El ser humano es un ser emotivo, pues con frecuencia guía su conducta con base en emociones. Se afirma que todos cuentan en su ser con un hombre de Cromañón⁵; es decir, en una negociación acuden dos seres racionales, pero, a la vez, cada uno es acompañado por su ser irracional.

La irracionalidad lleva a pensar que el conflicto se produce por la otra persona y, por tanto, se ataca a la contraparte. Sin embargo, aquello limita la visión del problema, pues no se centra en este y, entonces, se pierde energías en agredir a la otra persona, lo cual deteriora la relación y genera un conflicto que no puede ser solucionado mediante un acuerdo.

El individuo es un ser emocional. Es complicado dejar de lado lo emocional, pero hay que hacerlo, con el objeto de concentrarse en comprender y analizar cada problema en particular, sin que las emociones se conviertan en un limitante para ello.

Concentrarse en intereses, no en posiciones

Para solucionar el problema, uno no puede quedarse en las palabras exteriorizadas por la otra persona. Se expresa lo que se quiere, pero no el porqué de sus motivaciones, razones y necesidades. En otras palabras, solo escuchamos las posiciones y no los intereses, lo cual es un grave error.

No puede arribarse a una solución eficiente si es que no hay un enfoque en los intereses, puesto que la opción de solución más razonable debe satisfacer las necesidades de ambas partes. Por ejemplo, Juan está interesado en comprar un vehículo usado, encuentra uno, pero no puede pagar el precio. El vendedor le pregunta qué desea del vehículo; Juan le dice que todos los días maneja desde La Molina hasta el Callao, que existe una enorme distancia y que no desea tomar transporte público por la inseguridad ciudadana. El vendedor le ofrece otro vehículo a Juan, con un motor ahorrador de gasolina, que posibilitará gastar menos en combustible y a un menor precio. Ambas partes arriban a un acuerdo en el precio del nuevo vehículo.

El descubrir los intereses no es sencillo. Hay que escuchar y preguntar. Debe formularse las siguientes preguntas: ¿por qué?, ¿para qué?, ¿es seguro?, a fin de descubrir las necesidades de la otra persona. Es elemental tener presente que, mientras se logre satisfacer las necesidades de la contraparte, será factible arribar a un acuerdo. Asimismo, uno debe respetar las motivaciones, razones o necesidades de la otra parte.

5 “Cuando negociamos actuamos como si alguien nos obligara a obrar de una manera emotiva e instintiva. Ese alguien, presente en cada uno de nosotros, guarda parte de nuestros instintos y hábitos que dirigen nuestro comportamiento. Es el hombre de Cromañón que todos llevamos dentro. Es nuestro perpetuo acompañante que se niega a ser controlado, porque atiende más a los instintos y las emociones que a su razón” (Hernández, 2011, p. 19).

Inventar opciones de mutuo beneficio

Las opciones son las posibilidades que se presentan dentro de la mesa de negociación. Estas posibilidades no tienen que ser sesgadas; es decir, no deben estar orientadas exclusivamente a favorecer a una sola persona. Si aquello es así, es más que seguro que terminará en los tribunales. Las posibilidades han de tener una visión de mutuo beneficio si es que se busca alcanzar relativamente algún éxito en la negociación.

La clave para conseguir opciones de mutuo beneficio es conocer los intereses del otro. Para lograr ello, hay que descubrir los intereses, tanto los propios como los del sujeto que se tiene al frente. Es difícil inventar opciones de mutuo beneficio si es que no se ha escuchado a la otra persona.

La lluvia de ideas es una herramienta que ayuda a generar diversos criterios que coadyuven a solucionar el problema. El plantear ideas u opciones resulta conveniente para contar con varias posibilidades. Después, se analiza cada una de las alternativas para considerar su viabilidad. Al final, se elige la mejor opción para ambas partes.

Debe tenerse presente que fuera de la mesa de negociación se encuentran alternativas, posibilidades que surgen más allá de la negociación, pero que sirven como guía para determinar si se arriba a un acuerdo. Uno no puede actuar de forma ineficiente; debe mirar más allá de la mesa de negociación a fin de determinar si puede arribar a un acuerdo más eficiente afuera.

En ese contexto, Harvard desarrolla la noción de BATNA (*best alternative to a negotiated agreement*) o MAAN (mejor alternativa al acuerdo negociado). La MAAN permite que no se dependa exclusivamente del acuerdo al que se puede arribar en la negociación, sino mirar afuera de la conversación, apreciar si puede alcanzarse un acuerdo que satisfaga los intereses.

La MAAN es lo mínimo que se está dispuesto a recibir en la negociación, debido a que afuera se puede recibir ese mínimo. Es importante tener en consideración que “si ambas partes tienen una MAAN atractiva, es posible que el mejor resultado de la negociación, para ambas partes, sea no llegar a un acuerdo” (Fisher, Ury y Patton, 1992, p. 54).

Centrarse en criterios objetivos

El acuerdo al que arriben las partes necesariamente debe seguir criterios de naturaleza objetiva. Dicho de otro modo, los números, estadísticas, encuestas, normas y precedentes deben guiar el acuerdo. Nadie desconoce un acuerdo sustentado en criterios objetivos.

Por ejemplo, María solicita una indemnización producto de una mala operación en una clínica. Ella no puede caminar con normalidad, ha sido afectada en la cadera. Ella

no tiene trabajo estable, no tiene ingresos durante los últimos años. Pide un millón de soles de indemnización. La clínica consulta a sus abogados sobre cuál es el monto indemnizatorio que se otorga en la vía judicial en casos similares; ellos le dicen que no es ni la cuarta parte de lo que se pretende. María también entiende aquello. Frente a este escenario, está dispuesta a llegar a un acuerdo con la clínica, pero por un monto considerablemente menor al millón de soles. En este supuesto, el acuerdo ha sido guiado por criterios objetivos: la casuística de montos indemnizatorios en el Poder Judicial.

Los buenos acuerdos siguen criterios objetivos. Por el contrario, cuando uno se aparta de la objetividad, se tienen acuerdos que posteriormente son incumplidos con el argumento de resultar abusivos e injustos. En este escenario, si hay incumplimiento, pierden todos.

Estos cuatro puntos esenciales fueron desarrollados por la negociación colaborativa o Harvard. De estos puntos cardinales se desprende lo que se conoce como los siete elementos de la negociación Harvard: relación, comunicación, intereses, opciones, legitimidad (criterios), alternativas y compromisos.

Relación, porque es importante que el acuerdo permita mantener la relación comercial. Comunicación, pues el negociador debe escuchar y ser empático. Intereses, ya que deben descubrirse las necesidades de las personas. Opciones, es decir, las posibilidades dentro de la negociación. Legitimidad, que es otorgada al acuerdo por los criterios objetivos. Alternativas, que son las posibilidades afuera de la mesa de negociación. Compromiso, que son los acuerdos a los que se ha arribado. Este no es un texto para desarrollar los elementos; se prefiere que el lector acuda a la fuente, el libro *Getting to yes*. Sin embargo, no queda la menor duda de que la comprensión de estos conceptos no se da en una simple lectura del texto; por ello, es importante haber brindado algunas reflexiones e ideas centradas en un mayor entendimiento de la negociación.

Empatía

La empatía es el arte de ponerse en el lugar del otro. No es sencillo hacerlo. Por naturaleza, al ser humano primero le importa lo que pase con él y luego los demás. Para decirlo en palabras sencillas, para usted primero será usted, luego el otro. Es la naturaleza humana.

Goleman (2019, p. 4) clasifica tres tipos de empatía: cognitiva, emocional y el interés empático. La primera se refiere a la capacidad para entender la perspectiva del otro. La segunda manifiesta la capacidad para sentir lo que siente el otro. El tercero es la capacidad para comprender lo que la otra persona necesita de uno.

Si no tiene empatía, difícilmente podrá arribar a un acuerdo⁶; no habrá un diálogo verdadero. Las emociones rodean cada conflicto y, si uno ni siquiera puede ponerse en lugar de otro, la conversación será un fracaso. Las acciones de las personas están motivadas por razones poderosamente importantes para cada uno; si el otro no entiende esa razón, no habrá acuerdo. Ponerse en lugar del otro no significa estar de acuerdo con lo que piense.

Es difícil que las personas puedan tener estas habilidades. Si uno está en el conflicto, es complicado que busque comprender las acciones del otro, o que busque una solución beneficiosa para ambos, o que escuche y trate de encontrar los intereses de la otra parte. En ese contexto, se han propuesto otros mecanismos alternativos de solución de conflictos, tales como la mediación y la conciliación, donde un tercero ajeno al conflicto es quien goza de estas habilidades para acercar a las partes y lograr que arriben a un acuerdo que posibilite soluciones.

Estas habilidades son aplicadas por terceros, dígase conciliadores, quienes guiarán el diálogo entre las partes. Su propia naturaleza, al no ser parte del conflicto, les confiere mayor facilidad para poder llevar adelante estas habilidades. La labor del conciliador es fundamental dentro del ambiente de cultura de paz.

LA NEGOCIACIÓN DIGITAL

Además de todas las habilidades que se debe tener como buenos negociadores, se ha sumado ahora un nuevo elemento, lo virtual. El uso de la tecnología para llevar adelante las negociaciones es reciente en el país, tal vez forzado por la pandemia del COVID-19. La realidad ha privilegiado lo presencial sobre lo virtual. Si bien aquello no es un problema para las negociaciones entre representantes de empresas o agentes que ya estuvieron empleando medios digitales, también es verdad que no debe dejarse de lado los casos de menor cuantía. Este aspecto es importante para descongestionar el sistema nacional de justicia y porque debe percibirse que el Estado propicia mecanismos alternativos para que sean las mismas personas quienes pongan fin a sus conflictos.

En tal contexto, resulta un desafío la negociación digital, sobre todo porque ahora no solo hay que centrarse en las habilidades ya desarrolladas, sino también en manejar adecuadamente las plataformas virtuales. Hoy es una imperiosa necesidad mantener en condiciones óptimas los equipos de cómputo, así como prestar mayor importancia a la calidad de conectividad de internet. Antes uno se preparaba exclusivamente para el caso, ahora debe dedicar tiempo a probar con anticipación la plataforma virtual. Ningún

6 “La empatía amplía el conjunto de opciones que tenemos para resolver el conflicto. Cuanto mejor comprendamos la perspectiva de la otra parte, más probabilidades tendremos de encontrar una solución” (Malhotra, 2016, p. 207).

error de la tecnología puede resultar una barrera para que las partes dialoguen con tranquilidad, a fin de llegar a un acuerdo.

No presencia física, sino virtual

Si bien es positivo que se puedan realizar acciones desde cualquier lugar donde uno se encuentre, gracias al soporte de la tecnología, resulta difícil pronunciarse sobre su efectividad. Sobre todo, cuando se está frente a casos familiares, laborales u otros similares, en los que el factor personal es preponderante. No por nada el carácter presencial ha sido una característica a nivel nacional. Un ejemplo es la conciliación extrajudicial, donde se ha preferido, por ley, a lo largo de los años, que la sesión de conciliación sea presencial y en un centro de conciliación físico.

El desempeño que tengan las partes en una negociación puede ser perjudicado si es que uno no tiene estas habilidades tecnológicas. Es elemental considerar que se está frente a un conflicto y, entonces, sería el colmo que el uso no adecuado de la tecnología también se convierta en una barrera para arribar a un acuerdo.

En lo que respecta a la conciliación extrajudicial, el conciliador debe gozar de habilidades tecnológicas; no hacerlo marcaría un fracaso para acercar a las partes a que puedan escucharse y descubrir sus intereses. Asimismo, ha de tener un adecuado manejo de emociones de las partes, debido a que, sumado al conflicto, ahora estas deberán contar con habilidades digitales y, si alguna de ellas no tiene paciencia, entonces, es posible que genere emociones negativas que nublen la posibilidad de continuar el diálogo. El conciliador debe guiar la sesión.

La falta de presencia física en la sesión es un reto. Frente a ello, el uso de la cámara es fundamental, pues la imagen proyecta calidad humana. Incluso las imágenes que se transmiten pueden producir percepciones positivas para que las partes sientan que este nuevo sistema permite rendir resultados positivos.

Internet

Jamás debe olvidarse el horizonte de una negociación: arribar a acuerdos sensatos, eficientes y que no deterioren la relación. Para lograr este objetivo, el tener una buena conectividad es importante. Por supuesto, internet no reemplaza las habilidades de un buen negociador, pero es un instrumento sustancial. Hoy resulta imperativo contar con un servicio de internet veloz y con equipos en condiciones óptimas. Si no se posee una conexión rápida y sin fallas, será difícil seguir adelante con la negociación, no debido a debilidades de las partes o ausencia de habilidades dentro de la negociación, sino por las falencias de la tecnología.

Si bien cada vez hay mayor conectividad, también es cierto que el Perú tiene varios problemas en cuanto a la velocidad de internet. Según el Organismo Peruano

de Consumidores y Usuarios (Opecu), en agosto del 2020 se ha tenido velocidades de internet fijo de 35,3 megabits y móvil de 21,8 megabits, en comparación con la velocidad fija de 84,3 megabits y móvil de 34,8 megabits a nivel global. Estas cifras indican que el internet del país fijo y móvil está 58 % y 37 %, respectivamente, por debajo de la media mundial. Estas son cifras anuales en promedio.

Frente a esta problemática del internet en el país, se deben tomar precauciones antes del inicio de la sesión de negociación. Así, por ejemplo, es preferible conectarse mediante cable de red, no por wifi. De igual modo, antes de iniciar la sesión debe evaluarse la velocidad de la red. En la conciliación extrajudicial, el centro de conciliación es responsable de contar con una red y equipos de cómputo en óptimas condiciones, a fin de que el conciliador realice sus funciones.

Redacción de acuerdos

El acuerdo es el resultado al que se llega en una negociación, luego del diálogo fructífero de las partes. Es común que una de las partes involucradas, dentro de su proactividad, remita un borrador de acuerdo a la otra, a fin de disminuir cualquier riesgo de no llegar a concretar el pacto. Aquello es normal y es recomendable colaborar para que el procedimiento sea más sencillo.

Sobre la oportunidad para llegar a un acuerdo, es recomendable que este pueda redactarse en la misma sesión; sin embargo, también es una opción que una de las partes sea la que proyecte el acuerdo, de manera que en los próximos días se formalice. Asimismo, el uso de la tecnología es importante en este punto: no solo se trata de estar frente a una cámara dialogando con otra persona, sino que hay que redactar un acuerdo, para lo cual debe existir un dominio del correo electrónico.

En la conciliación extrajudicial, la presencia del conciliador coadyuva a solucionar estas contingencias, debido a que, por lo general, el conciliador remitirá estos acuerdos por escrito a las partes, quienes, previa lectura, brindarán su conformidad. Esta sesión guarda ciertas formalidades: la audiencia concluye en un acta de conciliación, que tiene mérito ejecutivo, conforme a la normativa vigente.

Confidencialidad

Los medios alternativos de resolución de conflictos (MARCS) son medios confidenciales por excelencia; sin embargo, el solo hecho de que las sesiones de negociación se realicen por medios tecnológicos provoca incertidumbre respecto de la grabación de la conversación por la otra parte. Aquello puede ser un problema, debido a que el diálogo y el no verse vinculado por la propuesta genera que se tenga una apertura en la negociación. No es igual negociar sabiendo que la sesión está siendo grabada a dialogar libremente.

En adición a lo anterior, la conciliación extrajudicial sigue la esencia de la confidencialidad. Las propuestas expresadas en la conciliación no obligan a las partes. Será difícil evitar alguna grabación de contrabando de alguna de las partes, ya que no existe mayor control para evitarlo, en especial cuando en esta era de la tecnología es común grabarse, incluso sin el consentimiento de la otra persona. Por consiguiente, si bien ahora se permite que se grabe el momento de la identificación de las personas, el monólogo de apertura, la descripción de la controversia, los hechos objeto de reconvención (si hubiere) y acuerdos, o no, pero no el diálogo y las propuestas, ello será difícil de controlar o supervisar.

LA CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL Y EL RETO DE LA DIGITALIZACIÓN DURANTE EL COVID-19

La conciliación extrajudicial es una institución de interés nacional regulada en el país, cuyo objetivo es promover la solución armoniosa de los conflictos. Se trata de una institución consensual y un mecanismo alternativo de solución de conflictos, donde las partes recurren a un centro de conciliación extrajudicial para encontrar una solución armoniosa.

La conciliación está regulada en la Ley de Conciliación, Ley N.º 26872. La conciliación extrajudicial tiene como órgano rector al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (MINJUSDH), el cual mediante la Dirección de Conciliación Extrajudicial y Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos (DCMA) difunde la conciliación extrajudicial a nivel nacional. De igual modo, la DCMA conduce procedimientos conciliatorios, así como ejerce funciones de registro, supervisión y sanción de los operadores del sistema conciliatorio (conciliadores extrajudiciales, centros de conciliación extrajudicial, capacitadores y centros de formación y capacitación de conciliadores).

Lamentablemente, a pesar de la flexibilidad de los MARCS, la principal barrera de la digitalización de la conciliación extrajudicial ha sido la propia Ley de Conciliación, que ha obligado a acudir personalmente a un centro de conciliación para realizar las sesiones de conciliación⁷.

Si bien ha sido difícil la modificación de la ley⁸ para adecuarla a las nuevas tecnologías, lo complicado será la capacitación de los conciliadores para conocer y aplicar el nuevo sistema digital. Sobre todo, a partir de la consideración de la formalidad extrema

7 Artículo 5 del Decreto Legislativo N.º 1070: "Definición. La conciliación es una institución que se constituye como un mecanismo alternativo para la solución de conflictos, por el cual las partes acuden ante un centro de conciliación extrajudicial a fin de que se les asista en la búsqueda de una solución consensual al conflicto". (Anterior a la modificación)

8 La Ley de Conciliación fue modificada por la Ley N.º 31165. Asimismo, el reglamento de la Ley de Conciliación fue modificado por el Decreto Supremo N.º 008-2021-JUS.

que se sigue en el procedimiento conciliatorio, que incluye lo relacionado con las actas de conciliación. Esta formalidad debe cumplirse a la luz de la regulación de la conciliación extrajudicial, pues, de no hacerlo, podrá caerse en vicios de invalidez del acta de conciliación. Asimismo, el conciliador y el centro de conciliación podrían ser sancionados por incumplir la Ley de Conciliación y su reglamento.

El reto de la digitalización debe llevar a reflexionar sobre dejar de lado las formalidades draconianas en la conciliación extrajudicial y repensar en colocar un mayor énfasis en la institución como tal, en lograr un diálogo con libertad de las partes, donde el conciliador no actúe con miedo a cualquier sanción administrativa por parte del MINJUSDH, sino orientado a lograr un resultado: el entendimiento de las partes del conflicto y un acuerdo que perdure a lo largo del tiempo.

En consecuencia, estoy convencido de que la conciliación virtual debe pasar más allá de la posibilidad de emplear medios tecnológicos para las sesiones conciliatorias. Se tiene que repensar en fortalecer el sistema, pero desde su misma esencia como mecanismo alternativo, no desde el ámbito sancionador, el cual no debe ser una prioridad en la conciliación extrajudicial.

El MINJUSDH ha perdido la oportunidad de repensar el sistema de conciliación extrajudicial. Ha basado la última modificación de la Ley de Conciliación en la necesidad de regular las audiencias a través de medios digitales, forzado por la pandemia del COVID-19, sin abordar la problemática del engorroso procedimiento de notificaciones a las partes, la extrema formalidad para designar un apoderado para acudir a la sesión de conciliación y la extrema sobre-regulación del procedimiento conciliatorio.

CONCLUSIONES

La negociación es un mecanismo alternativo de resolución de conflictos que permite el diálogo entre las personas, a fin de arribar a un acuerdo sensato, eficiente y que no deteriore la relación. Negociar no es lo mismo que regatear. La negociación es el arte de dialogar y escuchar a la otra persona.

No es cierto afirmar que siempre negociamos. La negociación permite tener una visión amplia del conflicto, se busca las reales necesidades de la contraparte, se escucha, se pregunta, se es empático, se es prudente, se genera opciones de solución, no se pierde de vista las alternativas fuera de la mesa de negociación, se propone soluciones bajo criterios objetivos. Esta es una negociación colaborativa o de principios o de intereses (Harvard).

Hoy se suma a todas estas habilidades la necesidad de dominar las nuevas tecnologías, con el propósito de llevar adelante una sesión de negociación. No debe permitirse que el carente manejo de la tecnología ocasione un quiebre de la negociación.

En la conciliación extrajudicial, el conciliador será quien se encargue de conducir la sesión; además de las habilidades desarrolladas para lograr un entendimiento entre las partes, también debe dominar las nuevas tecnologías. Tiene que ser capacitado en el uso de esta nueva plataforma virtual, ya que cualquier error podría ser materia de sanción administrativa por el MINJUSDH, según la normativa vigente.

Estamos frente a nuevos tiempos, hay que adecuarnos a esta nueva era digital; sin embargo, no debe dejarse de lado las habilidades de negociación, que servirán para negociar o conducir una sesión como conciliadores.

Avancemos sin perder de vista el objetivo: negociar.

REFERENCIAS

- Bush, R. A., y Folger, J. (1996). *La promesa de mediación. Cómo afrontar el conflicto mediante la revalorización y el reconocimiento*. Barcelona: Ediciones Granica.
- Fisher, R., Ury, W., y Patton, B. (1992). *Getting to yes. Negotiating an agreement without giving in* (2.ª ed.). Nueva York: Random House Business Books.
- Goleman, D. (2019). ¿Qué es la empatía? Y por qué es importante. En *Inteligencia emocional. Empatía* (pp. 1-14). Boston, MA: Harvard Business Review.
- Hernández, A. (2011). *Negociar es fácil, si sabe cómo. ¿Cuánto dinero pierde por desconocer las técnicas de negociación?* (13.ª ed.). Barcelona: Alienta Editorial.
- Malhotra, D. (2016). *Negociar lo imposible. Cómo destrabar y resolver conflictos difíciles (sin dinero, ni fuerza)*. Barcelona: Empresa Activa.
- Organismo Peruano de Consumidores y Usuarios. (30 de septiembre del 2020). Preocupante: Internet Perú fijo y móvil están 58 % y 37 % por debajo del promedio mundial en agosto. Recuperado de <https://opecu.org.pe/2020/09/30/opecu-preocupante-internet-peru-fijo-y-movil-estan-58-y-37-por-debajo-del-promedio-mundial-en-agosto/>
- Real Academia Española. (2020). *Diccionario de la lengua española*. Recuperado de <https://dle.rae.es/vinculante>
- Shell, R. (2005). *Negociar con ventaja. Estrategias de negociación para gente razonable*. Barcelona: Antoni Bosch Editor.
- Voss, C. (2016). *Rompe la barrera del no. Nueve principios para negociar como si te fuera la vida en ello*. Barcelona: Conecta.

EL NUEVO MEDIO DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS: *LOS DISPUTE BOARDS*

GONZALO GARCÍA CALDERÓN MOREYRA*
Universidad de Lima, Lima, Perú
ggarcia@ulima.edu.pe

Recibido: 16/11/2020 Aprobado: 23/11/2020
doi: <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2021.n052.4969>

RESUMEN. En este artículo se presenta a los *dispute boards* o juntas de resolución de disputas, un nuevo medio de solución de conflictos incorporado por la Ley de Contrataciones del Estado y la norma que regula la promoción de la inversión privada mediante asociaciones público-privadas, a fin de resolver controversias suscitadas durante la ejecución de un contrato de obra con el Estado peruano. La junta es un novedoso método de solución de conflictos derivados de la ejecución de obras estatales, que procura una rápida solución de disputas. Así, logra que las obras no se perjudiquen por el tiempo que demore la solución de la divergencia, permitiendo su continuidad. El Estado peruano apuesta por este nuevo medio de manera más ágil y especializada, con la intervención de los adjudicadores y centros de arbitraje para la organización y administración de estos medios de solución de disputas. De esta forma, se genera un contrato tripartito entre las partes del contrato de obra, los adjudicadores y el centro de administración.

PALABRAS CLAVE: medios de solución de conflictos / *dispute boards*
/ junta de resolución de disputas / conciliación / arbitraje / adjudicador
/ contrataciones con el Estado

* Magíster en Derecho Internacional Económico por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho Internacional. Árbitro nacional e internacional.

THE NEW MEANS OF DISPUTE RESOLUTION: THE DISPUTE BOARDS

ABSTRACT. This article presents the dispute boards or dispute resolution boards as a new means of dispute resolution provided for in the State Contracting Law and the regulation that promotes private investment through public-private associations, in order to settle disputes arising under a construction contract entered into with the Peruvian Government. The dispute board is a new method for resolving disputes resulting from the execution of government construction projects, and is aimed at finding a rapid dispute resolution. In this way, construction works are not affected by the time for the dispute settlement, thus being able to keep on schedule. The Peruvian Government is committed to this new agile and specialized means of dispute resolution, which has adjudicators and arbitration centers for its organization and administration. As a result, a tripartite contract is entered into between the parties involved in the construction contract, the adjudicators and the administration center.

KEYWORDS: means of dispute resolution / dispute boards / dispute resolution board / conciliation / arbitration / adjudicator / government contracts

INTRODUCCIÓN

Hace ya un tiempo —a nivel mundial— se utiliza en obras de construcción de gran envergadura, o proyectos de infraestructura, el mecanismo de solución de controversias denominado *dispute boards* o junta de resolución de disputas (JRD), como se conoce en el Perú.

En efecto, a nivel internacional hay varios centros como la International Federation of Consulting Engineers (FIDIC), la Cámara de Comercio Internacional (ICC) o incluso el mismo Banco Mundial que han establecido criterios, modelos de contratos para obras de construcción civil, entre otros proyectos o materias, a efectos de abordar este mecanismo de solución de conflictos con el objetivo de ayudar a prevenir, recomendar soluciones e incluso resolver controversias o disputas. Al respecto, Hernández García (2014) señala:

En muchas ocasiones, los profesionales de la construcción se quejan de que los proyectos se han legalizado a tal grado que resulta tan importante la capacidad técnica en un proyecto como la asesoría legal con la que las partes cuentan para enfrentarlo. Esto deviene de múltiples factores: algunos que tienen su raíz en aspectos técnicos tales como temas de diseño, planeación del proyecto, procedimientos constructivos ineficientes, entre muchos otros, mientras que en otros casos son el resultado de aspectos administrativos/legales como un esquema contractual inadecuado [...]. (p. 24)

En el Perú, el Estado ha incorporado legislativamente este medio de solución de conflictos en la Ley de Contrataciones del Estado, Ley N.º 30225, en su artículo 45:

45.1 Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato se resuelven mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes. [...] Las controversias sobre la nulidad del contrato solo pueden ser sometidas a arbitraje. [...]

45.3 Las partes pueden recurrir a la Junta de Resolución de Disputas en las contrataciones de obras, de acuerdo al valor referencial y demás condiciones previstas en el reglamento, siendo sus decisiones vinculantes. El reglamento puede establecer otros medios de solución de controversias.

La JRD se incorpora también en el Decreto Legislativo N.º 1362, norma que regula la promoción de la inversión privada mediante asociaciones público-privadas en el artículo 56.4: “Asimismo, las partes pueden someter las controversias a una Junta de Resolución de Disputas, conforme a lo dispuesto en el respectivo contrato, siendo su decisión vinculante para las partes, lo cual no limita la facultad de recurrir al arbitraje”.

El Estado peruano está incorporando herramientas con la finalidad de dar continuidad a las obras, cuya ejecución no se suspenda por discrepancias en la interpretación constructiva de la misma.

LA JUNTA DE RESOLUCIÓN DE DISPUTAS

Como consecuencia de estas normas, se viene implementando en diversas obras estatales este novedoso método de gestión para lograr que estas no se paralizen por divergencias suscitadas durante el desarrollo constructivo, habiendo el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) emitido una directiva sobre la materia.

Adicionalmente a los medios ya tradicionales establecidos en la normativa jurídica, como la conciliación y el arbitraje, se ha considerado adecuado incorporar un medio que no solo procure una pronta solución de las disputas, sino que priorice el logro del objeto materia de la contratación. A partir de ello, el procedimiento plantea una ventaja frente a la conciliación y para algunos —entre los que no me encuentro— también frente al arbitraje, ambas figuras recogidas en la Ley de Contrataciones del Estado.

Así pues, por un lado, a través de la JRD se pueden resolver controversias en un período muy corto de tiempo a través de las decisiones que emitan los adjudicadores, aspecto que no se contempla en la figura de la conciliación. Por otro lado, la solución se plantea de manera casi inmediata al problema, a diferencia de lo que sucede con el arbitraje, donde las partes tienen que poner al corriente al árbitro sobre la naturaleza y alcance de la controversia que se somete a su conocimiento. El beneficio de este nuevo mecanismo es que la obra no se vea perjudicada por el tiempo que pueda durar la solución de la divergencia.

Si bien podría señalarse que la JRD podría asimilarse a la figura de la conciliación decisoria, en esta última se requiere de la aceptación de las partes respecto de dicha decisión. Esto no ocurre con las decisiones de la JRD, que tienen un carácter vinculante, sin que ello signifique que luego de su aplicación no puedan ser objeto de una revisión posterior por parte de un árbitro único o tribunal arbitral, ya que no tienen el carácter de cosa juzgada.

Sin duda, este medio de solución de conflictos se encuentra en el mismo nivel que la negociación y la conciliación, en la medida en que son mecanismos previos al arbitraje o al Poder Judicial. La salvedad está dada en que, en este procedimiento, las disputas o desacuerdos que se generen en la ejecución del contrato serán resueltas por el adjudicador o adjudicadores mientras dure la obra, permitiendo la continuidad de esta y, solo luego de finalizada la misma, podrá recurrirse al medio heterocompositivo a efectos de discutir las decisiones de los adjudicadores y sus consecuencias económicas, de ser el caso. Se trata de una negociación asistida (los adjudicadores) que resuelve las disputas en la obra, con carácter vinculante inmediato, pero sujeta a una revisión mediata posterior por parte de un tribunal arbitral, si es que una de las partes considera que dicha decisión de la JRD no se ajusta a los términos contractuales.

Tanto el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú como el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima y el del Colegio de Ingenieros han publicado sendos reglamentos para que las partes que contratan con el Estado se sometan a sus directivas, a efectos de la organización y administración de este medio de solución de conflictos. Esta participación de la actividad privada en un ámbito que era de exclusiva competencia del Estado mediante el Poder Judicial —al igual que lo ocurrido con el arbitraje— va a hacer posible resolver conflictos de manera más ágil y especializada, generando confianza y permitiendo —ojalá— que la brecha en infraestructura de nuestro país pueda reducirse significativamente.

En estos casos, los centros cuentan —como en los casos arbitrales que administran— con una lista o nómina de adjudicadores. Así, las partes tienen el respaldo de la institución en cuanto a la designación de personas naturales que han pasado por el tamiz de la revisión de su calidad profesional y personal.

No solo es importante mencionar que poseen un reglamento y una nómina de neutrales, sino que, además, se rigen por un Código de Ética, pudiendo fiscalizar y sancionar a los adjudicadores que no actúen dentro del marco de la independencia e imparcialidad que se espera de ellos. Igualmente, tienen una tabla de honorarios y gastos tanto para los miembros de la JRD como para el centro, los cuales son asumidos en partes iguales por los involucrados en el contrato de obra, lo que garantiza una equidistancia del centro y los adjudicadores frente a las partes.

Como todo medio de solución de conflictos, este puede nacer por decisión legal o voluntaria. En este caso ocurre lo mismo, ya que las partes tienen la obligación legal de incorporar la JRD a contratos cuyos montos sean superiores a veinte millones de soles y la libertad de incluirlo o no en los contratos por montos inferiores. En ambos casos, se debe establecer un centro que tendrá a su cargo la organización de este medio y, en su oportunidad, se genera un contrato tripartito entre las partes del contrato de obra, los adjudicadores y el centro de administración.

ÉTICA DE LOS ADJUDICADORES

Al igual que en el arbitraje, los neutrales deben ser absolutamente ajenos a las partes en el proceso, independientes e imparciales, aplicándose los mismos criterios que se han establecido para los árbitros; además, tienen un deber de declaración desde el momento que son designados y aceptan el encargo. Sobre ello, en materia arbitral, se ha escrito mucho sobre las causales objetivas y subjetivas que pueden dar lugar a una recusación de los árbitros, y la necesidad de que durante el desarrollo del arbitraje permanezcan en esa condición, debiendo informar de cualquier hecho sobreviniente durante el tiempo en que se produzcan las actuaciones arbitrales.

En el caso de la JRD, ocurre exactamente lo mismo. Durante la ejecución de la obra, los adjudicadores deben permanecer libres de cualquier cuestionamiento que pueda poner en duda su imparcialidad o independencia. Por ello, tienen que declarar al momento de su aceptación cualquier hecho relevante ocurrido durante los cinco últimos años con relación a las partes, el supervisor de la obra, sus abogados, peritos, contadores, órganos societarios, accionistas, entre otros.

La Resolución N.º 184-2019 del OSCE plantea lineamientos éticos señalando, por ejemplo, las siguientes obligaciones:

- a. No tener interés financiero, económico o de otro tipo con relación a la entidad, el contratista o el supervisor, ni ningún interés financiero o económico relativo al contrato de obra [...].
- b. No haber sido contratado previamente como consultor u otro cargo por la entidad, el contratista o el supervisor [...].
- c. Haber informado por escrito a la entidad, el contratista y los demás miembros de la JRD, antes de celebrar el contrato tripartito y hasta donde alcance su conocimiento, sobre cualquier relación profesional o personal con la entidad, el contratista, el supervisor, los otros miembros de la JRD o funcionarios o empleados de entidad, el contratista o el supervisor cuyo trabajo esté o haya estado relacionado con el contrato de obra.
- d. Durante la vigencia del contrato tripartito, abstenerse de ser empleado, mantener vínculo alguno de subordinación o dependencia, directa o indirectamente, como consultor o de otra forma con la entidad, el contratista o el supervisor [...], así como abstenerse de entrar en negociaciones para intervenir en procesos de selección para trabajar o prestar servicios a los mismos. [...]
- g. Garantizar que se mantendrá disponible para cumplir con sus obligaciones como miembro de la JRD [...].

Es necesario resaltar que los designados para actuar como adjudicadores deben poseer una alta calificación moral para actuar dentro de un proceso constructivo que va a durar varios meses e incluso años. Por tanto, su neutralidad debe ser manifiesta, no debiendo existir ninguna circunstancia que pueda hacer dudar de dicha independencia e imparcialidad.

Como es natural, si ocurre alguna duda, las partes tienen el derecho de cuestionar la idoneidad o la falta de imparcialidad de algún miembro de la JRD, para lo cual deberán presentar la documentación sustentatoria que acredite su dicho. Esta información será puesta en conocimiento del adjudicador, quien podrá rechazarla, en cuyo caso la recusación será resuelta por el centro administrador. La resolución por parte del centro —al igual que en el arbitraje— es inimpugnable.

El mecanismo de designación, sea que se trate de un miembro o de tres, recae en la voluntad de las partes. La designación del adjudicador único se realizará por acuerdo de las partes. Este adjudicador deberá ser electo de la lista que para ese efecto proporcione el centro administrador, y tener la profesión de ingeniero o arquitecto. Si no se llega a un acuerdo, lo designará el centro.

En el caso de tres adjudicadores, las partes deben designar, de común acuerdo, a dos de ellos de la lista del centro y el presidente será designado por los adjudicadores nombrados por las partes, también de la lista del centro. Es similar, pero no igual, a la designación de los árbitros, en donde cada parte designa de manera directa a un árbitro y el tercero es designado de manera indirecta por estos, ya no por las partes. En la JRD, las partes deben ponerse de acuerdo en el nombre de los dos adjudicadores; no hay designación directa por cada una de ellas. Luego esos adjudicadores designarán al presidente del órgano colegiado. Lógicamente, si no hay acuerdo, lo designará el centro.

Por último, en el supuesto de que la recusación se declare fundada, procede la sustitución del adjudicador. Este será designado de la misma manera que el recusado: ya sea por las partes, por los adjudicadores que lo propusieron o por el centro, según sea el caso. Lo interesante es que la directiva señala que, mientras no se haya procedido a la designación del adjudicador sustituto, los otros dos miembros no podrán llevar adelante audiencias ni emitir decisiones, salvo autorización expresa de las partes.

INICIO DE FUNCIONES DE LOS ADJUDICADORES

Una vez aceptado el cargo, se deberá suscribir un contrato entre los adjudicadores, las partes y el centro. Este contrato puede constar en medios electrónicos, no necesariamente debe ser de manera física.

Los adjudicadores tienen como misión emitir decisiones vinculantes cuando ocurra una discrepancia en cuanto al proceso constructivo y/o a la interpretación del contrato, en donde las partes no logren conciliar sus intereses, permitiendo el desarrollo y continuidad de la obra. Pero los adjudicadores también ejercen una función de orientación hacia las partes de naturaleza preventiva, justamente a efectos de evitar que se produzca una interpretación diversa respecto al expediente técnico, a las bases o a cualquier hecho que pueda generar una futura controversia, para lo cual deberán visitar la obra durante el proceso constructivo de manera recurrente.

Es evidente que los adjudicadores no están facultados para interpretar la validez o invalidez del contrato ni para resolver ninguna cuestión que se encuentre regulada en el artículo 41 de la Ley de Arbitraje, ya que ello es competencia exclusiva de los árbitros. Me estoy refiriendo a los principios de separabilidad y de competencia de la competencia (*kompetenz-kompetenz*). En efecto, el artículo 41 de la Ley de Arbitraje señala que el

tribunal es el único competente para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones u objeciones al arbitraje. Podemos añadir: hasta sobre cuestiones relativas a la JRD, incluidas las excepciones de prescripción, caducidad, cosa juzgada. Los adjudicadores tampoco son competentes para resolver temas vinculados a prestaciones adicionales ni de carácter indemnizatorio por conceptos no previstos en la normativa de contratación pública, ni las controversias referidas al incumplimiento del pago final.

Los adjudicadores establecerán un calendario de visitas a la obra, ya que la idea es que acompañen el desarrollo de su ejecución. Además, deben conocer a profundidad los términos contractuales, esto es, cuáles son las obligaciones de ambas partes desde el punto de vista constructivo, para lo cual podrán requerir documentos, planos; convocar reuniones con el supervisor, el residente de la obra, los proyectistas; interrogar a los funcionarios e incluso a los obreros, sin que ello signifique estorbar o perjudicar la labor constructiva.

Luego de cada visita, en la cual participarán las partes, se levantará un acta o informe que será puesto en conocimiento de los interesados por intermedio del centro. Las conclusiones que se den en dicho informe no son vinculantes, por lo que podrán aceptar las sugerencias o no que se hagan en dicho documento. La Resolución N.º 184-2019 del OSCE señala al respecto:

Las reuniones y visitas a la obra deben ser lo suficientemente frecuentes con el propósito de que la JRD se mantenga informada de la ejecución de la obra y de cualquier desacuerdo o controversia desde el momento inicial. El centro coordina dichas reuniones y visitas, debiendo recibir la colaboración de las partes. Si la JRD lo solicita, estas deben facilitar un espacio de trabajo apropiado, alojamiento, medios de comunicación, equipos de oficina e informático, así como todo lo que sea necesario para viabilizar las reuniones de manera eficiente, procurando minimizar los gastos y el tiempo requerido.

Durante las reuniones de trabajo o las visitas a la obra, la JRD debe analizar con las partes la ejecución del contrato de obra, así como identificar los puntos de cualquier probable o posible desacuerdo con el ánimo de prevenir la controversia.

DECISIÓN VINCULANTE DE LA JUNTA DE RESOLUCIÓN DE DISPUTAS

Queda claro, entonces, que los adjudicadores pueden emitir una opinión, a modo de absolución de consulta, la cual no será vinculante para las partes. Asimismo, pueden emitir una decisión sobre una controversia concreta y determinada, la cual sí será vinculante.

En efecto, para someter una controversia a la JRD, la parte interesada debe presentar al centro una solicitud formal en donde se incluya de manera específica cuál es la naturaleza de la discrepancia, la posición de la parte solicitante y los fundamentos que sustentan dicha posición, tales como planos, cronograma de actividades, intercambio de correspondencia o consultas, anotaciones en el cuaderno de obras, entre otras.

El centro notificará la solicitud de solución del conflicto a la otra parte, que manifestará su posición y adjuntará las pruebas respecto a su interpretación sobre el conflicto generado. Posteriormente, la JRD emitirá una decisión, para lo cual previamente puede solicitar escuchar en una audiencia a las partes y solicitar de oficio documentación adicional que le permita generarse convicción sobre los hechos tratados; incluso puede citar testigos o peritos.

Tal y conforme sucede en el arbitraje, la decisión se adopta por escrito y por mayoría. Si no existiera mayoría, el voto decisorio es el del presidente de la JRD. Si alguno de los miembros no vota o no manifiesta de manera escrita su posición, se considera que se adhiere al voto de la mayoría o, en su caso, al del presidente.

La decisión debe estar motivada tomando como base el contrato de obra y la legislación pertinente al caso. También debe contener un resumen de los hechos materia de la controversia, la posición de las partes y las consideraciones que llevan al colegiado a tomar una decisión. Por último, se redacta la posición final de tal manera que permita su ejecución por parte del contratista ejecutor de la obra.

Rodríguez (2018) indica que existe un orden de preferencia para la aplicación de normas sustantivas, el cual es de orden público, lo que significa que su incumplimiento será sancionado con nulidad: la Constitución, la Ley de Contrataciones del Estado (LCE), el reglamento de la LCE, las normas de derecho público y las normas de derecho privado. También señala un orden de preferencia para la aplicación de normas procesales: la LCE, el reglamento de la LCE, las directivas que emita el OSCE, el contrato tripartito, las disposiciones que emita la JRD y, supletoriamente, las directivas y reglamentos del centro.

De manera similar a lo que sucede en el arbitraje, el proceso de toma de decisión de la JRD no puede ser arbitrario ni abusivo. Para ello, debe haberse cumplido con los principios de la teoría del proceso en lo que respecta al derecho de las partes a ser tratadas con igualdad, a ser escuchadas y a permitirles contradecir lo que la otra parte señala. En materia arbitral, tenemos el recurso de anulación que protege a las partes ante cualquier violación que pueda producirse desde el pacto arbitral, pasando por la elección de los árbitros, el desarrollo del procedimiento arbitral y, por supuesto, que la decisión final haya sido dictada dentro del plazo y cumpla con la debida motivación. ¿Qué sucede con aquellos casos en los cuales la JRD no cumpla con esta tutela procesal efectiva? Se podría sostener que siempre existirá la posibilidad de discutir la decisión de la JRD ante un tribunal arbitral, *ex post*, es decir luego de que se ejecute dicha decisión. Pero aquí no estamos discutiendo el fondo, sino la forma, el derecho constitucional al debido proceso, de ser escuchado, de contar con un procedimiento justo.

Lo grave es que esa violación del debido proceso, ese abuso de los miembros de la JRD, puede estar ordenando la continuidad de la obra bajo ciertas condiciones que pueden ocasionar daños y perjuicios a una de las partes, siendo ese daño irreparable.

No hay un recurso de anulación respecto de la forma en la cual se toman las decisiones por parte de la JRD. ¿Cabría un amparo? El tribunal arbitral no puede retrotraer las cosas al estado anterior, como sucede con algunas consecuencias señaladas por el artículo 65 respecto a las causales de anulación establecidas por nuestra legislación en materia arbitral. Este es un tema abierto que merece ser reglamentado.

Corresponde al centro notificar la decisión de la JRD a las partes, las cuales deben ejecutar la decisión y continuar la obra en los términos dispuestos por la decisión de la JRD. Independientemente de ello, en caso de no estar de acuerdo, se podrán reservar el derecho de interponer una demanda de arbitraje respecto a dicha decisión y las consecuencias que de ello se deriven.

Lo importante es que la decisión de la JRD debe cumplirse de manera inmediata, salvo algún recurso de aclaración de la decisión, sin posibilidad alguna de impedir su ejecución. El no cumplir con lo decidido por la JRD implicará una falta o grave incumplimiento del contrato, que puede generar la resolución del mismo. Además, la entidad podrá ejecutar la carta fianza de fiel cumplimiento, que normalmente es solidaria, incondicional y de realización automática.

En caso de que se acuda a un arbitraje para cuestionar la decisión de la JRD, el tribunal arbitral tiene todas las facultades para modificar, cuestionar y revisar la decisión de la JRD. El acceso al procedimiento arbitral se da luego de la finalización de la obra, efectuada la recepción de la misma. En ese momento podrán someterse a arbitraje todas o algunas de las decisiones comprendidas en la JRD, siempre que se haya manifestado su desacuerdo en su oportunidad.

Debe tenerse en cuenta el plazo de caducidad para poder acceder a un arbitraje, ya que para ello se establece un plazo de 30 días siguientes a la recepción de la obra. Lo lógico es aplicar el mismo criterio que se utiliza en el artículo 11 de la Ley de Arbitraje respecto a la renuncia al derecho a objetar, la cual dice lo siguiente:

Si una parte que conociendo, o debiendo conocer, que no se ha observado o se ha infringido una norma de este decreto legislativo de la que las partes pueden apartarse, o un acuerdo de las partes, o una disposición del reglamento arbitral aplicable, prosigue con el arbitraje y no objeta su incumplimiento tan pronto como le sea posible, se considerará que renuncia a objetar el laudo por dicha circunstancia.

El arbitraje será entre las partes del contrato, sin participación del centro ni de la JRD. No existe ninguna limitación normativa para que el arbitraje sea administrado por el mismo centro que administró y organizó la JRD.

CONCLUSIONES

1. El Perú viene apostando por diversos medios alternativos al Poder Judicial, como la conciliación, el arbitraje y ahora la junta de resolución de disputas (JRD).
2. La finalidad de este novísimo medio es tanto preventivo como decisorio.
3. Se tramitará bajo la organización y administración de un centro que cuente con una lista de adjudicadores, un código de ética, una infraestructura adecuada y una tabla de honorarios.
4. En caso de que se designe un adjudicador único, este deberá ser ingeniero o arquitecto.
5. Se suscribirá un contrato tripartito entre el centro, las partes y los adjudicadores.
6. Los adjudicadores deben emitir una declaración de imparcialidad e independencia.
7. Al aceptar el encargo, se obligan a mantener la confidencialidad del caso; sin embargo, las resoluciones que emitan son de carácter público.
8. La JRD inicia sus funciones con la suscripción de un acta de inicio o instalación, que deberá contener un calendario de reuniones y visitas periódicas a la obra.
9. La JRD tiene una función consultiva, por la cual podrá opinar de manera no vinculante, y una función decisoria, que es de carácter vinculante.
10. Las controversias se tramitarán a través del centro que administra y organiza la JRD.
11. El incumplimiento de las decisiones vinculantes será considerado un incumplimiento grave del contrato.
12. Cualquiera de las partes que esté en desacuerdo con lo decidido podrá acudir a arbitraje.

REFERENCIAS

- Hernández García, R. (2014). *Dispute boards* (paneles de solución de controversias) en Latinoamérica: retos y perspectivas de un fascinante medio de solución de controversias. En R. Hernández García (Coord.), *Dispute boards en Latinoamérica: experiencias y retos* (pp. 23-33). Lima: Estudio Mario Castillo Freyre.
- Rodríguez, L. (2018). *La junta de resolución de disputas en la contratación estatal peruana*. Lima: Servicios Gráficos.

RESOLUCIÓN ARBITRAL *EXTRA PETITA* POSLAUDO: ¿PROTESTAR EN SEDE ARBITRAL O JUDICIAL?

ROLANDO A. MARTEL CHANG*
Universidad de Lima, Lima, Perú
rmartel@ulima.edu.pe

Recibido: 15/11/2020 Aprobado: 22/11/2020
doi: <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2021.n052.4961>

RESUMEN. Quienes litigan en el arbitraje esperan que el tribunal arbitral resuelva el fondo de la controversia, lo que según la ley de la materia (Decreto Legislativo N.º 1071) se concretiza con la emisión del laudo. No obstante, la propia ley prevé una serie de solicitudes poslaudo que deben ser resueltas por el mismo tribunal arbitral que emitió el primero. Una de esas solicitudes es la de exclusión del laudo, que procede cuando se ha resuelto un extremo que no ha sido sometido a conocimiento del tribunal o que no es susceptible de arbitraje. Sin embargo, ¿qué ocurre cuando el supuesto de exclusión no se ubica en el laudo, sino en la resolución estimatoria poslaudo que resuelve alguna de las solicitudes? El tema es materia de este trabajo. De hecho, en la casuística judicial sobre anulación de laudos se han presentado demandas bajo este supuesto, que —como se dijo— no tiene regulación específica en la ley de la materia, y por eso consideramos necesario su abordaje, atendiendo a la importancia del arbitraje y sobre todo al derecho a la tutela efectiva que les asiste a los litigantes.

PALABRAS CLAVE: arbitraje / laudo arbitral / solicitud de exclusión
/ resolución poslaudo / recurso de anulación de laudo

* Doctor en Derecho por la Universidad de San Martín de Porres. Profesor universitario en la Universidad de San Martín de Porres, en Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad de Lima. Juez superior. Presidente de la Corte Superior de Justicia de Lima (2017-2018). Presidente de la Primera Sala Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima. Autor de libros y artículos en materia procesal.

POST-AWARD *EXTRA PETITA* RESOLUTION: TO PROTEST BEFORE THE ARBITRAL TRIBUNAL OR THE JUDICIAL BRANCH?

ABSTRACT. Those who litigate in arbitration expect the arbitral tribunal to resolve the merits of the dispute which, according to the law on the subject (Legislative Decree No. 1071), take place with the issuance of the award. However, the law itself provides for a series of post-award requests that must be resolved by the same arbitral tribunal that issued the first award. One of said requests is to exclude the award, which proceeds when an issue that has not been submitted to the court or is not subject to arbitration has been resolved. Nevertheless, what happens when the exclusion assumption is not included in the award but in the post-award resolution that settles any of the requests? The aforementioned is the subject matter of this paper. In fact, in the judicial casuistry on annulment of awards, lawsuits have been filed under this assumption, which—as mentioned before—does not have a specific regulation. For that reason, it is necessary to address this topic, taking into account the importance of arbitration and, overall, the right to effective judicial protection that litigants have.

KEYWORDS: arbitration / arbitration award / request for exclusion / post-award resolution / appeal for annulment of award

INTRODUCCIÓN

Desde hace algunos años, el arbitraje, como mecanismo de solución de controversias, tiene en nuestro país un importante desarrollo y uso, no solo en controversias que involucran a personas naturales y jurídicas de la actividad privada, sino también a entidades del sector estatal. La evidencia de lo dicho fluye de la casuística que manejan y administran los centros de arbitraje (Cámara de Comercio de Lima, PUCP, OSCE, entre otros), y de la importante carga procesal que tienen las dos Salas Comerciales de la Corte Superior de Justicia de Lima en materia de recursos de anulación de laudos.

De esta forma, el arbitraje, como mecanismo heterocompositivo de solución de controversias, tiene un gran papel en el rol estatal de brindar a la población tutela efectiva dentro de los procesos arbitrales, donde se decide sobre los derechos sustantivos de las partes que litigan en ellos. La importancia del arbitraje se mantiene a pesar de los hechos de dominio público que han impactado sobre él (como el caso Odebrecht, entre otros), y por ello corresponde, incluso al Poder Judicial en los procesos que conoce, adoptar decisiones que contribuyan a preservarlo.

El arbitraje aparece previsto en nuestra Constitución como jurisdicción. Existe debate, y de hecho así ocurre, sobre la naturaleza jurídica del arbitraje. Entre nosotros, el Tribunal Constitucional considera al arbitraje como jurisdicción. Así se lee, por ejemplo, en el precedente del caso María Julia (STC. Exp. N.º 142-2011-AA/TC, 2011).

EL LAUDO ARBITRAL Y EL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA PROCESAL

De acuerdo con el artículo 54 de la Ley de Arbitraje, con la emisión del laudo se decide la controversia. En tal sentido, el laudo arbitral (al igual que la sentencia en el proceso judicial) es el acto procesal más importante del proceso, porque debe contener la decisión de fondo que adopte el tribunal arbitral respecto a la(s) pretensión(es) postulada(s) en la demanda o en la reconvenición arbitral. El laudo cierra el debate ocurrido al interior del proceso arbitral.

Pero para que el laudo arbitral tenga ese contenido y fuerza jurídica, es necesario que su dictado se efectúe con pleno respeto del conjunto de garantías mínimas que le asiste a toda parte en el proceso arbitral, pues, de lo contrario, su validez estará seriamente comprometida. Dado que en el proceso arbitral se ventilan derechos patrimoniales o disponibles, dentro de ese conjunto de garantías se ubica el respeto al principio de congruencia procesal¹, en virtud del cual el tribunal arbitral, al resolver, debe hacerlo

1 El artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil se refiere a este principio: "Artículo VII.- El juez debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente. Sin embargo, no puede ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes".

respetando las pretensiones postuladas en la demanda o en la reconvencción arbitrales, así como los hechos alegados por las partes. No más que eso, ni menos, ni cosa distinta.

El principio de congruencia “[e]s el principio normativo que exige la identidad jurídica entre lo resuelto, en cualquier sentido, por el juez en la sentencia y las pretensiones y excepciones planteadas por las partes [...]” (Devis Echandía, 1984, p. 49). La falta de adecuación entre la parte dispositiva y las pretensiones deducidas en el proceso admite distintas manifestaciones: que la sentencia otorgue más de lo solicitado por el actor, que conceda menos de lo admitido por el demandado o que resuelva cosa distinta de lo pedido por ambas partes, omitiendo así el pronunciamiento respecto de las pretensiones deducidas en juicio (Picó i Junoi, 1997, p. 66).

De ocurrir lo contrario, esto es, si el tribunal resuelve sin respetar las pretensiones propuestas o sin considerar las alegaciones de las partes, se afecta el principio de congruencia procesal, así como también el derecho de defensa de la parte que no pudo realizar actos de alegación ni de prueba sobre el extremo que ha sido decidido sin haber sido postulado como pretensión. Este exceso es el que da lugar a laudos *extra petita*.

Devis Echandía (1984) sostiene que el principio de congruencia:

Tiene extraordinaria importancia [...], pues se liga íntimamente con el derecho constitucional de defensa, ya que este exige que el ajusticiado en cualquier clase de proceso conozca las pretensiones o las imputaciones que contra él o frente a él se han formulado, por lo que la violación de la congruencia implica la de aquel derecho; la actividad probatoria, las excepciones o simples defensas y las alegaciones se orientan lógicamente por las pretensiones, imputaciones, excepciones y defensas formuladas en el proceso. (p. 50)

Existe doctrina que entiende que esta causal solo opera cuando el fallo es *extra petita*, mas no cuando el fallo es *ultra petita* (Reggiardo Saavedra, 2016, p. 366). En opinión nuestra, en ambos casos existe exceso. En efecto, cuando el fallo es *extra petita* el tribunal ha resuelto sobre una pretensión no solicitada, y cuando el fallo es *ultra petita* resuelve en función de las pretensiones solicitadas, pero lo hace excediéndose al otorgar más de lo solicitado. Así, en cualquiera de estos dos escenarios debería proceder la causal de anulación por afectar el principio de congruencia.

Reggiardo Saavedra (2016) señala que “es incorrecto sostener que el fallo *ultra petita*, donde se otorga más de lo solicitado, sí es válido porque finalmente los árbitros se han pronunciado sobre una materia sometida a su decisión” (p. 367). El autor indica que, independientemente de que los árbitros puedan o no aplicar el principio de *iura novit curia*, es el principio de congruencia el que limita la aplicación del primero, ya que es este último el que garantiza que no se otorgue algo que no ha sido solicitado por el demandante.

Lo expuesto revela, entonces, que la validez del laudo arbitral tiene como uno de sus límites que se emita respetando plenamente el principio de congruencia procesal.

LA SOLICITUD DE EXCLUSIÓN DEL LAUDO POR RESOLVER UN EXTREMO NO SOMETIDO A CONOCIMIENTO DEL TRIBUNAL ARBITRAL

Una vez emitido y notificado el laudo, las partes tienen derecho a presentar, en caso de que corresponda, las solicitudes que están previstas en el artículo 58 del Decreto Legislativo N.º 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje², a saber: de rectificación, de interpretación, de integración y de exclusión.

Para efectos de este trabajo, interesa la solicitud de exclusión, la cual, de acuerdo con la disposición contenida en el inciso d) del numeral 1 del citado artículo 58, se presenta cuando en el laudo:

1. Se ha emitido pronunciamiento sobre algún extremo sin que estuviera sometido a conocimiento y decisión del tribunal arbitral.
2. Que no sea susceptible de arbitraje.

De los dos supuestos antes anotados, el primero es el que se relaciona con el principio de congruencia procesal, en la medida que, si bien se acepta la competencia del

2 Artículo 58.- Rectificación, interpretación, integración y exclusión del laudo.

1. Salvo acuerdo distinto de las partes o disposición diferente del reglamento arbitral aplicable:
 - a. Dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación del laudo, cualquiera de las partes puede solicitar la rectificación de cualquier error de cálculo, de transcripción, tipográfico o informático o de naturaleza similar.
 - b. Dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación del laudo, cualquiera de las partes puede solicitar la interpretación de algún extremo oscuro, impreciso o dudoso expresado en la parte decisoria del laudo o que influya en ella para determinar los alcances de la ejecución.
 - c. Dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación del laudo, cualquiera de las partes puede solicitar la integración del laudo por haberse omitido resolver cualquier extremo de la controversia sometida a conocimiento y decisión del tribunal arbitral.
 - d. Dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación del laudo, cualquiera de las partes puede solicitar la exclusión del laudo de algún extremo que hubiera sido objeto de pronunciamiento, sin que estuviera sometido a conocimiento y decisión del tribunal arbitral o que no sea susceptible de arbitraje.
 - e. El tribunal arbitral pondrá la solicitud en conocimiento de la otra parte por quince (15) días. Vencido dicho plazo, con la absolución o sin ella, el tribunal arbitral resolverá la solicitud en un plazo de quince (15) días. Este plazo puede ser ampliado a iniciativa del tribunal arbitral por quince (15) días adicionales.
 - f. El tribunal arbitral podrá también proceder a iniciativa propia a la rectificación, interpretación o integración del laudo, dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación del laudo.
2. La rectificación, interpretación, integración y exclusión formará parte del laudo. Contra esta decisión no procede reconsideración. La notificación de estas decisiones deberá realizarse dentro del plazo pactado por las partes, establecido en el reglamento arbitral aplicable o, en su defecto, en este artículo.
3. Si el tribunal arbitral no se pronuncia acerca de la rectificación, interpretación, integración y exclusión solicitadas dentro del plazo pactado por las partes, establecido en el reglamento arbitral aplicable o, en su defecto, en este artículo, se considerará que la solicitud ha sido denegada. No surtirá efecto cualquier decisión sobre rectificación, interpretación, integración y exclusión del laudo que sea notificada fuera de plazo.

tribunal para resolver la controversia, lo que se objeta es que se ha laudado en exceso, esto es, sobre un extremo no sometido a conocimiento del tribunal. En cambio, en el segundo supuesto, el tribunal no tiene competencia porque el extremo no es arbitrable, y el laudo mismo es inválido por este motivo, no por afectar la congruencia. Para que exista incongruencia, se requiere de materia arbitrable y que en el laudo se haya resuelto un extremo no sometido a conocimiento del tribunal arbitral.

Ahora bien, en cuanto al trámite, conforme al mismo artículo 58, el tribunal arbitral resuelve previo conocimiento de la parte contraria. Y, si no se pronuncia dentro del plazo pactado por las partes, establecido en el reglamento arbitral aplicable o en dicho artículo, se considerará que la solicitud ha sido denegada.

La solicitud de exclusión permite que el propio tribunal revise si efectivamente el laudo que ha emitido vulnera o no el principio de congruencia procesal por haberse pronunciado sobre una materia que no había sido puesta en su conocimiento. Si el tribunal ampara la solicitud de exclusión, desaparece el defecto y el laudo ya no será impugnado por lo menos por dicho defecto. Por el contrario, si la solicitud es desestimada, es probable que la parte afectada acuda a sede judicial a través del recurso de anulación de laudo. Nótese, pues, la importancia y valía de las solicitudes poslaudo, que, dependiendo de la respuesta del tribunal (resolución estimatoria), podrían evitar la impugnación del laudo.

RESOLUCIONES POSLAUDO Y EL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA

Ya hemos dicho que la tarea arbitral (que incluye la emisión del laudo) debe hacerse respetando el principio de congruencia procesal. Este mismo respeto debe tener el tribunal arbitral al emitir la resolución poslaudo (esto es, a la hora de atender y resolver una solicitud poslaudo), pues, de lo contrario, su validez y eficacia jurídica está en juego.

Acorde con lo que se ha venido anotando, cuando existe incongruencia en el laudo, la parte afectada debe presentar la solicitud de exclusión, que será resuelta por el tribunal. Dicha resolución no será necesariamente estimatoria, pues podría ser desestimatoria.

Ahora bien, la casuística judicial en materia de anulación de laudos está informando de la presentación de recursos de anulación de laudo donde el exceso (haber resuelto sobre un extremo no sometido a conocimiento del tribunal arbitral) no se atribuye al laudo mismo (resolución originaria), sino a la resolución estimatoria de la solicitud poslaudo, la cual pasa a formar parte del laudo, conforme se desprende de las reglas del artículo 63.2 de la Ley de Arbitraje.

La imputación de que el tribunal arbitral ha resuelto en exceso al expedir la resolución poslaudo, es decir que ha resuelto afectando la congruencia procesal, ha sucedido por ejemplo en el Expediente N.º 00574-2019-0-1817-SP-CO-01, donde la parte demandante que presentó el recurso de anulación expuso lo siguiente:

Cabe precisar que, ante lo resuelto en el laudo, tanto LA ENTIDAD como EL CONSORCIO presentaron pedidos de interpretación e integración. El primero de ellos fue declarado infundado, en tanto que el pedido de interpretación de EL CONSORCIO fue declarado fundado en parte y, como consecuencia de ello, se precisó el contenido del laudo en los extremos que se detallan a continuación:

SE RESUELVE:

- 1) PRIMERO: Declarar INFUNDADA la solicitud de interpretación e integración formulada por la Municipalidad de San Román.
- 2) SEGUNDO: Declarar FUNDADA EN PARTE la solicitud de interpretación formulada por el Consorcio Supervisión Juliaca debiéndose precisar que:
 - a. El pago de las valorizaciones 4, 5, 6, 7, 8 y 9 es más intereses contados a partir de la fecha en que estas valorizaciones debían ser pagadas.
 - b. Tanto la carta fianza por adelanto como por fiel cumplimiento deben ser devueltas al Consorcio Supervisor Juliaca.

En cuanto a los demás pedidos de integración son estos INFUNDADOS.

- 3) TERCERO: PRECISAR que la decisión contenida en la presente resolución forma parte del Laudo Arbitral.
 - LA ENTIDAD ha presentado la solicitud de interpretación e integración contra el laudo, lo que ha sido declarado infundado, pero contradictoriamente se ha resuelto declarar FUNDADA EN PARTE la solicitud de interpretación e integración formulada por EL CONSORCIO, precisándose que el pago de las valorizaciones es más intereses.
 - En base a lo resuelto en relación a tal solicitud post laudo, se ha agregado el pago de intereses, pese a que tal extremo "... NO HA SIDO PRETENDIDO POR EL CONSORCIO EN SU DEMANDA ARBITRAL, ES MÁS ESTA PRETENSIÓN DE PAGO DE INTERESES NO FUE SOMETIDA A ARBITRAJE, mucho menos es PUNTO CONTROVERTIDO, COMO SE ADVIERTE DEL TENOR DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS EXPUESTOS EN LA PÁG. 19, 20 y 22 del laudo arbitral...".
 - Finalmente, señala que al haberse ordenado el pago de valorizaciones más intereses, el tribunal arbitral ha invalidado el laudo, "... porque ha resuelto sobre materias no sometidas a su decisión por las partes...", ordenando el pago de las valorizaciones 4, 5, 6, 7, 8 y 9 más intereses, lo que califica como un pronunciamiento que no se ha basado en actuaciones arbitrales entre las partes en este proceso y no constan como acuerdo entre las partes, de tal forma que LA ENTIDAD no ha podido hacer valer el derecho conforme a ley.

Igual ha sucedido en el Expediente N.º 00450-2019-0-1817-SP-CO-01, donde la parte demandante que presentó el recurso de anulación alega lo siguiente:

Como se menciona, la aclaración efectuada por el Tribunal Arbitral en la resolución N.º 15 se da como respuesta al pedido de interpretación presentado por su parte. El Tribunal ha declarado fundado el pedido de interpretación y ha señalado

que modifica y reemplaza lo resuelto en el primer punto resolutive de la siguiente manera:

“Primero: Declarar FUNDADA EN PARTE la Primera Pretensión de la demanda. En consecuencia, declara y reconoce que el Contratista tiene el derecho a que se le reconozcan los gastos generales y costos directos derivados de la ampliación de plazo N.º 4, que sean debidamente acreditados, en cualquier momento hasta la liquidación del contrato. Pecto de la suma solicitada, el Tribunal Arbitral concluye que NO CORRESPONDE declarar la suma de 1'677,455.79 por conceptos de gastos generales variables y costos directos, toda vez que el contratista no ha cumplido con acreditar, en el presente arbitraje, la suma antes mencionada”.

Al respecto, cabe señalar que, como se puede apreciar en las pretensiones planteadas en la demanda y los puntos controvertidos fijados al interior del proceso arbitral, en ningún momento se solicitó al tribunal arbitral que se declare que el contratista tiene derecho a que se le reconozcan los gastos generales y costos directos derivados de la ampliación de plazo N.º 4, que sean debidamente acreditados, en cualquier momento hasta la liquidación del contrato. Lo que únicamente se puso a consideración del tribunal fue que se pronuncie sobre si le corresponde o no al contratista la suma de 1 677 455,79 soles por concepto de gastos generales variables y costos fijos. Por eso, es respecto de esto último que debió emitir pronunciamiento y no ir más allá de lo peticionado estableciendo algo que las partes no le solicitaron.

Estos dos casos judiciales dan cuenta precisa del objeto de estudio de este trabajo, pues se acusa que el tribunal arbitral ha resuelto afectando el principio de congruencia a la hora de emitir la resolución estimatoria poslaudo, donde se habría pronunciado sobre un extremo no sometido a su conocimiento.

EL RECURSO DE ANULACIÓN DE LAUDO *EXTRA PETITA*

Como es propio de toda demanda, también tratándose del recurso de anulación corresponde al órgano jurisdiccional competente calificar si este cumple o no con los requisitos de admisibilidad y de procedibilidad que establece la ley.

Con relación al objeto de estudio de este trabajo, el artículo 63.2 del Decreto Legislativo N.º 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje, establece lo siguiente:

Artículo 63.- Causales de anulación

[...]

2. Las causales previstas en los incisos a, b, c y d del numeral 1 de este artículo solo serán procedentes si fueron objeto de reclamo expreso en su momento ante el tribunal arbitral por la parte afectada y fueron desestimadas.

Según la citada disposición, cuando se presenta un recurso de anulación de laudo arbitral donde se invoca la causal del inciso d) del numeral 1 del artículo 63 de la Ley de Arbitraje, esto es, por haberse emitido un laudo *extra petita*, el órgano jurisdiccional debe verificar si el demandante ha cumplido con presentar la solicitud de exclusión y si esta ha sido desestimada, pues de lo contrario el recurso es improcedente.

La disposición en comentario contempla la posibilidad de presentar la solicitud de exclusión respecto del laudo, a fin de que el propio tribunal solucione, de ser el caso, el defecto del laudo por exceso.

Lo que no se ha contemplado en esa disposición ni en ninguna otra de la Ley de Arbitraje es si debe procederse de igual manera cuando el exceso no está en el laudo mismo, sino en la resolución estimatoria que resuelve alguna solicitud poslaudo (como podría ser de integración o de interpretación) y que pasa a formar parte del laudo.

Los casos judiciales de anulación de laudo arbitral mencionados en este trabajo dan cuenta de la situación antes descrita, frente a la cual la respuesta jurisdiccional ha sido favorecer el acceso a la justicia con base en el principio *pro actione*. A este criterio puede sumarse con suma facilidad el argumento de que la disposición del artículo 63.2 es de carácter restrictivo, en la medida que impone una barrera para quien decida acudir a sede judicial para anular un laudo arbitral, barrera que solo debe operar cuando el supuesto de improcedencia es claro y expreso, mas no cuando ello no suceda.

Esto es justamente lo que se ha encontrado en la situación que aborda este trabajo, donde la vulneración al principio de congruencia recién aparece en la resolución estimatoria poslaudo. En efecto, si la disposición que prevé un requisito de procedibilidad de la demanda es de carácter restrictivo, no puede por su propia naturaleza ser interpretada en sentido expansivo, lo que sí ocurre con disposiciones favorables a los derechos de los litigantes.

En el Expediente N.º 00574-2019-0-1817-SP-CO-01, la Sala Comercial argumenta lo siguiente:

Décimo Quinto. Ahora bien, en relación a la causal de anulación basada en el literal "d" del numeral 63.1 del Decreto Legislativo 1071, lo primero que debemos destacar es que el pago de intereses que da lugar al pedido de anulación de LA ENTIDAD es una decisión que recién aparece como consecuencia de la emisión de la resolución post laudo del 30 de septiembre de 2019, y LA ENTIDAD optó por acudir directamente al Poder Judicial sin realizar reclamo alguno ante el Tribunal Arbitral. En tal contexto, en el particular caso que ahora se analiza, no corresponde exigir a LA ENTIDAD que haya hecho uso del reclamo previo que prevé el numeral 63.2 del Decreto Legislativo 1071, pues nos encontramos ante una circunstancia no prevista en tal enunciado normativo, por lo que en observancia del principio *pro actione* corresponde analizar el aspecto sustantivo de tal cuestionamiento.

Y, en el Expediente N.º 00450-2019-0-1817-SP-CO-01, este mismo órgano jurisdiccional argumenta lo siguiente:

SEXTO: Comparando los argumentos de la citada solicitud de interpretación del laudo arbitral, con los argumentos referidos en el recurso de anulación de laudo presentado sobre la causal b) de la Ley de Arbitraje, se verifica con claridad que los temas propuestos en el presente recurso de anulación han sido postulados también en el citado recurso post laudo, razón por la cual corresponde a este Colegiado Superior emitir pronunciamiento en torno a la anulación presentada por el recurrente. Asimismo, respecto a la causal d), estando a que el pedido de exclusión se ha realizado contra la resolución que resuelve el recurso post laudo, corresponde emitir pronunciamiento en torno a ello, toda vez que la ley arbitral no prevé solicitud alguna contra esta resolución post laudo.

Al margen del resultado de los dos casos judiciales antes señalados, que no fue favorable a la parte reclamante, lo cierto es que la protesta da cuenta de una situación concreta no prevista en la ley de la materia, frente a la cual el órgano jurisdiccional ha optado por favorecer los derechos constitucionales de acceso a la justicia y a la tutela efectiva, pero que bien podría dar lugar a una reforma legal que, regulando esta situación, permita a la parte afectada formular su reclamo en sede arbitral y al tribunal resolver (y en su caso, corregir) el exceso que pudiera existir en el laudo complementado con la resolución poslaudo. De este modo, será siempre el tribunal arbitral quien tendrá la posibilidad legal de superar, si fuera el caso, el defecto del laudo por exceso. Como están las cosas ahora, tal posibilidad solo la tiene cuando el exceso está en el laudo, mas no cuando está en la resolución estimatoria poslaudo, que, como se dijo, forma parte del laudo.

Claro que, en tanto no haya regulación legal específica, consideramos que la solución que ha adoptado el órgano jurisdiccional es conforme al ordenamiento jurídico y a los derechos constitucionales antes mencionados.

EL RECURSO DE ANULACIÓN DE LAUDO POR AFECTARSE LA CONGRUENCIA CON BASE EN LAS CAUSALES B) Y C) DEL ARTÍCULO 63, NUMERAL 1, DE LA LEY DE ARBITRAJE

Bajo la idea de que el laudo ha afectado el principio de congruencia, en sede judicial se han presentado recursos de anulación acusando que con ese defecto se ha vulnerado el principio de motivación de las resoluciones. La casuística muestra que esta protesta se ha encuadrado dentro de las causales previstas en los incisos b) y c) del numeral 1 del artículo 63 de la Ley de Arbitraje, a saber:

Artículo 63.- Causales de anulación

1. El laudo solo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe:

[...]

- 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* [cursivas añadidas].
- 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* [cursivas añadidas], salvo que dicho acuerdo o disposición estuvieran en conflicto con una disposición de este 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 este Decreto Legislativo.

[...]

Respecto al contenido esencial del derecho a la motivación, el Tribunal Constitucional expresa lo siguiente:

El derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales se respeta siempre que exista fundamentación jurídica, congruencia entre lo pedido y lo resuelto [cursivas añadidas] y por sí mismo exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun si esta es breve o concisa, o se presenta un supuesto de motivación por remisión. (STC. Exp. N.º 04228-2005-HC/TC, 2006, fundamento jurídico 1)

Lo anotado por el Tribunal Constitucional deja claro que, cuando se afecta el principio de congruencia, también se afecta la motivación de las resoluciones.

Tratándose de este defecto de motivación de las resoluciones, en la praxis judicial se ha establecido que ninguna de las solicitudes poslaudo permite que el propio tribunal arbitral subsane los defectos de motivación que acusa la parte reclamante, y desde este punto de vista no es necesario que se presente en sede arbitral solicitud alguna. Ahora bien, si el interesado decide presentarla, tal hecho no afecta su derecho de acudir a la anulación del laudo³.

CONCLUSIONES

La realidad del litigio, arbitral y judicial, siempre supera cualquier programa legal, en la medida que los casos concretos dan cuenta de situaciones no previstas en dicho programa.

Los requisitos de procedibilidad de toda demanda son verificables por los órganos jurisdiccionales, en la medida que su exigencia esté clara y expresamente prevista en una disposición legal. Esta disposición es, entonces, restrictiva del derecho de acceso a la justicia, y si no existe esa disposición expresa, debe favorecerse el acceso a la justicia.

3 Puede consultarse mayor explicación sobre este tema en Martel (2018, pp. 34-40).

Si bien las situaciones no previstas en un programa legal, como lo es la Ley de Arbitraje, se atienden y resuelven acudiendo al ordenamiento jurídico en su conjunto, lo mejor sería que tales situaciones se regulen de modo específico en la ley de la materia, a fin de conservar la idea que contiene el programa legal, como es la de permitir al propio tribunal arbitral la posibilidad de solucionar los problemas de un laudo *extra petita*, cosa que por ahora no sucede en la situación descrita en este trabajo.

En tanto no haya regulación específica en la ley de la materia que atienda la situación descrita en este trabajo, resulta adecuada la respuesta jurisdiccional de favorecer la protesta de los litigantes que acusan que el laudo ha emitido un pronunciamiento *extra petita* en la resolución estimatoria poslaudo, lo que debe entenderse en el sentido de dar lugar a la revisión de la protesta, mas no de resolver favorablemente a ella.

REFERENCIAS

Devis Echandía, H. (1984). *Teoría general del proceso*. Buenos Aires: Editorial Universidad.

Martel, R. (2018). *La anulación de laudos arbitrales en la jurisprudencia*. Lima: Gaceta Jurídica.

Picó i Junoy, J. (1997). *Las garantías constitucionales del proceso*. Barcelona. J. M. Bosch Editor.

Reggiardo Saavedra, M. (2016). La anulación de laudo por defectos de motivación en Perú. En G. Priori Posada (Coord.), *Argumentación jurídica y motivación de las resoluciones judiciales* (pp. 357-372). Lima: Palestra Editores.

Sentencia recaída en el Expediente N.º 04228-2005-HC/TC. (2006). Tribunal Constitucional del Perú. Recuperado de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/04228-2005-HC.html>

Sentencia recaída en el Expediente N.º 00142-2011-PA/TC. (2011). Tribunal Constitucional del Perú. Recuperado de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/00142-2011-AA.html>

PRINCIPALES RIESGOS Y LÍMITES DE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE *IURA NOVIT CURIA* EN EL ARBITRAJE NACIONAL

MARCIAL G. GUTIÉRREZ LÚCAR*
Universidad de Lima, Lima, Perú
mguiterr@ulima.edu.pe

Recibido: 28/1/2021 Aprobado: 4/2/2021
doi: <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2021.n052.5078>

RESUMEN. El principio de *iura novit curia* es un principio general del derecho, por el cual los jueces se encuentran obligados a aplicar, en los procesos judiciales, las normas respectivas si no han sido invocadas por las partes procesales. Sin embargo, ¿dicha obligación debe ser trasladada a los tribunales arbitrales? La presente investigación intenta acercarnos a una respuesta, así como a los problemas prácticos que se generan cuando los árbitros deciden implementar este principio al emitir su laudo.

PALABRAS CLAVE: principio de *iura novit curia* / tribunal arbitral / debido proceso / motivación / derecho de defensa / derecho de contradicción

MAIN RISKS AND LIMITS OF APPLYING THE PRINCIPLE OF *IURA NOVIT CURIA* IN NATIONAL ARBITRATION

ABSTRACT. *Iura novit curia* is a general principle of law by which judges are obliged to apply, in judicial proceedings, the respective law if it has not been invoked by the procedural parties. However, should this obligation be transferred to the arbitral tribunals? This research tries to approach an answer, as well as the practical problems that are generated when arbitrators decide to implement this principle while they issue their award.

KEYWORDS: principle of *iura novit curia* / arbitral tribunal / due process / motivation / right of self-defense / right to reply

* Abogado con mención *magna cum laude* y con estudios de maestría en Derecho por la Universidad de Lima. Docente adjunto de cursos como Obligaciones y Derecho Procesal Civil en la misma casa de estudios, así como docente invitado en el curso de Arbitrajes Especiales. Actualmente, se desempeña como asociado sénior de la firma Rafael Prado | Litigio Judicial y Arbitral.

INTRODUCCIÓN

El aforismo *iura novit curia*, cuya traducción literal es “el tribunal conoce el derecho”, como es de común conocimiento, implica que quien vaya a resolver una controversia —originalmente judicial— lo haga aplicando la normativa jurídica adecuada, cuando esta no ha sido invocada por la parte demandante y/o demandada. Ello, claro está, bajo diversos límites como, por ejemplo, la no contravención del derecho al debido proceso de las partes.

Actualmente, no existen mayores dudas conceptuales respecto de los alcances de este aforismo, que ha sido regulado textualmente por el artículo VII del Título Preliminar del Código Civil peruano (en adelante, Código Civil). Sin embargo, consideramos pertinente analizar si corresponde su aplicación en el arbitraje nacional, cuyo tribunal arbitral está constituido por árbitros peruanos y, además, se haya pactado que el Código Civil sea la norma para la solución de la controversia. Adicionalmente, también abordaremos las consecuencias que el proceder del tribunal arbitral puede generar respecto del derecho al debido proceso de las partes arbitrales, de la exigibilidad del laudo y los riesgos para que se inicie un proceso de anulación de laudo.

NORMATIVA APLICABLE A LOS ARBITRAJES Y EL DEBER (O FACULTAD) DE EMPLEAR EL PRINCIPIO DE *IURA NOVIT CURIA*

Desde una perspectiva práctica, la normativa y los principios generales que regularán al arbitraje nacional dependerán, principalmente, de los siguientes factores:

1. Primero, de las normas sustantivas empleadas para la resolución de la controversia, conforme a lo pactado por las partes.
2. En segundo lugar, con relación a la *lex arbitri* y las reglas procedimentales que se establezcan para la tramitación del arbitraje.
3. Por último, por las disposiciones jurídicas aplicables para analizar la existencia, validez o ejecución de la cláusula arbitral, las cuales pueden ser distintas de los empleados para la resolución de la controversia.

En el caso del arbitraje nacional, lo habitual es que se pacte la aplicación del Código Civil para la resolución de la controversia, recordando que el principio de *iura novit curia* se encuentra positivizado en el artículo VII de su Título Preliminar, el cual establece para los jueces la obligación de aplicar el derecho respectivo al caso concreto. En ese sentido, la primera duda que nos formulamos es si este principio debe ser aplicado de todas maneras en el arbitraje nacional y si corresponde hacerlo con la misma exigencia que a un órgano jurisdiccional.

Al respecto, debido a la misma naturaleza del principio de *iura novit curia*, podemos encontrar dos situaciones:

1. La primera de ellas está vinculada a que, al ser un principio general del derecho y positivizado en el artículo VII del Título Preliminar del Código Civil, estaríamos ante un deber exigible no solo a los jueces, sino también a los integrantes de un tribunal arbitral. En este sentido, a fin de evitar cualquier supuesto de responsabilidad, los árbitros tendrían que aplicar este principio.
2. En contraste, debemos tomar en cuenta el contexto en el que se reguló el Código Civil, así como que entró en vigencia en 1984, cuando en nuestro país no existía una actividad arbitral relevante. Asimismo, el artículo VII del Título Preliminar del Código Civil fue pensado para definir un deber de los jueces, lo que está relacionado con que nuestro sistema de justicia estatal cumpla con una finalidad social. Este aspecto no se replica en el arbitraje, en donde se promueve la resolución de una controversia privada y cuyos efectos se mantienen en la confidencialidad de las partes. Adicionalmente, en comparación con un proceso judicial, se presume que en el arbitraje existe igualdad entre las partes arbitrales, quienes han renunciado a la jurisdicción natural y a las garantías que dicho sistema otorga.

Tomando en cuenta lo expuesto, podemos entender que en el arbitraje existe un sistema de autorresponsabilidad asumido por las partes arbitrales, por lo que la omisión en su defensa —como no invocar la norma respectiva— no debería ser suplida por el tribunal arbitral, pues ello implicaría una colisión con su deber de imparcialidad. Sin embargo, no podemos concluir que el principio de *iura novit curia* no sea aplicado, ya que legalmente existe un límite para el proceder de las partes y el tribunal arbitral: *las normas de orden público*.

Así, concluimos que el principio de *iura novit curia* en el arbitraje puede ser entendido como una facultad antes que como un deber del tribunal arbitral. Sin embargo, dicha facultad sí se tornaría un mandato de acción cuando la norma que se debería aplicar es una de orden público. Esto ocurre con los arbitrajes de contrataciones con el Estado o en los de seguros, donde existe una regulación especial y contra la que no puede existir un pacto en contrario.

La exposición realizada hasta el momento tiene por objetivo que quienes accedan al presente trabajo conozcan que el principio de *iura novit curia* puede ser interpretado en, al menos, dos sentidos, en relación con su aplicación al arbitraje nacional, los que no son contradictorios entre sí. Lo importante es que el lector tenga estas interpretaciones a su disposición, pudiendo suscribir alguna de ellas o generarse una postura distinta, lo que enriquece el debate.

ALCANCES DEL PRINCIPIO DE *IURA NOVIT CURIA*

Independientemente de la postura que se adopte sobre la exigibilidad de la aplicación del principio de *iura novit curia* al arbitraje, en la presente sección abordaremos sus alcances. Recordemos que este aforismo ha sido regulado en el artículo VII del Título Preliminar del Código Civil de la siguiente manera: “Los jueces tienen la obligación de aplicar la norma jurídica pertinente, aunque no haya sido invocada en la demanda” (Decreto Legislativo N.º 295, 1984).

Si bien esta norma está redactada empleando el término *los jueces*, este podría ser adecuado al de *tribunal arbitral*, considerando que se haya acordado la aplicación de dicho cuerpo normativo para la resolución de la controversia arbitral, tal como ocurre con el resto¹ de articulado del Código Civil.

Por otro lado, respecto a los alcances del principio bajo comentario, consideramos pertinente tomar en cuenta los siguientes puntos:

1. El texto expreso del artículo VII del Título Preliminar del Código Civil establece que “los jueces tienen la obligación de aplicar la norma jurídica pertinente”. Esto nos conduce a concluir que, sin excepción alguna, quien resuelva una controversia empleando la normativa del Código Civil tiene el poder-deber de impartir justicia, al amparo del supuesto de hecho jurídico respectivo, pese a que no haya sido invocado por las partes, sea mediante la demanda o la contestación de demanda.
2. Prosiguiendo con la lectura expresa del artículo en cuestión, advertimos que hace referencia al deber de aplicación de la norma jurídica pertinente cuando “no haya sido invocada en la demanda”. Ello nos permite concluir que no procede este deber cuando el error se debe a la falta de diligencia del demandado. Al respecto, ya que este principio tiene por finalidad la aplicación adecuada de la norma al caso concreto, independientemente de quién sea responsable de la omisión, consideramos que procederá inclusive si el demandado incurre en la falta de precisión.

Cabe mencionar, aunque puede resultar lógico, que el término *demanda* también comprende a la reconvencción interpuesta por la parte demandada en un proceso judicial o en un arbitraje.

3. Si bien el principio de *iura novit curia* está contenido en una norma sustantiva, no cabe duda de que comprende una disposición procedimental, pues determina

1 A título de ejemplo, contamos con los artículos 1332, 1346, 1440, 1528, 1576 del Código Civil, así como otros, por los que se realiza una expresa referencia al término *juez*, pero que, sin inconveniente alguno, son adecuados y se modifica dicho término por el de *tribunal arbitral*, una vez que se pretende aplicar en un arbitraje.

cómo deberá proceder un juez en un proceso judicial o un tribunal arbitral en un arbitraje.

Con relación a ello, desde una perspectiva puramente judicial, la doctrina española precisa que el pronunciamiento emitido, aplicando este principio, no debe ir en contra de lo requerido (pretensión) ni del sustento de lo peticionado (causa de pedir) (Díez-Picazo y Gullón Ballesteros, 1982, p. 227). Consideramos que con un criterio analógico dichas apreciaciones son trasladables al arbitraje sin problema alguno.

4. Como acertadamente señala la doctrina, exigir a los jueces —así como se pretendería hacerlo con los integrantes de un tribunal arbitral— la aplicación del derecho respectivo al caso concreto se sustenta en la presunción lógica de que ellos conocen lo suficiente de la normativa en cuestión (Espinoza Espinoza, 2011, p. 466). Así pues, se encuentran facultados para identificar las fallas en la invocación realizada por las partes —sea al demandar, contestar la demanda o reconvenir— y, aún más importante, para aplicar el derecho que consideren correcto a la materia de análisis. Esto, sin lugar a dudas, también comprende a las disposiciones de orden público.
5. Al aplicar el principio de *iura novit curia*, sea el juez o el tribunal arbitral, consideramos necesario que, al emitir un pronunciamiento, se realice una explicación clara del porqué las alegaciones jurídicas realizadas por las partes son imperitinentes. Pues, de no hacerlo, se configuraría un claro supuesto de indebida motivación, sea de la sentencia o del laudo, lo que acarrea su nulidad.
6. Por último, un aspecto importante que no se desprende del artículo VII del Título Preliminar del Código Civil es, si se decide hacerlo, ¿cuándo debe comunicarse la posible aplicación del principio de *iura novit curia*? Este es el principal problema que se identifica no solo en el ámbito judicial, sino también en el arbitral. Asimismo, esta es una de las principales limitantes para que los tribunales arbitrales lo apliquen en su práctica, lo que analizaremos en la presente investigación.

Tomando en cuenta la regulación del aforismo *iura novit curia* en nuestro ordenamiento, nos referiremos a las obligaciones generales del tribunal arbitral y, posteriormente, a las situaciones que se generan por la interrelación de ambas instituciones.

LA CLÁUSULA ARBITRAL Y LAS OBLIGACIONES DEL TRIBUNAL ARBITRAL

No cabe duda de que quienes celebran un acuerdo arbitral lo hacen con la finalidad de encomendar la resolución de una controversia al tribunal arbitral, dado que las principales virtudes del arbitraje, como lo ha reconocido la doctrina internacional (González

de Cossío, 2011, p. 124), son (i) la especialidad de quienes integran el tribunal arbitral y, además, (ii) la eficiencia del arbitraje en sí mismo, pues un experto neutral le dedicará el tiempo necesario para que la controversia sea resuelta adecuada y oportunamente.

En ese sentido, como consecuencia del encargo realizado por las partes suscriptoras del acuerdo de arbitraje, el tribunal arbitral estará sujeto a diversas obligaciones —aceptadas por la doctrina y reguladas normativamente—, así como contará con determinadas facultades de actuación:

Conducción del arbitraje

El tribunal arbitral cuenta con las facultades para administrar el arbitraje bajo los parámetros que estime pertinente, al ser considerado como el director del mismo. Ello no solo se desprende de la posición mayoritaria de la doctrina, sino que, además, ha sido regulado por el numeral 3)² del artículo 3 del Decreto Legislativo N.º 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje (en adelante, Ley de Arbitraje).

Esta facultad de dirección del arbitraje es relevante, dado que permitirá al tribunal arbitral que adopte, en principio, la mejor decisión respecto a cómo proceder si identifica que debe hacer uso del *iura novit curia*, evitando la afectación de alguno de sus demás deberes como director del arbitraje.

Debido proceso

El derecho al debido proceso comprende el “dar a las partes oportunidad de hacer valer sus derechos. El fundamento y razón de ser de dicho principio es incuestionable” (González de Cossío, 2011, p. 444). Esta obligación se encuentra regulada en el numeral 2) del artículo 34 de la Ley de Arbitraje, que dispone: “El tribunal arbitral deberá tratar a las partes con igualdad y darle a cada una de ellas suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos” (Decreto Legislativo N.º 1071, 2008).

En cuanto a lo mencionado en el párrafo anterior, podemos señalar que algunas de las manifestaciones del derecho al debido proceso son el ejercicio del derecho de defensa, el derecho a la prueba y el de contradicción.

En lo que respecta al arbitraje nacional peruano, no cabe duda de que los principios antes mencionados se encuentran regulados en la Ley de Arbitraje, específicamente en

2 Artículo 3 de la Ley de Arbitraje: “[...] 3. El tribunal arbitral tiene plenas atribuciones para iniciar y continuar con el trámite de las actuaciones arbitrales, decidir acerca de su propia competencia y dictar el laudo. [...]”.

(i) el numeral 1³ de su artículo 39 (derecho de defensa y de contradicción) y (ii) el numeral 2⁴ de su artículo 39 (derecho a la prueba).

Asimismo, no debemos perder de vista que el derecho de defensa comprende la facultad que tienen las partes arbitrales para defenderse en el arbitraje, mientras que el de contradicción implica garantizar que cualquiera de las partes arbitrales conozca las actuaciones de la contraria y, de esa manera, ejerza su derecho de defensa. Por otro lado, el derecho a la prueba supone que, en el marco del ejercicio del derecho de defensa y el de contradicción, cualquiera de las partes arbitrales cuente con la oportunidad de respaldar sus aseveraciones con los medios de prueba respectivos, en las oportunidades preestablecidas.

Como parte de la tramitación del arbitraje, es probable que el tribunal arbitral se encuentre ante situaciones que generen la contravención al debido proceso, como podría ocurrir cuando se presenta el dilema de cómo aplicar el principio de *iura novit curia*. En ese caso, la doctrina nos propone una salida:

Si bien el tema es debatible y dependiente de las circunstancias del caso, existen dos sugerencias generales que pueden hacerse. *La primera a los árbitros: en caso de duda, vale la pena ser conservador sobre las medidas/decisiones que pueda parecer que le restan a una parte su derecho a presentar plenamente su caso. A su vez, deben documentarse con detalle en el laudo los motivos por los que el tribunal optó por cierta medida que pudiera, a primera impresión de quien no presencié los hechos, parecer que incumple el principio* [cursivas añadidas]. La segunda a los jueces que conozcan de la posible nulidad o no-reconocimiento/ejecución del laudo: cuando una medida adoptada por un tribunal arbitral parezca no haberle permitido a una parte ejercer sus derechos, esta debe aquilatarse contra el hecho de que el tribunal es quien tiene mayor conocimiento sobre el caso y que tiene la misión de seguir el procedimiento con celeridad y orden, por lo que es recomendable que solo en casos extremos claramente injustos se le reste validez a un laudo con fundamento en esta circunstancia. (González de Cossío, 2011, p. 444)

Según la cita anterior, el tribunal arbitral debe ser extremadamente cauteloso cuando adopte una decisión que implique, de cierta manera, una contravención al debido proceso. Es necesario que dicha recomendación sea tomada en cuenta por el tribunal arbitral cuando advierta que existe la posibilidad de aplicar el principio de *iura novit curia*, así como cuando vaya a emitir su laudo.

3 Artículo 39 de la Ley de Arbitraje, numeral 1: "Dentro del plazo convenido por las partes o determinado por el tribunal arbitral y a menos que las partes hayan acordado algo distinto respecto del contenido de la demanda y de la contestación, el demandante deberá alegar los hechos en que se funda, la naturaleza y las circunstancias de la controversia y las pretensiones que formula y el demandado deberá establecer su posición respecto a lo planteado en la demanda. [...]".

4 Artículo 39 de la Ley de Arbitraje, numeral 2: "Las partes, al plantear su demanda y contestación, deberán aportar todos los documentos que consideren pertinentes o hacer referencia a los documentos u otras pruebas que vayan a presentar o proponer. [...]".

Igualdad

El contenido de este principio es totalmente predecible, dado que se resume en que es obligación del tribunal arbitral tratar a las partes de manera igualitaria. Ello implica, sin duda alguna, que a lo largo del procedimiento arbitral las partes se enfrenten entre sí evitando cualquier tipo de situación por la cual se considere que una de estas se encuentre beneficiada respecto de la otra.

El numeral 2 del artículo 34 de la Ley de Arbitraje establece de forma expresa que “el tribunal arbitral deberá tratar a las partes con igualdad” (Decreto Legislativo N.º 1071, 2008). Así pues, no nos encontramos ante una mera premisa que proviene de la doctrina, sino que cuenta con un respaldo normativo.

Motivar el laudo

Como hemos comentado previamente, la finalidad del arbitraje es poner fin a una controversia, lo que será posible mediante la emisión del laudo. Este deberá cumplir con requisitos mínimos como ser debidamente motivado, dado que es la única manera en que ambas partes conozcan, a ciencia cierta, por qué el tribunal arbitral ha decidido darle la razón a una de ellas y, consecuentemente, a rechazar la posición de la otra (González de Cossío, 2011, p. 448).

Sobre este punto, también nos encontramos ante una obligación de naturaleza legal, que está regulada en el numeral 1⁵ del artículo 56 de la Ley de Arbitraje.

Emitir un laudo ejecutable

Por último, las partes que suscriben un acuerdo arbitral buscan que el arbitraje culmine con la emisión de un laudo y que este surta efectos de forma integral, siendo esta la única manera de poner fin a la controversia que ha sido sometida al procedimiento arbitral. Ello implica, sin lugar a dudas, que el laudo deba ser calificado como ejecutable y, en tal sentido, se cumpla con la finalidad del procedimiento arbitral.

Los deberes y facultades del tribunal arbitral que hemos desarrollado en la presente sección deben ser tomados en cuenta por los árbitros al definir no solo si deben aplicar el principio de *iura novit curia*, sino, además, cómo corresponde proceder para evitar privar del debido proceso a alguna de las partes del arbitraje.

5 Artículo 56 de la Ley de Arbitraje, numeral 1: “Todo laudo deberá ser motivado, a menos que las partes hayan convenido algo distinto o que se trate de un laudo pronunciado en los términos convenidos por las partes conforme al artículo 50. Constarán en el laudo la fecha en que ha sido dictado y el lugar del arbitraje determinado de conformidad con el numeral 1 del artículo 35. El laudo se considera dictado en ese lugar. [...]”.

DILEMAS PRÁCTICOS VINCULADOS A LA APLICACIÓN DEL *IURA NOVIT CURIA*

La implementación del principio de *iura novit curia*, en caso así lo decida el tribunal arbitral, aparentemente, comprende la sola aplicación de una norma jurídica al caso concreto, por lo que no se deberían generar mayores problemas. Sin embargo, consideramos que ello no es del todo cierto, porque existen supuestos en los cuales, debido a la oportunidad en la que el tribunal arbitral decide implementar esta medida, se afecta al debido proceso de las partes arbitrales.

El punto de partida de este análisis guarda vinculación con cuándo el tribunal arbitral advierte que, siquiera, ha considerado la aplicación del principio de *iura novit curia* al momento de laudar, pues detectó que existe un inconveniente con la normativa invocada por las partes y, consecuentemente, decide suplir dicha omisión.

Conforme a la práctica arbitral nacional, hemos identificado diversos escenarios que se generan por la aplicación del principio de *iura novit curia*, así como algunas medidas que se pueden implementar por el tribunal arbitral con la finalidad de evitar que su proceder sea cuestionado mediante un proceso judicial de anulación de laudo. Veamos:

1. El primer escenario que consideramos no debe ocurrir por motivo alguno: es el que denominamos como *laudo sorpresa*, situación que se configura cuando las partes del arbitraje toman conocimiento, al ser notificadas con el laudo, de que el tribunal arbitral aplicó el principio de *iura novit curia*, pese a que ni el demandante ni el demandado tuvieron la oportunidad de pronunciarse sobre la normativa invocada al emitir el pronunciamiento.

Nuestro rechazo a la situación descrita se sustenta en que, si bien el tribunal arbitral se encuentra obligado a aplicar el derecho al caso concreto, ello no lo autoriza a hacerlo en lo que sería una clara contravención al debido proceso, ya que se debe garantizar a las partes del arbitraje el ejercicio a su derecho de defensa y, de ser necesario, a proporcionar los medios probatorios que sustenten o rebatan el supuesto de hecho en cuestión.

Veamos un ejemplo de lo grave que puede ser un *laudo sorpresa*. Nuestro ordenamiento establece que la caducidad puede ser aplicada de oficio (artículo 2006 del Código Civil), lo que en el arbitraje se materializa cuando el tribunal arbitral emite su laudo. Sin embargo, también existe la posibilidad de que el plazo de caducidad haya estado suspendido (artículo 2005 del Código Civil), por lo que, garantizando el derecho al debido proceso y evitando la emisión de un pronunciamiento injusto, se debe otorgar a las partes la oportunidad de ejercer su derecho de defensa, exponiendo lo que consideren pertinente e incorporando las pruebas que respalden sus aseveraciones. En caso de que el tribunal arbitral no comunique a las partes arbitrales que analizará la declaración de oficio de la

caducidad del derecho, puede configurarse un supuesto gravoso y lesivo para la parte perdedora, no solo por su afectación al debido proceso, sino porque el pronunciamiento es injusto.

La situación descrita es la menos deseada y no permitida por un tribunal arbitral, porque emitiría un laudo totalmente viciado y que podría ser cuestionado sin mayor inconveniente. El remedio jurídico que las partes arbitrales pueden emplear para cuestionar este laudo es la anulación por la vía judicial, alegando que no pudieron hacer valer sus derechos, de acuerdo con el inciso b), numeral 2 del artículo 63 de la Ley de Arbitraje.

2. En segundo lugar, consideramos la posibilidad de que el tribunal arbitral advierta que puede aplicar el principio de *iura novit curia* una vez que se encuentre dentro del plazo para emitir el laudo. En ese escenario, del intercambio de opiniones que hemos sostenido con diversos árbitros, las principales alternativas que suelen adoptarse, con la finalidad de garantizar el debido proceso, son estas:
 - a. Suspender el plazo destinado para la emisión de laudo y solicitar a las partes que se pronuncien sobre la normativa que posiblemente se aplique al caso concreto, así como habilitar la alternativa de que presenten los medios probatorios que respalden sus posturas.
 - b. Dejar sin efecto la orden procesal (usualmente denominada así en nuestro país) por la que se otorgó el plazo para laudo y retornar a la etapa probatoria, planteando a las partes un debate específico sobre la norma que el tribunal arbitral analiza aplicar mediante el principio de *iura novit curia*, así como asegurando su derecho a probar las afirmaciones que estimen.

Habiendo garantizado el derecho al debido proceso de ambas partes, el tribunal arbitral reiniciaría o establecería un nuevo plazo para laudo, según la alternativa que haya adoptado. Entonces, se encontraría facultado para, a su discreción, emitir un laudo sustentado en la normativa no alegada por las partes arbitrales, sin que pueda cuestionarse una supuesta contravención al debido proceso.

3. El tercer y más sencillo de los escenarios es aquel en el que el tribunal arbitral advierte, al concluir la etapa postulatoria —entiéndase por ello a la recepción de la contestación a la demanda o de la contestación a la reconvenición—, que las partes arbitrales cometieron un error en la norma invocada para el respaldo de sus posiciones. Así, durante la etapa probatoria, el tribunal arbitral estará habilitado para incluir en el debate la procedencia de la norma que analiza aplicar, garantizando el derecho al debido proceso de las partes arbitrales. Ello implicará la emisión de un laudo que no sería cuestionable por contravenir el debido proceso de las partes.

4. Finalmente, si bien este es un hecho no vinculado a la oportunidad en la cual el tribunal arbitral decide aplicar el principio de *iura novit curia*, consideramos que al emitir el laudo es necesario explicar por qué las alegaciones jurídicas de las partes arbitrales no son aplicables, garantizado que las partes conozcan las motivaciones detrás de la decisión del tribunal arbitral.

Deseamos poner fin a la presente sección indicando que los aspectos prácticos identificados son algunos de los que se pueden presentar en la realidad. Por eso, buscamos promover la identificación de nuevos supuestos y salidas que el ámbito arbitral puede brindarnos ante una situación que, sin lugar a dudas, no cuenta con una respuesta definitiva.

CONCLUSIONES

Primero, debemos indicar que no existe una postura única e irrefutable respecto a la aplicación del principio de *iura novit curia* en el arbitraje nacional, debido a los argumentos expuestos precedentemente. Pese a ello, entendemos que el debate debe partir de los dos supuestos que hemos identificado: como una aplicación obligatoria de este aforismo o entenderlo como una facultad, que se transformaría en un deber si la norma por aplicar es de orden público.

El segundo aspecto que hay que tomar en cuenta, principalmente por el tribunal arbitral, a fin de proteger al laudo de un futuro cuestionamiento, es que, si evalúan o deciden aplicar el principio de *iura novit curia*, deberán hacerlo garantizando el derecho al debido proceso de las partes arbitrales, liberando al pronunciamiento arbitral de futuros cuestionamientos.

Por último, en los casos identificados, más que nunca será importante el deber de motivación de los laudos, porque será la única herramienta con la cual contarán las partes arbitrales para conocer por qué existe un apartamiento de los argumentos jurídicos esbozados por sus defensas jurídicas.

REFERENCIAS

Blackaby, N., y Chirinos, R. (2013). Consideraciones sobre la aplicación del principio de *iura novit curia* en el arbitraje internacional. *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, 6, 77-93.

Decreto Legislativo N.º 295, Código Civil. (1984). Recuperado de https://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4_per_cod_civil.pdf

Decreto Legislativo N.º 1071, Decreto legislativo que norma el arbitraje. (2008). Recuperado de https://portal.osce.gob.pe/arbitraje/sites/default/files/Documentos/Legislacion_aplicable/DL-1071-ley-que-norma-el-arbitraje.pdf

Díez-Picazo, L., y Gullón Ballesteros, A. (1982). *Sistema de derecho civil* (4.^a ed., vol. I). Madrid: Tecnos.

Espinoza Espinoza, J. A. (2011). *Los principios contenidos en el Título Preliminar del Código Civil peruano de 1984*. Lima: Editora Jurídica Grijley.

González de Cossío, F. (2011). *El arbitraje*. Ciudad de México: Librería Porrúa.

Silva Vallejo, J. A. (1985). El artículo VII del Título Preliminar del Nuevo Código Civil: llave maestra de la teoría general del derecho civil y procesal. En *Libro homenaje a José León Barandiarán* (pp. 453-493). Lima: Cultural Cuzco.

ÁRBITRAJE DE CONSUMO: RETOS EN EL SISTEMA DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR

ALONSO MORALES ACOSTA*
Universidad de Lima, Lima, Perú
alonso.morales@tytl.com.pe

Recibido: 12/7/2020 Aprobado: 19/7/2020
doi: <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2021.n052.5007>

RESUMEN. El Sistema de Arbitraje de Consumo busca brindar a los consumidores una alternativa de solución de conflictos que cumpla con las características de gratuidad, sencillez, celeridad, y que a su vez ostente un carácter vinculante para las partes; sin embargo, ¿cuáles son los retos que este sistema enfrenta para posicionarse como la mejor alternativa para satisfacer los intereses de los consumidores, usuarios y proveedores, frente a otros mecanismos procesales que ofrece Indecopi? En el presente artículo, se busca enfatizar las ventajas del arbitraje de consumo frente a un procedimiento administrativo sancionador (PAS) iniciado de oficio, por denuncia de parte.

PALABRAS CLAVE: arbitraje de consumo / derecho de protección al consumidor / procedimiento administrativo sancionador / Indecopi

CONSUMER ARBITRATION: CHALLENGES IN THE CONSUMER PROTECTION SYSTEM

ABSTRACT. The Consumer Arbitration System aims to provide consumers an alternative dispute resolution method that is free, swift and simple, and also binding for the involved parties. However, which are the challenges that this system faces to position itself as the best alternative to satisfy the interests of consumers, users and suppliers when compared to other mechanisms offered by the National Institute for the Defense of Free Competition and the Protection of Intellectual Property (Indecopi)? This article seeks to highlight the advantages of consumer arbitration over an administrative sanctions procedure (PAS) started by the administration through a complaint from one of the parties.

KEYWORDS: consumer arbitration / consumer law / administrative sanction procedure (PAS) / Indecopi

* Árbitro inscrito en el Registro Único de Árbitros del Sistema de Árbitros de Consumo. Socio principal y líder del Área Consumidor y Competencia de Torres y Torres Lara Abogados.

INTRODUCCIÓN

Los derechos de los consumidores, protegidos y consagrados a nivel constitucional, únicamente pueden tener plena eficacia si, además de su previsión legal, coexisten en un sistema adecuado que garantice su reconocimiento y tutela. Este “deber especial de protección” de los derechos fundamentales, que recae sobre el Estado, repercute directamente en el derecho constitucional a la protección de los consumidores y usuarios, contemplado en el artículo 65 de la Constitución Política del Perú¹.

En esa misma línea, el máximo intérprete de la Constitución, en la sentencia recaída en el Expediente N.º 0008-2003-AI/TC, ha reconocido el carácter fundamental de los derechos de los consumidores y usuarios, considerándose entre ellos la protección de sus intereses económicos y la reparación de daños y perjuicios². Asimismo, la sentencia recaída en el Expediente N.º 3315-2004-AA/TC contempla el principio de *restitutio in integrum* o principio indemnizatorio como uno de los preceptos en los que se sustenta el artículo 65 de la Constitución.

Sin embargo, en la vía administrativa no resulta factible satisfacer el derecho a percibir una indemnización, al menos no de modo integral (si se considera que la medida correctiva reparadora se deduce como una suerte de pago a cuenta de la indemnización patrimonial que se otorgue en vía jurisdiccional³). La indemnización debe solicitarse en la vía judicial o arbitral que corresponda.

Así, el numeral 6 del artículo VI del Título Preliminar del Código de Protección y Defensa del Consumidor, promulgado mediante Ley N.º 29571 (en adelante, el Código de Consumo), contempla que el Estado:

-
- 1 “Artículo 65.- Protección al consumidor. El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto, garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado. Asimismo, vela, en particular, por la salud y la seguridad de la población”.
 - 2 Fundamento jurídico 32 de la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N.º 0008-2003-AI/TC (2003): “[...] Por ello, los derechos de acceso al mercado, a la protección de los intereses económicos, a la reparación por daños y perjuicios y a la defensa corporativa del consumidor, se erigen también en derechos fundamentales reconocidos a los consumidores y usuarios. [...]”.
 - 3 De conformidad con el numeral 115.7 del artículo 115 del Código de Protección y Defensa del Consumidor, promulgado mediante la Ley N.º 29571: “[...] 115.7 Las medidas correctivas reparadoras como mandatos dirigidos a resarcir las consecuencias patrimoniales directas e inmediatas originadas por la infracción buscan corregir la conducta infractora y no tienen naturaleza indemnizatoria; son dictadas sin perjuicio de la indemnización por los daños y perjuicios que el consumidor puede solicitar en la vía judicial o arbitral correspondiente. *No obstante, se descuenta de la indemnización patrimonial aquella satisfacción patrimonial deducible que el consumidor haya recibido a consecuencia del dictado de una medida correctiva reparadora en sede administrativa* [cursivas añadidas]”.

[...] garantiza mecanismos eficaces y expeditivos para la solución de conflictos entre proveedores y consumidores. Para tal efecto, promueve que los proveedores atiendan y solucionen directa y rápidamente los reclamos de los consumidores, el uso de mecanismos alternativos de solución como la mediación, la conciliación y el arbitraje de consumo voluntario, y sistemas de autorregulación; asimismo, garantiza el acceso a procedimientos administrativos y judiciales ágiles, expeditos y eficaces para la resolución de conflictos y la reparación de daños. Igualmente, facilita el acceso a las acciones por intereses colectivos y difusos.

Bajo este paradigma ingresa a la ecuación la institución del arbitraje de consumo, con la finalidad de garantizar la satisfacción de los derechos e intereses legítimos de los consumidores y usuarios.

El arbitraje como jurisdicción se encuentra ampliamente reconocido en el ordenamiento jurídico peruano. En la actualidad, constituye un mecanismo alternativo de solución de controversias de gran relevancia dentro de la esfera de libertad de los justiciables, en el marco de sus derechos disponibles (artículos 58 y 62 de la Constitución Política del Perú). Así, salvo excepciones en las que se contempla el arbitraje como una institución de observancia obligatoria (*v. g.*, en controversias derivadas de contratos públicos), este se sujeta a la libre voluntad de las partes, materializada en un convenio arbitral. En este contexto, se inserta el Sistema de Arbitraje de Consumo como un subsistema de la institución arbitral, que en la actualidad coexiste con otros mecanismos procesales puestos a disposición del consumidor con finalidades similares.

Paulatinamente, se ha ido reformando su regulación, volviéndola más atractiva, con el propósito de convertirlo en una vía efectiva de solución de conflictos apropiada para las relaciones de consumo. Así se ha logrado una propuesta con énfasis en la reducción de los costos de transacción y viable para lograr una indemnización adecuada para el consumidor.

EL ARBITRAJE DE CONSUMO

Definición

El arbitraje es un método heterocompositivo de solución de controversias, de carácter privado, mediante el cual se somete de manera voluntaria una determinada controversia a la decisión de terceros, también privados, aceptando de antemano su decisión. Las partes delegan en este tercero la solución definitiva de la controversia. En palabras de Caivano (1998):

[E]l arbitraje comparte con el sistema judicial la característica de ser adversarial y adjudicativo. El tercero neutral no auxilia a las partes para que estas acuerden la solución, sino que se las impone mediante el dictado de un laudo, igual en sus efectos a una sentencia judicial. Por cierto, que tiene innumerables ventajas

respecto del litigio judicial: por su origen privado, las partes tienen la posibilidad de crear un proceso a la medida del caso y de elegir a la persona del árbitro; por otro lado, es más informal, más confidencial, más flexible, más rápido y puede tener menores costos. (p. 38)

Como expresa Lohmann Luca de Tena (1993), “las partes no someten al proceso arbitral cualquier conflicto, sino uno con implicancias jurídicas de derecho privado y sobre cuestiones respecto de las cuales poseen las partes facultad legal de decisión y, a la postre, de disposición” (p. 41).

De esta forma, el arbitraje de consumo es aquel mecanismo empleado en el marco de una relación de consumo, que tiene por objeto resolver las controversias individuales que surgen en el marco de dicho vínculo. El consumidor o usuario recurre a esta institución al haberse visto lesionados sus derechos o intereses legítimos bajo el marco de una determinada transacción (acto de consumo). El interés tutelado en el arbitraje de consumo es uno enteramente disponible por el consumidor, de ahí que este puede decidir renunciar a la tutela administrativa o judicial en favor de la jurisdicción arbitral. Por medio del arbitraje de consumo, se busca contribuir a la corrección de las asignaciones ineficientes de recursos generadas por los efectos de las asimetrías existentes entre los consumidores y los proveedores.

Como punto adicional, no puede dejar de mencionarse que, en la legislación comparada, puede aseverarse que nuestro sistema de arbitraje de consumo tiene sustento en la larga experiencia española en esta materia (secundada por Portugal y Argentina, con sus propias particularidades). A estos efectos, en palabras de Guillén Caramés (2007), la experiencia española se traduce en lo siguiente:

En España el arbitraje de consumo entendido este en sentido estricto, así como las diversas modalidades de resolución extrajudicial de conflictos en el que intervienen los consumidores, que se encuentran plasmados en la legislación sectorial (telecomunicaciones, energía, gas, etc.), se encuentra profundamente ligado a la intervención de las administraciones públicas que, al entender que el consumidor es la parte débil de las relaciones contractuales, han configurado en gran parte el arbitraje de consumo como la prestación de un servicio público que pone a disposición de los consumidores para poder defender sus derechos en igualdad de condiciones frente a la otra parte, esto es, el comerciante o empresario. De este modo, la creación del sistema de arbitraje de consumo en nuestro país se debe a la creación por parte de la Administración del entramado orgánico necesario para la prestación de este servicio que se materializó a través del RD 636/1993 [...]. (p. 358)

Para este autor, el arbitraje de consumo es una manifestación de la actividad arbitral de la Administración, en la medida que “atribuye a órganos administrativos la condición de instituciones arbitrales, de tal forma que pueden intervenir en la resolución de conflictos entre sujetos de derecho privado” (Guillén Caramés, 2007, p. 372).

Ahora, habiendo desarrollado el panorama general del arbitraje de consumo, a continuación, abordaremos aspectos más específicos, que son materia del presente artículo.

Evolución normativa en el ordenamiento jurídico nacional

La versión inicial del Decreto Legislativo N.º 716 del año 1991 (en adelante, Ley de Protección al Consumidor) tenía previsto que la Dirección General de Defensa del Consumidor del Ministerio de Industria, Comercio Interior, Turismo e Integración estableciera un sistema de arbitraje que, “mediante un procedimiento sencillo y rápido, atienda y resuelva con carácter vinculante y ejecutivo para ambas partes las quejas o reclamaciones de los consumidores o usuarios”.

Con la modificación de la Ley de Protección al Consumidor introducida por el Decreto Legislativo N.º 807 (1996), se dispuso que la Comisión de Protección al Consumidor fuera la encargada de establecer, directamente o mediante convenios con instituciones públicas y privadas, el mecanismo del arbitraje, como parte de los mecanismos de resolución de disputas que atendieran y resolvieran con carácter vinculante y definitivo para ambas partes las quejas o reclamaciones de los consumidores o usuarios. La diferencia con el texto original de la norma radicó en que se permitía la participación de instituciones privadas en la gestión del arbitraje de consumo. Adicionalmente, el artículo 30 del Decreto Legislativo N.º 807 reguló, en lo referente al arbitraje, lo siguiente:

En cualquier estado del procedimiento, e incluso antes de admitirse a trámite la denuncia, las partes podrán someterse a arbitraje, mediación, conciliación o mecanismos mixtos de resolución de disputas a cargo de terceros. Si las partes decidieran someterse a arbitraje, podrán suscribir inmediatamente el convenio arbitral correspondiente, de conformidad con el reglamento que para dicho efecto aprobara el Directorio de Indecopi a propuesta de las Comisiones correspondientes. En cualquier caso, la Comisión podrá continuar de oficio con el procedimiento, si del análisis de los hechos denunciados considera que podría estarse afectando intereses de terceros.

Finalmente, la Ley N.º 27311 (2000), que modificó el Decreto Legislativo N.º 716 (1991), contempló que la actividad de la Comisión de Protección al Consumidor, relacionada con la implementación de mecanismos alternativos de resolución de disputas, se realizaría en coordinación con el Directorio del Indecopi. Sin embargo, y pese a las disposiciones legales promulgadas, durante la vigencia de la Ley de Protección al Consumidor, el Sistema de Arbitraje de Consumo no fue implementado ni mucho menos promovido.

Fue recién en el año 2010, a raíz de la promulgación del Código de Protección y Defensa del Consumidor (en adelante, el Código de Consumo), que se creó el Sistema de Arbitraje de Consumo con la finalidad de brindar a los consumidores una alternativa de solución de conflictos que cumpla con las características de gratuidad, sencillez, celeridad y que, a su vez, ostente un carácter vinculante para las partes.

A partir de este momento, se inicia la regulación del sistema. Se aprueba su reglamento en el año 2011 y, consiguientemente, sus normas complementarias, quedando regulado por cinco textos normativos, de acuerdo con el siguiente detalle:

- Decreto Supremo N.º 046-2011-PCM, a través del cual se aprobó el Reglamento del Sistema de Arbitraje de Consumo.
- Decreto Supremo N.º 049-2016-PCM, mediante el cual se precisaron alcances del Reglamento del Sistema de Arbitraje de Consumo.
- Directiva N.º 005-2014/DIR-COD-INDECOPI, que regula el procedimiento para la nominación de árbitros del Sistema de Arbitraje de Consumo, aprobada mediante Resolución de la Presidencia del Consejo Directivo del Indecopi N.º 024-2015-INDECOPI-COD.
- Directiva N.º 006-2014/DIR-COD-INDECOPI, que regula el procedimiento de adhesión de proveedores y creación del registro de proveedores adheridos al Sistema de Arbitraje de Consumo, aprobada mediante Resolución de la Presidencia del Consejo Directivo del Indecopi N.º 025-2015-INDECOPI-COD.
- Directiva que establece las reglas sobre competencia territorial de las juntas arbitrales de consumo que se constituyan en el marco del Sistema de Arbitraje de Consumo, aprobada mediante Resolución N.º 198-2015-INDECOPI/COD.

En este contexto, se consideró necesaria la expedición de un nuevo reglamento que permitiera, entre otros, sistematizar en un solo cuerpo normativo todas las disposiciones sobre la materia, además de introducir una serie de mejoras que beneficiaran a los consumidores, usuarios, proveedores y a la administración pública, asegurándose con ello la continuidad del Sistema de Arbitraje de Consumo en nuestro ordenamiento jurídico. De esta forma, con fecha 29 de mayo del 2019, se publicó el nuevo Reglamento del Sistema de Arbitraje de Consumo, mediante Decreto Supremo N.º 103-2019-PCM (en adelante, el Reglamento), derogándose el reglamento anterior, sus precisiones, y las directivas antes señaladas.

Características

Las características que definen al Sistema de Arbitraje de Consumo, a su vez, se constituyen como los criterios que orientan su funcionamiento en nuestro ordenamiento jurídico. Estas se encuentran inmersas en lo dispuesto por el Código de Consumo y el Reglamento, estableciéndose en el artículo 4 de este último que se aplican de manera supletoria las disposiciones del Decreto Legislativo N.º 1071, que norma el arbitraje.

Las características propias del sistema son las siguientes:

Sencillez

Como una de las características establecidas en el artículo 137 del Código de Consumo, resulta imperante que el procedimiento arbitral en esta materia se caracterice por su sencillez, de tal forma que no resulte necesario tener conocimientos jurídicos para incursionar en dicha vía, ni que se requiera de la asesoría de un abogado para obtener una correcta satisfacción de los derechos de los consumidores y usuarios. Ello, a su vez, repercute positivamente en los costos del arbitraje. En palabras de Álvarez Alarcón (2011):

Habida cuenta de las características de los litigios en materia de consumo, que ordinariamente son de escasa cuantía, y de la escasa información —y con frecuencia poca formación— de los consumidores, la mejor forma de protegerlos es facilitando el acceso a este método alternativo de resolución de los conflictos, que debe ser sencillo en cuanto a los requisitos para la realización del convenio arbitral, para instar el arbitraje e introducir las pretensiones, que deben tramitarse por un cauce elemental, que no precise de conocimientos jurídicos. (p. 129)

Esta característica se encuentra íntimamente relacionada con el “antiformalismo en la representación”, reflejada en el numeral 35.4 del artículo 35 del Reglamento, el cual establece que en el proceso arbitral no resulta obligatoria la intervención de un abogado. Como se aprecia, no existen formalidades especiales respecto a la defensa de los consumidores y/o usuarios que recurren a este mecanismo de solución de conflictos.

Asimismo, el proceso arbitral de consumo se conforma de etapas sencillas, que inician con la presentación de la solicitud de arbitraje, seguida de la conformación del tribunal arbitral, la contestación de la solicitud de arbitraje, la realización de una audiencia única (de ser el caso) y la emisión de laudo arbitral.

Gratuidad

Es la administración pública quien sufraga los gastos del procedimiento en el caso del arbitraje de consumo. En ese sentido, en particular los litigantes no asumen costo alguno, con excepción del caso de pruebas practicadas durante el proceso arbitral, las cuales son asumidas por el demandante y el demandado, en partes iguales, salvo que el tribunal arbitral determine lo contrario (numeral 41.3 del artículo 41 del Reglamento).

En principio, de conformidad con la primera disposición complementaria final del Código de Consumo, la implementación y ejecución del Sistema de Arbitraje de Consumo se debe sujetar al presupuesto institucional de las entidades involucradas, sin demandar recursos adicionales al tesoro público. Dado que estos recursos podían ser insuficientes, se previó completarlos con las costas y costos que se impondría a las partes.

Desde esta perspectiva, el Reglamento del Sistema de Arbitraje de Consumo, promulgado en el 2011 a través del Decreto Supremo N.º 046-2011-PCM, disponía, con relación al pago de las costas y costos del procedimiento, la condena a los proveedores vencidos y, excepcionalmente, en aquellos casos en los que se aprecie mala fe o temeridad, la condena al consumidor. Visión distinta se ha contemplado en el actual reglamento, pues se ha suprimido esta posibilidad, señalándose en el artículo 46 que el tribunal arbitral no condena a ninguna de las partes al pago de costas y costos.

De esta manera, se genera un incentivo más para que los proveedores se sientan motivados a usar el procedimiento arbitral como vía de solución de conflictos propios de la relación de consumo.

Voluntariedad

Dada la naturaleza jurídica del arbitraje, que tiene sustento en la confianza que las partes depositan en el árbitro, el sometimiento al método de solución de conflictos constituido por el arbitraje de consumo es de naturaleza voluntaria. Ambas partes han de someterse libremente al mismo, y esta voluntad debe constar por escrito o en cualquier otro medio fehaciente.

Son tres las formas en las que un proveedor puede manifestar su consentimiento a utilizar el arbitraje de consumo para resolver un conflicto con un consumidor, las cuales son las siguientes:

- Adhesión al Sistema de Arbitraje de Consumo
- Suscripción del convenio arbitral
- Aceptación del arbitraje de consumo para un caso concreto

Prevalencia del arbitraje de derecho

De conformidad con el artículo 33 del Reglamento, el arbitraje de consumo es de derecho, salvo que las partes pacten expresamente que el tribunal arbitral decida en equidad o conciencia, en cuyo caso el árbitro no será necesariamente abogado. La preferencia por el arbitraje de derecho busca evitar la inobservancia de normas imperativas y de orden público, así como de aquellas que regulan actividades específicas y que garantizan en el ámbito legal la idoneidad de los productos y servicios ofrecidos en el mercado.

Sin embargo, la posibilidad de llevar a cabo un arbitraje de equidad o conciencia ha conducido a pensar que, inclusive en este escenario, el fallo debe ser conforme a "derecho". Al respecto, Trazegnies (2005) desarrolla que "el derecho no está ausente de los arbitrajes de equidad: la equidad no es el rechazo del derecho, sino su ampliación hasta comprender perspectivas que no estaban estrictamente dentro del ámbito de la ley positiva" (p. 475). Frente a ello, el autor se encuentra de acuerdo con que se exija cautela

en este aspecto a los árbitros de conciencia, y se les advierta que no deben alejarse irreflexiva o imprudentemente de los parámetros que establece el derecho positivo, imponiendo una justicia que puede llegar a ser subjetiva y arbitraria, pues “un laudo arbitral de conciencia no puede desvincularse de manera absoluta y total de esa conciencia colectiva del sentido común expresada en reglas jurídicas” (Trazegnies, 2005, p. 474).

Desde nuestro punto de vista, lo que se busca con el arbitraje de conciencia o de equidad es más que nada recurrir al buen criterio de un hombre justo, entendiendo que este hombre justo podría específicamente pronunciarse sin una estricta observancia del ordenamiento jurídico existente, puesto que todos sabemos que las normas no necesariamente conducen a situaciones justas. El árbitro de conciencia tendría más discrecionalidad para encontrar la fórmula equitativa que ayude a resolver una determinada controversia. Es más, su criterio podría inclusive aliviar la carga probatoria, pues, no obstante la insuficiencia de pruebas materiales en un caso particular, podría haber alcanzado convicción sobre los hechos con base en las circunstancias del caso y resolver bajo su leal saber y entender. Esta sería una forma de superar la barrera o costo a veces inaccesible de una prueba que se encuentra en poder de una parte que, inclusive, puede negar su existencia.

Por ejemplo, en Argentina, el artículo 776 del Código Procesal Civil y Comercial establece que, de no haberse precisado en el convenio arbitral si el arbitraje sería de derecho o de conciencia (denominado como *juicio de amigables componedores*), o si se hubiese autorizado a los árbitros a decidir la controversia según equidad, se entenderá que el arbitraje será de conciencia. Como se aprecia, en dicho marco normativo, se presumiría *iuris tantum* que el arbitraje será de equidad, salvo que las partes hayan establecido expresamente que el arbitraje será de derecho. Por su parte, en España, el artículo 34 de la Ley 60/2003 dispone que los árbitros solo decidirán en equidad si las partes les han autorizado expresamente para ello.

Se puede concluir que este no es un tema acabado y tiene más de una perspectiva en su enfoque, con un gran potencial de debate.

Rapidez

Los plazos establecidos en el Reglamento son bastante breves en comparación con los plazos legales y reales de un procedimiento administrativo sancionador, que se detallarán más adelante. Desde la admisión de la solicitud de arbitraje hasta la emisión del laudo arbitral, transcurre un lapso de cuarenta y cinco días hábiles, como máximo. Ello se contempla como tal en el numeral 38.4 del artículo 38 del Reglamento y, únicamente de manera excepcional, el tribunal arbitral puede ampliar el plazo por el mismo período cuando la complejidad del caso o la necesidad de actuar medios probatorios adicionales lo justifique.

Unidireccionalidad

El arbitraje de consumo solo puede iniciarse a instancia del consumidor, y nunca por el proveedor contra un consumidor. Ello se desprende del artículo 35 del Reglamento, el cual establece los requisitos de la solicitud de inicio del arbitraje. Asimismo, si se admitiera que el proveedor, como demandado, interponga reconvenición, se perdería parte de la naturaleza del arbitraje de consumo y, en específico, su calidad de unidireccional.

En síntesis, en esta vía no es posible, para una empresa proveedora, demandar ni reconvenir.

Exclusivo y excluyente

Ahora, si bien el proveedor no puede postular pretensiones en el proceso arbitral de consumo, este puede impedir que el consumidor acuda a los procedimientos administrativos disponibles cuando ambos hayan pactado el sometimiento de sus controversias a la vía arbitral, planteando una excepción de convenio arbitral. En efecto, de conformidad con el artículo 145 del Código de Consumo:

El sometimiento voluntario del consumidor al arbitraje de consumo excluye la posibilidad de que este inicie un procedimiento administrativo por infracción a las normas del presente Código o que pretenda beneficiarse con una medida correctiva dictada por la autoridad de consumo en los procedimientos que esta pueda seguir para la protección del interés público de los consumidores.

Arbitraje gestionado por el Estado

El arbitraje de consumo se organiza a través la Dirección de la Autoridad Nacional de Protección del Consumidor, las juntas arbitrales de consumo y los tribunales arbitrales. El artículo 3 del Reglamento define una junta arbitral de consumo como “el órgano administrativo, no jurisdiccional, constituido al interior de una entidad pública, cuya finalidad consiste en organizar y promover el Sistema de Arbitraje de Consumo entre los agentes del mercado y los consumidores de su localidad”. Estas son formadas por la Autoridad Nacional de Protección del Consumidor, en coordinación con los gobiernos regionales y locales y, de ser el caso, con las entidades o personas jurídicas de derecho público del lugar donde se pretenda conformarlas. Las juntas arbitrales pueden funcionar al interior de estas instituciones o al interior de las oficinas del Indecopi, según establezca el convenio que se suscriba para tales efectos. Asimismo, las juntas se constituyen como la sede institucional de los tribunales arbitrales.

Inicialmente, las juntas arbitrales solo podían crearse al interior de gobiernos regionales, locales y, excepcionalmente, en oficinas del Indecopi. Ahora, con el nuevo Reglamento, existe la posibilidad de que sean constituidas al interior de colegios profesionales, universidades públicas u otras personas jurídicas de derecho público.

Tribunales arbitrales unipersonales, por regla general

Con la promulgación del nuevo Reglamento, se ha establecido como regla general que los tribunales arbitrales se encuentren conformados por árbitro único. Este cambio sustancial busca reducir el costo de financiar un tribunal arbitral colegiado, lo cual permite la sostenibilidad en el tiempo del Sistema de Arbitraje de Consumo. No obstante, se permite a las partes pactar en el convenio arbitral que el arbitraje será llevado a cabo ante un tribunal arbitral colegiado, siempre que la cuantía supere las tres unidades impositivas tributarias (UIT).

Los árbitros deben encontrarse inscritos en el Registro Único de Árbitros⁴ y son designados por las partes o, en su defecto, por el secretario técnico de la junta arbitral de consumo. A su vez, estos profesionales deben contar con título profesional, conocimientos de las normas de protección al consumidor y arbitraje, y al menos cinco años de experiencia profesional, lo cual busca garantizar la especialidad en la materia.

Vinculante

Esta característica es relativa a la fuerza vinculante del resultado del arbitraje, recaído en el acuerdo o laudo arbitral, los cuales producen efectos de cosa juzgada en los conflictos surgidos entre consumidores y proveedores. Resulta claro este precepto, contemplado expresamente en el artículo 144 del Código de Consumo, el cual establece:

El laudo arbitral firme y el acta suscrita por las partes que contiene un acuerdo conciliatorio celebrado entre consumidor y proveedor, conforme a los mecanismos señalados en el presente capítulo, constituyen título ejecutivo, conforme a lo dispuesto en el artículo 688 del Código Procesal Civil.

En ese sentido, para fortalecer y fomentar su ejecución inmediata, se ha previsto que el incumplimiento del acuerdo o laudo configura una infracción pasible de sanción administrativa de naturaleza pecuniaria, sin perjuicio de poder recurrir al Poder Judicial para su ejecución.

4 Con el anterior Reglamento, cada junta arbitral contaba con su propia nómina de árbitros. Ahora existe un registro unificado que busca garantizar la misma calidad de profesionales para resolver los casos que se pongan a su disposición en las distintas localidades del país.

VÍA ADMINISTRATIVA: ¿ES MEJOR EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR?

Disposiciones generales y restricciones para la satisfacción del derecho a ser indemnizado

En sede administrativa, el consumidor tiene la facultad de presentar una denuncia administrativa por infracción de normas que garantizan la tutela del consumidor ante el Indecopi, autoridad con competencia primaria y de alcance nacional para conocer las denuncias del consumidor y, eventualmente, imponer sanciones y medidas correctivas establecidas en el Código de Consumo.

Entre los procedimientos a cargo del Indecopi, encontramos el procedimiento administrativo sancionador (PAS), contemplado en el artículo 107 del Código de Consumo, el cual establece que este se inicia de oficio, bien por propia iniciativa de la autoridad, por denuncia del consumidor afectado o del que potencialmente pudiera verse afectado, o por una asociación de consumidores en representación de sus asociados o poderdantes o en defensa de intereses colectivos o difusos de los consumidores. En lo sucesivo, vamos a circunscribir nuestra comparación y principales referencias al PAS iniciado con base en la denuncia del consumidor.

En esta vía, los consumidores o usuarios generalmente orientan su denuncia a obtener medidas correctivas reparadoras, que tienen por objeto resarcir las consecuencias patrimoniales directas e inmediatas ocasionadas al consumidor por la infracción administrativa a su estado anterior. Este pedido, en la práctica, se ha vuelto esencial y da sentido a la denuncia formulada; además, devela el real uso de este mecanismo, que es empleado, finalmente, para la satisfacción de intereses individuales.

En cuanto a la naturaleza de las medidas correctivas, esta figura ostenta características similares, aunque limitadas, al resarcimiento del daño emergente (naturaleza indemnizatoria). Sin embargo, el numeral 115.7 del artículo 115 del Código de Consumo contempla una paradoja:

115.7 Las medidas correctivas reparadoras como mandatos dirigidos a resarcir las consecuencias patrimoniales directas e inmediatas originadas por la infracción buscan corregir la conducta infractora y no tienen naturaleza indemnizatoria; son dictadas sin perjuicio de la indemnización por los daños y perjuicios que el consumidor puede solicitar en la vía judicial o arbitral correspondiente. No obstante, se descuenta de la indemnización patrimonial aquella satisfacción patrimonial deducible que el consumidor haya recibido a consecuencia del dictado de una medida correctiva reparadora en sede administrativa.

En ese sentido, toda acción legal contra el proveedor destinada a un resarcimiento integral del daño emergente, así como uno que comprenda el lucro cesante y daño a la persona, deberá solicitarse necesariamente ante el Poder Judicial o, en todo caso,

deberá recurrirse a otros mecanismos de solución de controversias, como la conciliación y el arbitraje. De esto se puede concluir que la vía administrativa en sí misma no implica la entera satisfacción de los intereses individuales de los consumidores o usuarios, quienes deberán recurrir a otras vías para alcanzar dicha finalidad.

La vía jurisdiccional ante el Poder Judicial tiene el obstáculo de su excesiva onerosidad y, en muchos casos, la escasa cuantía de lo reclamado no tiene relación con el costo que asume un litigante en la tramitación de estos procesos (gastos de aranceles, asesoría legal, tiempo), por lo que el consumidor (y frustrado demandante) optará por renunciar o abandonar su pretensión de reclamo contra el proveedor.

Cabe precisar que en un momento fue materia de discusión si el derecho de los consumidores a ser indemnizados podía ser canalizado en la vía administrativa. El debate se encendió en el contexto en que el Tribunal Constitucional, mediante sentencia recaída en el Expediente N.º 03741-2004-PA/TC (2005), fijó un precedente vinculante en relación con el ejercicio de la potestad de realizar control difuso por parte de los tribunales administrativos u órganos colegiados de la administración pública. Se estableció que estos tenían la facultad y el deber de preferir la Constitución e inaplicar una disposición infraconstitucional que la vulnera manifiestamente, bien por la forma, bien por el fondo, de conformidad con los artículos 38, 51 y 138 de la Constitución.

De haber persistido este escenario, la viabilidad de conceder una indemnización en la vía administrativa se habría implementado. Con ese fin, la autoridad administrativa podría, mediante control difuso, y en estricta atención a los parámetros fijados en la mencionada sentencia, hacer prevalecer el derecho constitucional de los consumidores a ser indemnizados integralmente en procedimientos celeres, prefiriendo entonces el artículo 65 de la Constitución Política del Perú⁵ a lo dispuesto en el numeral 115.7 del artículo 115 del Código de Consumo, antes citado.

Empero, este criterio sobre el control difuso de los órganos administrativos cambió. El Tribunal Constitucional, a través de la sentencia recaída en el Expediente N.º 4293-2012-PA/TC, dejó sin efecto el precedente vinculante antes mencionado, y determinó que los tribunales administrativos no son órganos jurisdiccionales y no forman parte del Poder Judicial, por lo que no les corresponde ejercer el control de constitucionalidad.

El Tribunal Constitucional sostuvo que permitir que los tribunales administrativos u órganos colegiados realicen control difuso de constitucionalidad afectaba el sistema

5 Tal como fue interpretado por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N.º 3315-2004-AA/TC (2005): "Este Colegiado estima que el derrotero jurídico binario establecido en el artículo 65 de la Constitución se sustenta en una pluralidad de principios, entre los cuales cabe mencionar los siguientes: [...] d) El principio *restitutio in integrum*: Dicho postulado o proposición plantea que el Estado resguarde el resarcimiento por los daños causados por el proveedor a los consumidores o usuarios en el marco de una relación comercial [...]".

de control dual de jurisdicción constitucional establecido en la Constitución y reservado para el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional, conforme a los artículos 138 y 201 de la Constitución, respectivamente. Señalaron, incluso, que ello afectaría al principio de división de poderes, dado que se permite que un tribunal administrativo, que forma parte del Poder Ejecutivo, controle las normas dictadas por el Poder Legislativo, lo que, conforme a la Constitución, solo puede ocurrir en un proceso jurisdiccional y no en uno de naturaleza administrativa. En este contexto, en tanto este criterio o la ley no cambie, resulta inviable alcanzar la satisfacción de una pretensión indemnizatoria en sede administrativa, quedando como opción recurrir al Poder Judicial o al arbitraje de consumo para la satisfacción de este tipo de pretensión.

Sin perjuicio de lo señalado, el procedimiento de denuncia en sede administrativa tiene aspectos positivos como: (i) su bajo costo (tasa por presentación ascendente a 36,00 soles), (ii) facilidades para denunciar (formatos a disposición del público en general), (iii) incentivos para conciliar, (iv) defensa no cautiva, (v) encausamiento de oficio, (vi) inspecciones gratuitas y (viii), si bien no se concede una indemnización, como se ha señalado, la medida correctiva reparadora tiene características similares al daño emergente.

Por lo tanto, queda en el análisis costo-beneficio del consumidor la decisión de acudir a la vía que considere más adecuada para la tutela de sus derechos y satisfacción de sus intereses.

Ventajas del arbitraje de consumo frente a la vía administrativa

A continuación, se desarrollan los aspectos que definirían al Sistema de Arbitraje de Consumo como la mejor alternativa para la satisfacción de los intereses individuales de los consumidores y/o usuarios.

Mejor tiempo legal y real frente al PAS

En lo que respecta al plazo de tramitación, el arbitraje de consumo es más célere, con 45 días hábiles de tramitación, computados desde la fecha de admisión de la petición de arbitraje. A diferencia de este mecanismo, un procedimiento sumarísimo tiene una duración por instancia de 30 días hábiles, mientras que en los procedimientos ordinarios la duración por instancia es de 120 días hábiles. En ambos casos, los plazos señalados no contemplan los períodos de tramitación previos al inicio formal del procedimiento, ni los relacionados con la elevación del expediente a segunda instancia⁶, que los prolongarían

6 Contemplados en las siguientes directivas: "Directiva que regula los procedimientos en materia de protección al consumidor previstos en el Código de Protección y Defensa del Consumidor", aprobada mediante Resolución de la Presidencia del Consejo Directivo del Indecopi

considerablemente. Asoma, entonces, la incertidumbre en la duración real de los procedimientos administrativos sancionadores, con lo cual se encarece la participación en este tipo de procedimientos.

Simplicidad y sencillez del proceso arbitral

La solicitud de inicio de arbitraje que se presenta por escrito, de conformidad con el artículo 35 del Reglamento, equivale a la demanda del proceso arbitral, lo cual plantea desde el inicio un procedimiento simplificado y sencillo, además de rápido.

Otro aspecto relacionado con la optimización de recursos se observa en que tanto las notificaciones como la audiencia única pueden ser realizadas a través de medios electrónicos, lo cual lo hace un proceso esencialmente virtual. Este aspecto, junto con la creación de nuevas juntas arbitrales, permitirá un mayor y mejor acceso a este mecanismo de solución de conflictos.

Finalmente, se destaca un elemento adicional que coadyuva al menor tiempo en la solución del conflicto en la vía del arbitraje de consumo: el carácter inimpugnable y vinculante del laudo arbitral. De ello resulta que se alcance muy pronto un fallo de obligatorio cumplimiento para las partes y con efectos de cosa juzgada, en contraposición con la doble instancia administrativa y eventual revisión judicial que caracteriza al procedimiento administrativo sancionador. Si bien existe el proceso de anulación del laudo arbitral, este se promueve en virtud de causales taxativas establecidas en el Decreto Legislativo N.º 1071, las cuales impiden la revisión del fondo del laudo. Cabe precisar que hasta el momento no se han interpuesto anulaciones contra los laudos arbitrales sujetos a este sistema.

Inexistencia de sanciones: eliminación de costos económicos y reputacionales

Como ya hemos precisado previamente, de conformidad con lo establecido en el artículo 145 del Código de Consumo, el sometimiento al arbitraje de consumo excluye la posibilidad de iniciar contra el proveedor un procedimiento administrativo sancionador sobre la causa en disputa. En otras palabras, al no existir esta posibilidad, la afectación producida en la relación de consumo no generaría las consecuencias que derivan de la infracción: costo económico y costo reputacional.

En efecto, se evitaría asumir consecuencias económicas (multas y medidas correctivas reparadoras) y consecuencias reputacionales (medidas correctivas

N.º 076-2017-INDECOPI-COD; y la "Directiva que regula el procedimiento sumarísimo en materia de protección al consumidor previsto en el Código de Protección y Defensa del Consumidor", aprobada mediante Resolución de la Presidencia del Consejo Directivo del Indecopi N.º 075-2017-INDECOPI-COD.

complementarias⁷ y la incorporación en el registro de infractores). Aunado a ello, el Sistema de Arbitraje de Consumo no contempla la posibilidad de aplicar sanciones a los proveedores que hayan cometido infracción.

Como se puede apreciar, al optarse por el arbitraje de consumo como vía de solución de conflictos, no se ventilará si en el caso cabe una multa de hasta 450 UIT, o si cabe adicionalmente una reparación vía medida correctiva (que no libera de la indemnización que pueda ordenarse en la vía jurisdiccional).

Sin perjuicio de lo mencionado, es necesario advertir que, cuando los afectados de manera individual resultan un grupo significativo, igualmente Indecopi podría iniciar una denuncia de oficio a fin de tutelar los intereses de los consumidores que no han ventilado su problemática en el arbitraje de consumo, conforme a lo establecido en el artículo 143 del mismo dispositivo legal⁸. Espinoza Lozada (2014) sostiene:

Las normas señaladas no presentan contradicción alguna entre sí ni enervan el carácter vinculante del laudo arbitral en cuanto a las partes materia del arbitraje, sino que más bien evidencian la existencia de los distintos intereses que son tutelados en el arbitraje de consumo y en los procedimientos administrativos iniciados en defensa del "interés colectivo" o del "interés público" de los consumidores. (p. 116)

Lo señalado no desdice las ventajas del arbitraje de consumo frente al PAS promovido por denuncia de parte, puesto que lo mismo podría acontecer en el trámite de este último, en la medida que, si se evidencia la existencia de múltiples intereses individuales afectados, la Agencia de Protección al Consumidor iniciaría un procedimiento de oficio para tutelarlos.

7 Código de Consumo:
"Artículo 116.- Medidas correctivas complementarias
[...]

- d. En caso de infracciones muy graves y de reincidencia o reiterancia:
 - (i) Solicitar a la autoridad correspondiente la clausura temporal del establecimiento industrial, comercial o de servicios por un plazo máximo de seis (6) meses.
 - (ii) Solicitar a la autoridad competente la inhabilitación, temporal o permanente, del proveedor en función de los alcances de la infracción sancionada.
- e. Publicación de avisos rectificatorios o informativos en la forma que determine el Indecopi, tomando en consideración los medios que resulten idóneos para revertir los efectos que el acto objeto de sanción ha ocasionado. [...]"

8 Código de Consumo:
"Artículo 143.- Intereses colectivos
El sometimiento de una controversia a arbitraje, conciliación o mediación no impide a la autoridad competente basarse en los mismos hechos como indicios de una infracción a las normas del presente Código para iniciar investigaciones y procedimientos de oficio por propia iniciativa que tengan por objeto la protección del interés colectivo de los consumidores.
La existencia de un arbitraje en trámite en el que se discute la posible afectación del interés particular de un consumidor, por hechos similares a los que son objeto de un procedimiento por afectación a intereses colectivos, no impide ni obstaculiza el trámite de este último".

Confidencialidad

El artículo 34 del Reglamento dispone que la junta arbitral de consumo, el tribunal arbitral, las partes y cualquier otro tercero que intervenga en el proceso arbitral se encuentran obligados a guardar la confidencialidad de las actuaciones arbitrales que se desarrollen, salvo que las partes autoricen expresamente su divulgación.

Cabe precisar que este nivel de confidencialidad del procedimiento no afecta el deber de la junta arbitral de consumo de remitir los laudos a la Dirección de la Autoridad Nacional de Protección del Consumidor, para el cumplimiento del artículo 142 del Código de Consumo⁹, referido a la creación de un sistema de información que tiene por objeto armonizar los criterios legales en todas las juntas arbitrales de consumo a nivel nacional, los cuales serán difundidos sin revelar la identidad de las partes.

El sistema de información antes referido ha sido implementado recientemente por el Indecopi, mediante la habilitación de un buscador de laudos de arbitraje de consumo¹⁰, cuyo contenido se encuentra debidamente anonimizado, exponiéndose únicamente los criterios que sustentan cada decisión.

Lo antes señalado, en definitiva, beneficia a los proveedores, en la medida que no se exponen detalles que podrían tener una repercusión negativa en la imagen y marca de estas empresas, lo que sí se da en el marco de un procedimiento administrativo sancionador, pues la imposición de una sanción genera la incorporación del proveedor en el registro “Mira a quién le compras” del Indecopi, que es justamente el registro de infractores al que nos hemos referido en el punto anterior y que puede afectar la imagen y reputación de la empresa.

Especialidad, independencia e imparcialidad de árbitros

Los profesionales propuestos para integrar el Registro Único de Árbitros deben contar con título profesional, conocimientos de las normas de protección al consumidor y arbitraje, y al menos cinco años de experiencia profesional. Con este criterio, se busca asegurar un grado de experiencia mínima de los árbitros sobre los cuales recaerá la obligación de resolver, de tal forma que se encuentren en capacidad de atender casos de especial complejidad con la celeridad y solvencia requeridas.

9 Artículo 142 del Código de Consumo: “Lineamientos generales para la armonización de criterios. La Autoridad Nacional de Protección del Consumidor se encarga de establecer los lineamientos generales de interpretación de las normas para establecer un sistema de información oportuna y eficiente que permita armonizar criterios legales en todas las juntas arbitrales de consumo a nivel nacional”.

10 Véase <https://servicio.indecopi.gob.pe/buscadorResoluciones/>

Asimismo, en virtud de los principios de independencia e imparcialidad, estos profesionales están obligados a cumplir con el deber de abstención en los casos señalados en el artículo 37 del Reglamento; de lo contrario, se genera el derecho de las partes de formular recusación. Si esta se interpone y resulta fundada, da lugar al apartamiento del árbitro recusado y a la designación de un árbitro reemplazante.

En lo que respecta a la designación del árbitro único, prevalece el acuerdo de las partes. En los casos en los que el tribunal arbitral se componga de tres árbitros, el consumidor elige un árbitro entre los propuestos por las asociaciones de consumidores, el proveedor elige un árbitro entre los propuestos por las organizaciones empresariales, y estos dos últimos son quienes eligen a su presidente entre los propuestos por las entidades de la administración pública. En caso de omisión o falta de acuerdo, el secretario técnico de la junta arbitral de consumo es el encargado de designar al árbitro faltante, a efectos de mantener la neutralidad requerida.

Indemnización

Finalmente, como ya se ha mencionado antes, una de las grandes ventajas que propone el arbitraje de consumo es la referida a la posibilidad de los consumidores y/o usuarios de obtener una indemnización por daños y perjuicios, actualmente no contemplada en la vía administrativa, en la que solo se conceden medidas correctivas que se equiparan en parte al daño emergente ocasionado.

Adhesión limitada

La adhesión implica la oferta pública de sometimiento al arbitraje de consumo y a las normas que regulan dicho sistema. Esta tiene una vigencia mínima de un año (se entenderá de duración indeterminada en caso de no especificar el tiempo de su adhesión) y puede ser de carácter limitado conforme a los supuestos siguientes¹¹:

- a. Cuando se requiera la adhesión para solucionar sus conflictos de consumo sobre determinados productos o servicios que el proveedor pone a disposición de los consumidores en el mercado.
- b. Cuando se requiera que en el arbitraje de consumo solo se analice la petición de indemnización por daño emergente o lucro cesante, pudiendo establecer un monto máximo por dichos conceptos, dejando a salvo el derecho del consumidor de acudir al Poder Judicial para solicitar una indemnización por daño a la persona y daño moral, de ser el caso.

11 Contemplados en el numeral 23.4 del artículo 23 del Reglamento de Arbitraje de Consumo.

Símbolo de prestigio y responsabilidad empresarial: distintivo de adhesión

El Código de Consumo contempla en el artículo 141 que

los proveedores que se adhieran al Sistema de Arbitraje de Consumo quedan autorizados para ostentar en su publicidad, vitrinas, papel membretado y otros medios de difusión un distintivo especialmente creado, para que el público pueda identificarlos como parte del sistema de solución de conflictos.

En ese sentido, puede interpretarse que la adhesión al Sistema de Arbitraje de Consumo permite a los proveedores contar con un símbolo de prestigio respecto a otras empresas que no se adhieran a él, en la medida que ostentar el distintivo, el cual varía según el tipo de adhesión (limitada o ilimitada), implica que los consumidores adquieran productos y servicios con la garantía de que, ante cualquier controversia, podrían optar por recurrir a un arbitraje de consumo.

Impacto de las ventajas del arbitraje de consumo en la superación de las tres asimetrías informativas

El arbitraje de consumo representa en sí mismo la reducción de los costos de las tres asimetrías existentes en la relación empresa-consumidor: informativa, jurídica y económica. Este aspecto guarda relación directa con las ventajas ya desarrolladas en el punto anterior, que inciden en la superación de las tres asimetrías antes mencionadas.

Asimetría informativa

En palabras de Morote Núñez (1993), "la asimetría en la información supone la concentración y administración de la misma por parte de las empresas, ocasionando que el mercado no sea determinado por el consumidor ni que este sea efectivamente tutelado por la propia competencia" (p. 180). El autor sostiene que la presencia de normas que "obligan" a las empresas a brindar información no resuelve el problema de asimetría informativa, en la medida que el afán maximizador de estas las conducirá hacia la "administración" de la información, proporcionando solo aquella que no le ocasione la pérdida de su situación de predominio.

En ese sentido, una de las tantas proyecciones del Sistema de Arbitraje de Consumo radica en eliminar este tipo de asimetría. Por un lado, los consumidores y/o usuarios tienen a su disposición la información necesaria y completa respecto al funcionamiento del sistema, teniendo la completa posibilidad de acceder a ella a través de la Dirección de la Autoridad Nacional de Protección del Consumidor o de las juntas arbitrales de cada localidad. Se suma a ello la existencia del registro de árbitros y los registros de adhesión de proveedores.

Por otro lado, con base en la asimetría de la información, en el ámbito de protección a los consumidores y/o usuarios se ha permitido la variación de la carga de la prueba, haciéndola recaer sobre la parte que está en mejores condiciones profesionales,

técnicas o fácticas para producir la prueba respectiva. Si bien ello se concibe como un alejamiento de los cánones regulares de la distribución de la carga de la prueba, que tienen sustento en que “quien afirma un hecho debe probarlo”, la utilización de la llamada *prueba dinámica* ha sido reconocida a nivel constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N.º 1776-2004-AA/TC (numeral “c” del fundamento jurídico 50), contemplándose su aplicación en el ámbito de protección al consumidor como una forma de protegerlo frente a la imposibilidad de probar que fue engañado o que recibió información insuficiente, invocando para ello, entre otros, el punto 2 de la Resolución N.º 102-97-TDC-INDECOPI.

Al respecto, este desplazamiento de la carga probatoria se sustenta en principios como el de solidaridad o de efectiva colaboración de las partes con el órgano jurisdiccional en la recopilación del material de convicción. Con relación al deber de efectiva colaboración, Devis Echandía (2002) sostiene que “existe, pues, un deber de prestarle colaboración a la justicia, en materia de pruebas, y esa colaboración es límite necesario a la libertad individual, impuesto por razones de interés público, tanto a los terceros como a las partes” (p. 136).

Esta forma de distribución de la carga de la prueba se encuentra presente en el arbitraje de consumo, y se aprecia claramente en los artículos 35 (literal f) y 41 (numeral 41.2) del Reglamento, en los cuales se contempla, respectivamente, lo siguiente:

Si el consumidor solicitante no dispone de medios probatorios, debe describir su contenido e indicar el lugar donde se encuentra para que puedan ser incorporados o solicitados. (Artículo 35, literal f)

Para el otorgamiento de indemnizaciones, el tribunal arbitral debe verificar que se ha producido un menoscabo patrimonial o personal al consumidor, para lo cual puede requerir al proveedor la presentación de determinados medios probatorios en caso los ofrecidos por el consumidor no resulten suficientes. (Artículo 41, numeral 41.2)

Como se observa, resulta factible que la carga probatoria recaiga de forma predominante sobre quien se considera que está en mayor capacidad de proveer al tribunal arbitral (unipersonal o colegiado) de los medios probatorios que coadyuvan a formar convicción, esto es, sobre los proveedores. Se reduce, de esta forma, la asimetría informativa característica en la relación consumidor-proveedor, siendo ello promovido por el arbitraje de consumo.

Asimetría jurídica

La asimetría jurídica se refiere a que los medios o instrumentos jurídicos que pueden ser utilizados por las empresas para la satisfacción de sus intereses resultan mayores

a los que está en capacidad de usar el consumidor en su acción individual. Es decir, una empresa está mejor organizada y cuenta con mejores recursos para utilizar la institucionalidad, generando estrategias legales convincentes, a diferencia de lo que podrían lograr los consumidores o usuarios a través del empleo de las categorías jurídicas tradicionales. Morote Núñez (1993) nos ilustra sobre este tema, señalando que “no solamente el consumidor promedio se encontrará estructuralmente sometido al dictado de la empresa y sin capacidad de reacción a través de las reglas de mercado, sino que el sistema legal tradicional no le ofrecerá el mecanismo de tutela efectiva” (p. 182).

En este punto resulta relevante tener presente, nuevamente, que en la vía administrativa resulta imposible que el consumidor obtenga una indemnización integral, debiendo encausarse una pretensión de tal naturaleza a través de vías jurisdiccionales. En este punto, nos encontramos frente a dos caminos: el Poder Judicial o el Sistema de Arbitraje de Consumo. Actualmente, la posibilidad de alcanzar tutela efectiva a través de la concurrencia al Poder Judicial es limitada, con lo cual el arbitraje de consumo se posiciona como el mecanismo que mejor garantiza la posibilidad de revertir la situación de defensa legal limitada de los consumidores y/o usuarios frente a los proveedores, por los conflictos surgidos en el marco de una relación de consumo.

Como se aprecia, los efectos de la asimetría jurídica se reducen al poner a disposición de los consumidores o usuarios un mecanismo de solución de conflictos, con las características de especialidad, gratuidad, sencillez y rapidez.

Asimetría económica

Llegados a este punto, resulta casi instantáneo identificar cuál es la característica del arbitraje de consumo que logra reducir los efectos de la asimetría económica en el acceso a una solución heterocompositiva. En este caso, la gratuidad del procedimiento es una primera respuesta, así como lo es la reducción del plazo de duración del proceso arbitral, en comparación con el PAS y el mismo proceso judicial. Ambos elementos coadyuvan a garantizar un proceso realmente económico. Morote Núñez (1993) sostiene:

La asimetría en el poder económico o en la posición en el mercado consiste en la verificación de un estatus económico superior en las empresas respecto del consumidor, comprendiendo tanto la observación de sus patrimonios (capital) como las conductas que cada quien desarrolla al intercambiar [...] es tal la multiplicidad de secuencias de intercambio en que participan los consumidores que la posibilidad de organizar su defensa colectiva decrece en tanto más miembros tenga esta categoría. (p. 181)

Sobre el particular, se presume que la capacidad económica de una empresa es sustancialmente mayor a la de los consumidores, esto conlleva a que los proveedores tengan una mayor capacidad de costear su defensa legal en distintos contextos. Frente

a ello, el Sistema de Arbitraje de Consumo asume los costos que implica su uso¹²; tiene en cuenta la carga dinámica de la prueba, la cual hace accesible la labor probatoria; y no contempla obligatoriedad de que intervenga un abogado en la solicitud de inicio del arbitraje. Estos factores van de la mano con la celeridad del proceso arbitral, en la medida que, si el proceso se extiende en el tiempo, implica a su vez que se extienda en costos. Por lo tanto, la rapidez y los plazos breves previstos en este tipo de arbitraje también tienen un impacto positivo en la economía de las partes.

De manera sucinta, resumiendo el desarrollo previamente efectuado, compararemos las ventajas y características de ambas vías en la tabla 1.

Tabla 1
Comparativo de las ventajas del arbitraje de consumo frente a la vía administrativa

Procedimiento administrativo sancionador (PAS)	Arbitraje de consumo
Tiene bajo costo: 36,00 soles.	Es gratuito.
Competencia necesaria del Indecopi.	A elección de las partes.
Facilidades para denunciar/demandar.	
Encausamiento de oficio.	Las partes deciden los puntos controvertidos.
Incentivos para conciliar.	Se promueve la conciliación en la audiencia única.
La defensa no es cautiva.	
Inversión de la carga de la prueba.	Carga dinámica de la prueba.
Inspecciones gratuitas.	La práctica de algunos medios probatorios puede implicar un costo equitativo para ambas partes.
Se condena con el pago de costas y costos al infractor.	No se condena a ninguna de las partes al pago de costas y costos.
Contempla sanciones al proveedor.	No contempla sanciones al proveedor.
Se otorgan medidas correctivas reparadoras que se "asemejan" al daño emergente.	Existe la posibilidad de que se soliciten y concedan indemnizaciones (de acreditarse el daño), pero estas se pueden limitar por el proveedor.
Las sanciones son de conocimiento público. Se inscriben en el registro "Mira a quién le compras" del Indecopi.	Las partes, las actuaciones y el laudo son confidenciales.
Duración indeterminada dependiendo del tipo de procedimiento e instancias (superior a un año y no aplica caducidad).	Dura 45 días hábiles desde la admisión de la solicitud de arbitraje.

(continúa)

12 Las inspecciones que puede realizar el secretario técnico no tienen costo, pero sí las pruebas que deseen presentar las partes.

(continuación)

Doble instancia y posibilidad de recurrir al Poder Judicial en vía contencioso-administrativa.

Instancia única con posibilidad de acudir al Poder Judicial para solicitar su anulación, por causales taxativas establecidas en el D. L. N.º 1071, sin cuestionamiento del fondo.

Elaboración propia

EVOLUCIÓN Y PROYECCIÓN DEL SISTEMA

Habiendo expuesto las ventajas comparativas del arbitraje de consumo frente al procedimiento administrativo sancionador (PAS), pasaremos a desarrollar la evolución en cuanto a su uso en el sistema de protección al consumidor, así como las proyecciones de este sistema a mediano plazo, como un mecanismo efectivo para la satisfacción de los intereses individuales de los consumidores.

Evolución cuantitativa en la concurrencia al mecanismo de arbitraje de consumo

En el presente apartado expondremos, de acuerdo con las mediciones y gráficos elaborados por la Junta Arbitral de Consumo Piloto del Indecopi¹³, la evolución en la utilización del mecanismo de arbitraje de consumo a nivel nacional desde el año 2016 hasta el 5 de noviembre del 2020. Veamos.

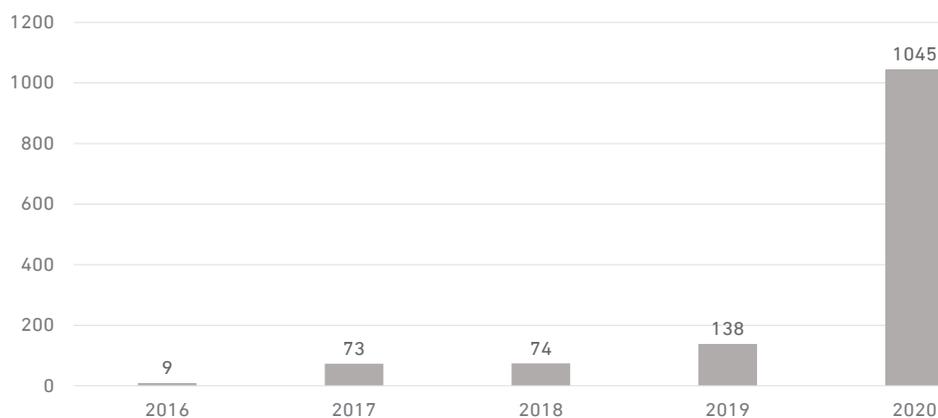


Figura 1. Número de solicitudes de arbitraje presentadas por año

13 Extraído de la presentación en PowerPoint empleada por la Dirección de Arbitraje de Consumo del Indecopi en las conferencias de difusión del Sistema de Arbitraje de Consumo.

Fuente: Dirección de Arbitraje de Consumo del Indecopi

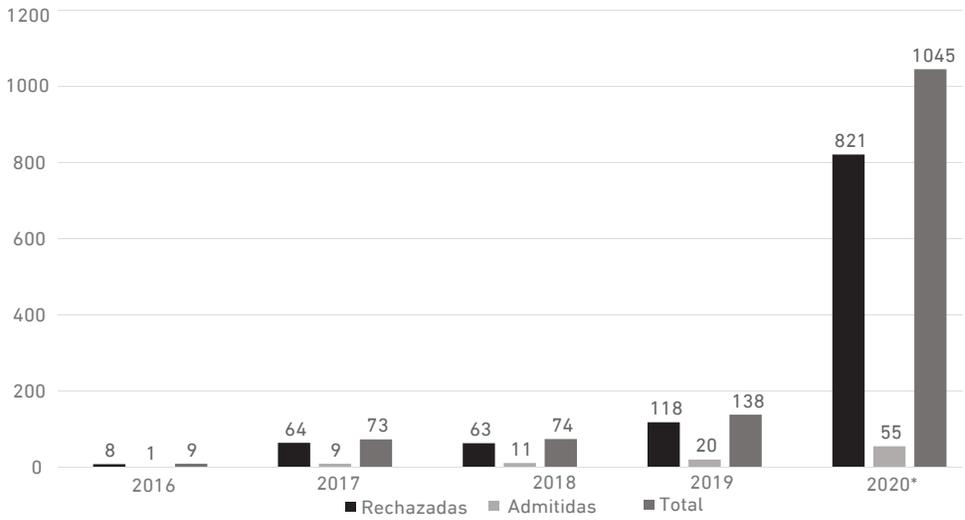
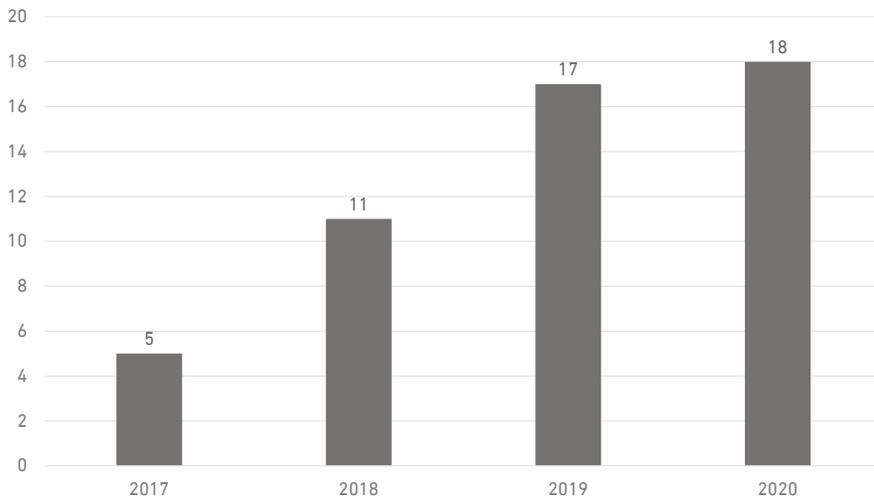


Figura 2. Número de solicitudes de arbitraje admitidas y rechazadas por año

Fuente: Dirección de Arbitraje de Consumo del Indecopi



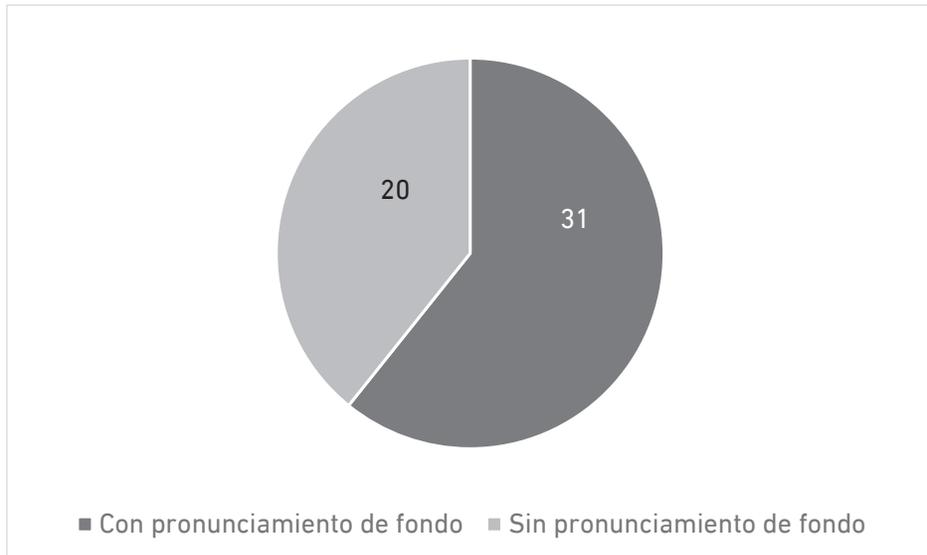


Figura 3. Número de laudos arbitrales emitidos por año, así como su división en laudos con pronunciamiento de fondo y sin él

Fuente: Dirección de Arbitraje de Consumo del Indecopi

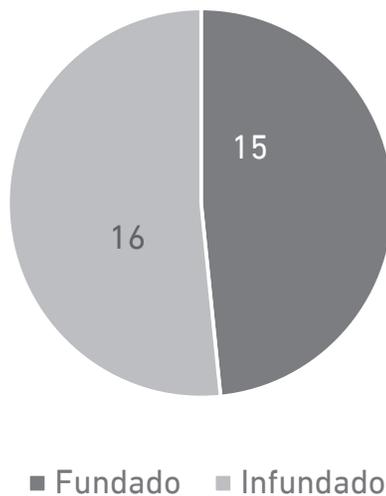


Figura 4. Calificación de laudos con pronunciamiento de fondo como fundados o infundados

Fuente: Dirección de Arbitraje de Consumo del Indecopi

Como se observa en las figuras 1, 2, 3 y 4, los consumidores están acudiendo cada vez más al arbitraje para resolver las controversias surgidas en el marco de sus relaciones de consumo. Sin embargo, si bien existe una alta concurrencia a este sistema —y que va en notorio aumento—, la cantidad de solicitudes rechazadas, así como la cantidad de laudos emitidos con pronunciamiento de fondo, muestran un panorama en el que no se ve aún la efectividad real de este sistema.

En ese sentido, a efectos de que este mecanismo llegue a posicionarse como la vía más efectiva y concurrida para la satisfacción de los intereses individuales de los consumidores o usuarios, será necesario buscar mayores incentivos (que podrían ser, además de positivos, negativos) para que los proveedores se adhieran al sistema, y de esta forma no se vea frustrada la intención de los consumidores de recurrir a este mecanismo de solución de conflictos y de obtener un fallo ajustado a derecho, preservándose la finalidad del sistema de arbitraje de consumo.

Meta del Sistema de Arbitraje de Consumo

La creciente demanda por la solución de reclamos individuales en la vía administrativa implica una sobrecarga que repercute en la capacidad operativa del Indecopi para ejercer un adecuado control sobre aquellas prácticas lesivas que afectan a una pluralidad de consumidores.

En ese sentido, el objetivo del Sistema de Arbitraje de Consumo, además de las ya expuestas, radica en llegar a consolidarse como el mecanismo más eficaz y, por lo tanto, el más empleado por los consumidores o usuarios para la satisfacción de sus intereses individuales, mientras que las instancias administrativas (la Comisión de Protección del Consumidor y la Sala respectiva del Tribunal) se dedican fundamentalmente a los procedimientos administrativos sancionadores de oficio que involucren intereses individuales homogéneos, colectivos o difusos.

CONSIDERACIONES FINALES

El arbitraje de consumo tiene como finalidad equilibrar los intereses de los consumidores y/o usuarios frente a los proveedores, al implicar un menor costo para ambas partes, así como la potencialidad de obtener un pronunciamiento imparcial, justo y especializado en la materia.

El sistema de arbitraje de consumo se constituye como un mecanismo de solución de conflictos que reviste las características de simplicidad, sencillez y rapidez en su tramitación. Representa una ventaja comparativa en este sentido si se contrasta con un procedimiento administrativo sancionador iniciado de oficio por denuncia de parte.

Las ventajas del arbitraje de consumo tienen un impacto en la superación de las tres asimetrías en la relación proveedor-consumidor: informativa, jurídica y económica. En ese sentido, tiene como proyección el llegar a constituirse como el mecanismo más eficaz para la resolución y satisfacción de los intereses individuales de los consumidores o usuarios; entonces, la vía administrativa se especializará en la tramitación de procedimientos sancionadores que involucren intereses individuales homogéneos, colectivos o difusos.

REFERENCIAS

- Álvarez Alarcón, A. (2011). El Sistema de Arbitraje de Consumo en el Perú. En Ó. Súmar Albújar (Ed.), *Ensayos sobre protección al consumidor en el Perú* (pp. 125-140). Lima: Universidad del Pacífico, Fondo Editorial.
- Caivano, R. (1998). *Negociación, conciliación y arbitraje: mecanismos alternativos para la resolución de conflictos*. Lima: Asociación Peruana de Negociación, Arbitraje y Conciliación (Apenac).
- Decreto Legislativo N.º 716, Ley de Protección al Consumidor. (1991). Recuperado del sitio web del Congreso de la República del Perú: <https://www4.congreso.gob.pe/comisiones/1997/turismo/d716.htm#:~:text=DECRETO%20LEGISLATIVO%20N%C2%BA%20716%20PROMULGAN%20NORMA%20SOBRE%20PROTECCI%C3%93N%20AL%20CONSUMIDOR.&text=%2D%20La%20protecci%C3%B3n%20al%20consumidor%20se,la%20Constituci%C3%B3n%20Pol%C3%ADtica%20del%20Per%C3%BA>.
- Decreto Legislativo N.º 807, Facultades, normas y organización del Indecopi. (1996). Recuperado del sitio web del Congreso de la República del Perú: [https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/C7E3EB0AA357A62C05257BA20072D267/\\$FILE/00807.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/C7E3EB0AA357A62C05257BA20072D267/$FILE/00807.pdf)
- Decreto Supremo N.º 103-2019-PCM, Reglamento del Sistema de Arbitraje de Consumo. (2019). Recuperado de https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/320933/DS_N_103-2019-PCM.pdf
- Devis Echandía, H. (2002). *Teoría general de la prueba judicial* (tomo I, 5.ª ed.). Bogotá: Editorial Temis.
- Espinoza Lozada, J. (2014). La vía del arbitraje para la solución de los reclamos de consumo. *Vox Juris*, 27(1), 99-124.
- Guillén Caramés, J. (2007). El arbitraje y el derecho de los consumidores y usuarios. En J. L. Collantes González (Dir.), *El arbitraje en las distintas áreas del derecho. Primera parte* (pp. 357-416). Lima: Palestra Editores.

- Lohmann Luca de Tena, G. (1993). *El arbitraje*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial.
- Morote Núñez, H. (1993). La protección al consumidor en el Código Civil. En VV. AA., *El derecho civil peruano. Perspectivas y problemas actuales* (pp. 163-204). Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial.
- Sentencia recaída en el Expediente N.º 0008-2003-AI/TC-Lima. (2003). Tribunal Constitucional del Perú. (2003). Recuperado de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00008-2003-AI.html>
- Sentencia recaída en el Expediente N.º 3315-2004-AA/TC. (2005). Tribunal Constitucional del Perú. Recuperado de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/03315-2004-AA.html>
- Sentencia recaída en el Expediente N.º 03741-2004-PA/TC. (2005). Tribunal Constitucional del Perú. Recuperado de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/03741-2004-AA.pdf>
- Sentencia recaída en el Expediente N.º 1776-2004-AA/TC. (2007). Tribunal Constitucional del Perú. Recuperado de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/01776-2004-AA.pdf>
- Sentencia recaída en el Expediente N.º 4293-2012-PA/TC. (2012). Tribunal Constitucional del Perú. Recuperado de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2014/04293-2012-AA.pdf>
- Trazegnies, F. de. (2005). Arbitraje de conciencia: comentarios al tema de investigación. *Ius et Veritas*, 15(30), 470-475.

INVESTIGAR O NO INVESTIGAR. PAUTAS PARA ELABORAR UNA TESIS DE DERECHO

MILUSHKA ROJAS ULLOA*
Universidad de Lima, Lima, Perú
mrojasu@ulima.edu.pe

Recibido: 14/11/2020 Aprobado: 21/11/2020
doi: <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2021.n052.4959>

RESUMEN. Nuestro derecho ha sido en gran medida el resultado de un cúmulo de aportes del derecho extranjero; por tanto, es el momento de darle a la investigación en derecho el sitio que le corresponde dentro del ordenamiento jurídico nacional. Por ello, abordaremos qué es la investigación jurídica, cómo se inicia la investigación, cuáles son las pautas para encontrar el problema por investigar y cómo se determina la estructura de la tesis a partir del desarrollo de lineamientos generales para elaborarla. De este modo, se llega a comprender la importancia del aporte del investigador al desarrollo del derecho nacional.

Si bien este artículo pretende que los graduados consigan el objetivo final y no se queden solo en el intento, consideramos que el presente aporte es el primero de cara a algunas preguntas que se nos presentan cuando pensamos en hacer investigación.

PALABRAS CLAVE: investigación jurídica / tesis de derecho / derecho comparado
/ ideas para investigar

* Doctora en Derecho y Ciencia Política por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Magíster en Derecho Civil y Comercial por la Universidad de San Martín de Porres. Abogada por la Universidad de Lima e investigadora por el IDIC. Docente de pregrado y posgrado en diversas universidades peruanas.

TO RESEARCH OR NOT TO RESEARCH. GUIDELINES FOR PREPARING A LAW THESIS

ABSTRACT. Our law has been mostly the result of a wealth of contributions from foreign law; therefore, it is time to give legal research its rightful place within the national legal system. To that end, we will address what legal research is, how this research begins, what are the guidelines to find the problem to be researched, and how to determine the structure of the thesis from the general guidelines for thesis preparation. Thus, the importance of researchers' contribution to the development of national law is understood. Although this article intends graduates to achieve the final objective and not to remain only in the attempt, we consider that this contribution is the first in the face of some questions that arise when we think about doing research.

KEYWORDS: legal research / law thesis / comparative law / ideas for researching

INTRODUCCIÓN

A lo largo de los veinte años en que vengo impartiendo la docencia universitaria, sea en pregrado o posgrado, he aprendido más de lo que he podido transmitir a mis alumnos porque todos son diferentes: algunos son más participativos; otros, más alegres; algunos, más callados, y están también aquellos que cuestionan todo. Pero no cabe duda de que he podido descubrir con cada uno de ellos todo un mundo por explorar y muchas ideas por investigar. Esas ideas llevan a preguntarse por la razón de ser de las diversas instituciones y el impacto que producen en la sociedad, todo ello con el fin de medir la eficacia y pertinencia en el derecho interno de cada país.

Entonces, nos preguntamos ¿cómo podemos contribuir al desarrollo del derecho? La respuesta es una: investigando, indagando, analizando los problemas que se originan conforme aplicamos el derecho en la actividad profesional, ya sea como jueces, abogados litigantes, docentes, políticos, funcionarios, entre otros. Sabemos lo invaluable que es la experiencia que se adquiere en el quehacer diario, en la asistencia a congresos nacionales e internacionales; durante una entrevista, una lectura, una clase y, en general, gracias a cualquier evento en el que participemos y que dé origen a preguntas cuyas respuestas son poco precisas, insatisfactorias o inexistentes. Investigar es indagar, hurgar dentro de lo desconocido, buscar la respuesta a un fenómeno jurídico. En definitiva, es encontrar la verdad frente al problema para el que, en ese momento, no hallamos respuesta alguna (Constantinesco y Da Costa, 1981).

Mediante el presente aporte queremos transmitir algunas ideas prácticas sobre cómo elaborar nuestra tesis de derecho para que refleje el interés que motivó la elección del tema por desarrollar. Por ello, conoceremos lo que es la investigación jurídica y empezaremos con el planteamiento del problema para llegar a determinar la estructura de la tesis. Asimismo, es importante tener claros los lineamientos generales para elaborarla, su normativa, para poder comprender la importancia del aporte del investigador al desarrollo del derecho nacional.

DISCUSIÓN DEL PROBLEMA

Como sabemos, muchos de los ordenamientos jurídicos en el mundo han sido receptores de otros, y confirmamos que el derecho peruano también. Esto lo podemos comprobar en la historia del derecho peruano, desde la conquista, cuando los españoles impusieron a la población indígena sus normas, además de sus costumbres (Basadre, 1984). Fue un derecho incorporado, impuesto al derecho ya existente en la comunidad que fue vencida: la voluntad del pueblo quedó subyugada a la voluntad de la Corona española, representada por el virrey (Basadre, 1937).

Con la independencia del país el 28 de julio de 1821, proclamada por el libertador don José de San Martín, llegó también la emancipación frente al derecho impuesto por los colonizadores. La primera norma fue eliminar el tributo a la Corona española, tan injusto y criticado por los emancipadores (Basadre, 1984). A partir de ese período, se vio la necesidad de crear un derecho que fuera de la mano con los ideales de la nueva nación, puesto que todo derecho refleja el sentir del pueblo en el momento y lugar donde se pretende aplicar. Fue entonces, en 1823, cuando se dio la primera Constitución peruana. Contenía los principios generales que inspirarían y guiarían a la nueva República del Perú (Basadre, 1937). Más adelante, se encargó la elaboración de los primeros códigos al entonces primer presidente de la corte suprema, Manuel Lorenzo de Vidaurre y Encalada (Vidal Ramírez, 2000). Realizó una ardua labor al preparar los códigos civiles, penal, de enjuiciamiento civil y de enjuiciamiento penal; sin embargo, su propuesta no tuvo gran repercusión y, al final, no fue de interés de las autoridades de la época (de lo contrario, hoy estaríamos hablando del Código de Vidaurre, como solía ser en esas épocas, cuando había un autor responsable de los códigos que regularían las relaciones interpersonales con efectos jurídicos entre las partes y para la sociedad) (Vargas, 1993). Quizá la dación de estos primeros códigos, publicados de manera privada, sea el primer aporte al derecho nacional producto de una investigación jurídica.

Con la Confederación Peruano-Boliviana, en el año 1836 —que tuvo una vigencia de tres años—, se dio el primer Código Civil latinoamericano: el Código de Santa Cruz (Vidal Ramírez, 2000). Este recogió íntegramente el Código Civil francés de 1804; por ello, es casi desconocido.

Más adelante, en 1852, se creó nuestro primer Código Civil, receptor del Código Civil francés, sin ningún aporte a la investigación del derecho en esos tiempos. Fue considerado un código romanista por ser una copia casi íntegra del Código Civil de Napoleón de 1804 (Vargas, 1993). Incluso recibió, durante su larga vigencia, duras críticas, como la mencionada por nuestro historiador Jorge Basadre (1937), quien solía decir que se trataba de una mala copia. Como vemos, con el primer Código Civil peruano no hubo intento de realizar investigación jurídica, sino de incorporar el modelo que inspiró al mundo entero, sin tomar en cuenta que fue dado para una realidad muy diferente de la peruana.

Luego se elaboró nuestro Código Civil de 1936 (Vidal Ramírez, 2000), el primero con exposición de motivos; es decir, los legisladores dieron cuenta de cómo elaboraron las propuestas de las normas y su fuente de inspiración. Un gran porcentaje se tomó tal cual de teorías y normas en códigos extranjeros, como el Código Civil argentino de 1869 y el primer Código Civil brasileño, de 1916. Así, vemos cómo en nuestro segundo código se empezó la investigación jurídica —pues se estudiaron otros códigos— y se aplicó el método comparativo, herramienta muy importante.

Por último, en el Código Civil de 1984, la exposición de motivos hace alusión a la gran influencia del derecho francés, alemán, italiano y español, en el ámbito europeo, y de los códigos argentino, brasileño y chileno, en el ámbito latinoamericano. En muchos casos, se incorporó una redacción similar a la de las normas mencionadas, con poca investigación jurídica, por lo que resultó un reflejo de la normativa europea y latinoamericana.

Con lo expuesto, se puede ver que el derecho peruano es la combinación de varias teorías y normas extranjeras que se han incorporado, en muchos casos, con una redacción taxativa y, en pocos, adecuándose a la realidad peruana. No se ha tomado en cuenta que las normas son el resultado de los problemas que aparecen en cada sociedad y que, así como las personas evolucionamos y somos diferentes, sucede lo mismo con el derecho, que no puede ser igual en todos los países. Los seres humanos que los conforman están unidos por diferentes lazos culturales, históricos, geográficos, costumbres, educacionales, económicos, valorativos, étnicos, entre otros.

El problema que puede surgir al recibir una norma extranjera es que no se adapte al escenario donde se quiere aplicar y, por tanto, se convierta en una norma fantasma, olvidada por no encontrar armonía con el ordenamiento jurídico vigente. Esto trae como consecuencia que, en vez de solucionar, se acrecienten los problemas, pues está en conflicto con otras normas de igual categoría (Morán, 2002). Además, deja en manos de los magistrados la interpretación que deseen darle al caso concreto. Ellos muchas veces violan el principio general de equidad, que establece que cuando existe la misma razón se debe aplicar el mismo derecho. Este hecho se evidencia cuando, frente a casos iguales, cada magistrado opta por una resolución diferente. Con ello, se genera mucha incertidumbre y desconfianza en nuestro Poder Judicial, lo que trae la indiferencia y el descreimiento respecto al aparato jurisdiccional.

Frente a lo expuesto, nos hacemos la siguiente pregunta: ¿por qué se crean ciertas leyes que, en vez de aliviar los problemas, en muchos casos los multiplican? La respuesta es muy sencilla: las autoridades responsables no hacen investigación y mucho menos aplican el derecho comparado como herramienta necesaria para la elaboración de normas.

Entonces, ¿por qué no hacemos investigación? Por muchas razones. Nombraremos algunas:

- a. Falta de tiempo
- b. Carencia de las herramientas o materiales necesarios
- c. Falta de recursos económicos
- d. Desconocimiento de cómo investigar
- e. Ausencia de métodos para enseñar a investigar

- f. Trabas burocráticas para hacer investigación
- g. Percepción negativa de la investigación: imposición u obligación en lugar de una decisión voluntaria y real
- h. Desinterés por el tema elegido
- i. Carencia de beneficios económicos para el investigador
- j. Falta de apoyo y respeto por la labor que desempeña el investigador
- k. Falta de motivación

Sobre la base de lo expuesto, queremos dar algunos lineamientos generales para la elaboración de una tesis de derecho, los cuales sean una guía para aplicar desde el planteamiento del proyecto de investigación hasta la culminación de la tesis, a efectos de sustentarla ante el jurado calificador y obtener el grado de bachiller o el título de abogado (Ramos Núñez, 2011).

Si bien el presente artículo pretende que los graduados consigan el objetivo final y no se queden solo en el intento, consideramos que el presente aporte es el primero de cara a algunas preguntas que se nos presentan cuando pensamos en hacer investigación. Nuestro compromiso es seguir investigando a partir de las preguntas planteadas, de tal manera que podamos brindarles pautas cada vez más claras y directas para alcanzar el objetivo final: la elaboración de una tesis en derecho.

LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA

Desde que nacemos, se evidencia nuestro instinto de conocer e investigar el mundo a nuestro alrededor, por ejemplo, con la curiosidad que tenemos frente a situaciones nuevas o al conocer personas nuevas. En cada etapa de la evolución del ser humano, se van utilizando diversos métodos para conocer e investigar lo que sucede en nuestro entorno (Mixan Mass, 2005). Conforme avanzamos, nos damos cuenta de lo poco que sabemos y comenzamos a investigar sobre lo que antes no nos habíamos percatado o aquello a lo que no le dimos la importancia que debíamos. En suma, la vida está ligada en todas sus etapas a la investigación; es decir, estamos en una constante búsqueda de la verdad y de cómo solucionar los problemas que se nos presentan en el ámbito laboral, empresarial, de gestión, familiar, educacional, amical, entre otros.

Sin embargo, cuando se nos pide hacer una investigación en derecho, consideramos que se trata de un tema desconocido, como si nunca lo hubiéramos escuchado y mucho menos practicado. Suele ocurrir que hasta nos preguntamos ¿qué es investigar?, cuando la respuesta la podemos encontrar en nosotros mismos, en nuestras experiencias cotidianas. El ser humano investiga constantemente todo fenómeno que sucede a su alrededor (Ramos Núñez, 2011). Por ejemplo, investigamos a la otra parte con la

que celebramos un contrato para saber si cumplirá o no con las obligaciones asumidas, o si cuenta con patrimonio para garantizar el pago de la deuda. Investigamos a nuestros docentes antes de elegirlos en el proceso de matrícula, investigamos al grupo de alumnos de cada clase, a nuestro jefe, a nuestro subordinado... En fin, existe una curiosidad innata en toda persona de conocer a aquellos con los que de alguna forma nos vemos vinculados.

Para el caso que es objeto del presente artículo, debemos centrarnos en un tipo de investigación: la netamente jurídica, porque es la que nos permitirá elaborar nuestra tesis de derecho. Es decir, investigaremos un fenómeno que tiene consecuencias jurídicas y que, por lo tanto, está amparado por el ordenamiento jurídico nacional. Siendo nuestro objetivo la elaboración de una tesis de derecho, alcanzar el tan ansiado grado o el título de abogado es la meta que yace en nuestras mentes desde que ingresamos a la universidad. A ello nos dirigimos y este objetivo no solo es nuestro, sino también de nuestra familia, de la misma organización educativa y, por supuesto, de la sociedad, que espera que el profesional aplique sus conocimientos y su investigación al bienestar común y que cada aporte aplicado permita el desarrollo de nuestro derecho.

El Estado, por medio de la Sunedu y la Ley N.º 30220, Ley Universitaria (del 9 de julio del 2014), sentó las bases para promover la investigación en las instituciones educativas. Ellas no solo tienen la misión de brindar educación y formar futuros profesionales, sino que, además, deben asegurar una educación de calidad que se evidencie en profesionales competentes. El graduado debe estar y sentirse capacitado para asumir retos en su etapa laboral, y aportar con su quehacer al desarrollo de nuestro país. La educación es una herramienta indispensable para alcanzar el bienestar social, y la defensa y el respeto de la dignidad de la persona, quien es el fin supremo de todo Estado y sociedad actual.

Respecto a la selección del tema, todo parece ser interesante. Por eso, nos hacemos constantemente estas preguntas: ¿qué tema de trascendencia jurídica debo investigar?, ¿cómo elegir el tema jurídico que trabajaré? Es muy común que esto le suceda a quien empieza, y son cuestionamientos de mucha trascendencia como primer paso, porque de ahí parte toda investigación jurídica. Para responder de alguna forma las interrogantes planteadas, dividiremos nuestra respuesta en dos etapas de la vida universitaria que explico a continuación.

Durante la etapa de formación profesional

Es importante en esta etapa tener ya una noción de lo que significa la investigación científica y de cómo llegar al conocimiento de una investigación jurídica. Por ello, las organizaciones educativas se preocupan por preparar a los estudiantes en aquellos temas que sirven de guía para elaborar la tesis de derecho. No cabe duda del inmenso

valor formativo que tienen, en cada uno de nosotros, los diversos cursos que se imparten para el cumplimiento de la malla curricular de cada institución. Estos producen curiosidad en sus participantes e interés para indagar más a fondo sobre determinado tema (Morales, Rincón y Tona Romero, 2005). Por ejemplo, el docente a cargo de un curso pudo tener la capacidad para inspirarnos, o tal vez no pudo culminar su enseñanza y nos dejó con algunas interrogantes. También puede suceder que el tema se asemeja a una situación personal, familiar o laboral que hemos vivido y que, por estas circunstancias, se presenta como una oportunidad para llegar a una respuesta más sólida y científica que nos permita descubrir la verdad (Morales *et al.*, 2005).

Esta etapa resulta ser la más elemental para hacerse una idea de lo que se quiere investigar, pues se está frente a un abanico de temas entre los cuales escoger cuál es el más adecuado y, sobre todo, cuál nos causa interés y curiosidad como para investigarlo. Además, toda organización educativa cuenta con docentes especialistas, los profesores, a quienes ya se conoce y quienes nos podrían guiar para profundizar en el tema que nos causa motivación y mucha expectativa. Esta etapa podría ser mucho más eficaz si dentro del proceso de aprendizaje se llevan cursos de investigación, seminarios de tesis o cursos de metodología de la investigación; es imprescindible conocer las herramientas básicas para empezar una propia aventura en el mundo de la investigación. La pasión por investigar tendrá mucha relación con las enseñanzas impartidas por el docente investigador, pues será el primer contacto con este nuevo mundo y, por supuesto, el primer responsable de formar a los futuros investigadores.

Cuando ya terminamos los estudios universitarios

En esta etapa, seguramente con nuevos retos y nuevas obligaciones, se complica un poco la elección del tema que se quiere investigar, puesto que ya se salió del proceso de formación profesional y ahora toca que cada uno guíe su propio proceso, muchas veces sin el apoyo o ayuda tutorial que sí ofrece la universidad en la etapa de formación. Entonces se suele recordar que, efectivamente, se llevó el curso de investigación jurídica para desarrollar la tesis, pero el tema fue poco atractivo, no causó curiosidad o quizás se escuche: "El tema nunca me gustó, lo elegí solo para pasar el curso". También puede suceder que el curso nunca fue de interés del alumno y que, por ello, no prestó atención al desarrollo de cada clase. O puede darse el caso de que poco o nada pudo comprender de las enseñanzas del profesor que, con mucho esmero, se dedicó a impartir el curso para que sus alumnos empezaran a investigar.

Sea cual fuera la respuesta, está en manos de cada uno elegir el tema por investigar, pero ¿cómo hacerlo? Existen muchas formas; sin embargo, considero apropiado empezar este proceso partiendo de temas generales que permitan llegar al tema en particular. Es decir, aplicar el método deductivo, que suele ser una herramienta interesante y sobre

todo eficaz para llegar a determinar de forma concreta el tema que se vaya a elegir. Veamos el siguiente ejemplo:

ALUMNO: Profesor, ¿cómo elijo el tema por investigar?

PROFESOR: ¿Qué área del derecho es de tu interés? ¿Qué curso estudiado te pareció más interesante?

ALUMNO: Me gusta, dentro de todos los cursos estudiados, el derecho civil.

PROFESOR: Muy bien, pero el derecho civil es muy amplio, hay más de diez cursos sobre derecho civil en la universidad que contienen el estudio doctrinario, normativo y jurisprudencial de cada libro del Código Civil.

ALUMNO: Me gustó, dentro del derecho civil, el curso sobre el acto jurídico.

PROFESOR: Bien. Sin embargo, la teoría del acto jurídico engloba muchas instituciones. ¿Algún tema fue de especial interés?

ALUMNO: Dentro del curso sobre el acto jurídico, me llamó mucho la atención el tema de los requisitos de validez del acto jurídico y, dentro de los requisitos de validez, me interesó el requisito de validez que establece que el objeto del acto jurídico debe ser física y jurídicamente posible.

PROFESOR: ¿Por qué le interesó el requisito de validez sobre el objeto?

ALUMNO: Porque, según Vidal Ramírez, en su libro *El acto jurídico*, se requiere la presencia de tres caracteres para que el objeto cumpla como requisito de validez: debe ser físicamente posible, jurídicamente posible y, además, determinado o determinable. A partir de eso, me gustaría saber lo siguiente: ¿cómo podría cumplir el objeto del acto jurídico con los tres caracteres si es aplicable a un bien incorporal? ¿Cómo se aplicaría, por ejemplo, para la transferencia de una marca o una patente? ¿Será que dichos bienes no podrían ser objeto de los actos jurídicos?

PROFESOR: Con las preguntas planteadas, se hace más fácil arribar al tema que pretendes investigar.

ALUMNO: Me gustaría investigar la posibilidad física del objeto del acto jurídico y su implicancia en la transferencia de un bien incorporal.

En este ejemplo, se ha ido extrayendo, a partir del interés mostrado en un área del derecho, el tema que quizá sea elegido para una tesis. Para llegar a esta idea, se debe comenzar por informarse y leer, sobre todo basándose en fuentes especializadas. Seguramente se empiece repasando los apuntes de clase, pero también se puede preguntar al profesor o al asesor o especialista en metodología y elaboración de tesis.

Lo más aconsejable es centrarse en una investigación delimitada, particular y concreta; de lo contrario, investigar temas generales tomará más tiempo y demorará la consecución del grado o título (Mixan Mass, 2002). Asimismo, delimitar el tema por investigar permite, al final de la investigación, arribar a un aporte concreto, viable y de gran trascendencia para el mundo jurídico.

Otra gran ventaja de demarcar bien el tema es la especialización en un aspecto del derecho, que es tan amplio. Frente a un mercado laboral tan competente, consideramos que la especialización se ha convertido en un instrumento valioso que ayuda al futuro abogado a mostrar su preocupación en su formación, las competencias con las que cuenta y el valor agregado que lo diferencia de los demás profesionales del derecho, sustentado en el área que investigó y que ahora conoce bien.

ESTRUCTURA DE UNA TESIS DE DERECHO

Cuando se decide elaborar una tesis, se debe entender que existe un orden, un sistema que permitirá investigar, cumpliendo paso a paso cada etapa, hasta alcanzar el objetivo final. El desorden en la investigación solo traerá frustración y, seguramente, la mala experiencia desanime de volver a intentarlo. Como se dice, no por mucho madrugar se amanece más temprano.

En primer lugar, se debe preparar el proyecto de investigación. Constará de una parte metodológica y otra teórica; es decir, se presenta lo que se pretende investigar y cómo se van a alcanzar los objetivos trazados. El proyecto es la guía que ilumina cada paso para el proceso de la investigación jurídica.

Marco metodológico

Aquí se encuentra el planteamiento del problema por investigar. Elegido el tema, sigue esta pregunta: ¿cuál es el problema? Se debe tener en cuenta que nuestra investigación en derecho tiende a ser aplicada; es decir, debe resolver una problemática vigente en la sociedad (Bardales, 2013). Para ello, se debe partir del conocimiento de la realidad y de los antecedentes del tema. Nuestra recomendación es que, al plantear las preguntas del problema, estas sean dos o más para luego elegir cuál de ellas será la que se trabaje en la investigación.

Luego de haber elegido la pregunta que interesa respecto del tema, sigue el objetivo general, el cual muestra adónde se desea llegar con el tema y los objetivos específicos, que son desmembraciones del objetivo general. Es decir, tiene que haber una correlación entre la pregunta planteada y los objetivos generales y específicos. Por ello, la sistematización, como característica primordial en la investigación, permite seguir paso a paso cada etapa y nunca saltarlas (Cañas Lastarria, 2010).

Después de tener claros los objetivos generales y específicos, sigue la hipótesis, que en palabras sencillas no es más que una respuesta probable a la pregunta o preguntas del problema, con sus respectivas variables y sus indicadores. Se debe tener en cuenta que no se podrá elaborar una hipótesis sin antes haber elaborado la pregunta del problema y tener claro el objetivo de la investigación. Las coherencias lógicas entre estos tres elementos permitirán llevar adelante una investigación jurídica (Flores *et al.*, 2013). Veamos un ejemplo:

- Idea por investigar: derechos reales, la multipropiedad
- Pregunta del problema: ¿cuáles serían los factores económicos y jurídicos para incorporar la multipropiedad como un nuevo derecho real dentro del ordenamiento jurídico peruano?
- Objetivo general: determinar los factores económicos y jurídicos para incorporar la multipropiedad como un nuevo derecho real dentro del ordenamiento jurídico peruano.
- Hipótesis: los factores económicos y jurídicos para incorporar a la multipropiedad como un nuevo derecho real dentro del ordenamiento jurídico peruano podrían ser, por un lado, la seguridad jurídica en su regulación, el incentivo de la inversión privada nacional e internacional, así como el desarrollo del turismo, lo que redundará en el desarrollo económico de nuestro país.

Marco teórico

En esta parte del proyecto de investigación, se acude a las diversas teorías, doctrinas, jurisprudencia nacional e internacional y al derecho comparado, con el fin de comprender cómo otros ordenamientos jurídicos han podido resolver los problemas jurídicos que enfrenta nuestro derecho nacional (Constantinesco y Da Costa, 1981). Este cúmulo de información y conocimientos tiene una doble función: por un lado, permitirá elaborar la hipótesis y, por el otro, durante el desarrollo de la tesis, servirá para comprobar la veracidad o falsedad de la hipótesis planteada inicialmente.

Se debe tener en cuenta que las hipótesis no son producto de la imaginación ni se pueden inventar, sino que tienen algún sustento teórico sólido en su componente. Para conseguirlo, tiene que apoyarse en la literatura de la especialidad, en los casos jurisprudenciales, en las experiencias vividas y, por supuesto, en muchas ocasiones, en el derecho comparado.

LINEAMIENTOS GENERALES PARA ELABORAR LA TESIS DE DERECHO

Antes del proyecto, se debe tener clara la idea por investigar, puesto que, si el tema elegido no interesa, seguramente no se avanzará con la investigación, se hará tedioso desarrollarla y seguramente se dejará con el riesgo de tener que empezar otra desde cero (Hernández, Fernández y Baptista, 2006). Es importante que el tema elegido salga de quien lo investigará, sin imposiciones, y le apasione, de modo que no lo abandone.

- a. El proyecto de investigación debe ser aprobado por la organización educativa, que deberá revisar si este es viable, si constituye un tema interesante y si parte de la problemática del momento para llevar el fenómeno jurídico a posibles soluciones, con miras a hacer un aporte al derecho nacional (Flor, 2016).
- b. Es preferible que el asesor de tesis sea de la especialidad del tema por investigar o especialista en metodología de la investigación. Sería una ventaja que el asesor comparta ambas especialidades.
- c. La elaboración de la tesis de derecho debe tener como guía el marco metodológico descrito en el proyecto. Hay que recordar que la finalidad es probar la veracidad o falsedad de la hipótesis planteada.
- d. El marco teórico debe elaborarse mediante la recolección de datos e información relevante y la consulta de literatura especializada (doctrina, teorías generales y especializadas, jurisprudencia nacional e internacional, y normativa interna e internacional). Esto permite comprobar o negar la hipótesis planteada y permite visualizar cuáles pueden ser las sugerencias que redunden en un aporte al derecho nacional.
- e. El diseño de la investigación, la selección de la muestra (Hernández *et al.*, 2006) y la aplicación de diversas técnicas de investigación (como las entrevistas, los *focus group*, las mesas redondas, las charlas, las conferencias, las reuniones de trabajo y de investigación, entre otros) ayudarán a la comprobación de la hipótesis planteada.
- f. Se debe analizar cada documento con total objetividad, relacionando, en primer lugar, la normativa, la doctrina y la jurisprudencia. Este trinomio permitirá un enfoque más amplio del tema y arribar a conclusiones objetivas y prácticas (Hernández-Sampieri y Torres, 2018).
- g. El aporte del investigador al derecho nacional puede darse mediante propuestas claras y precisas, que pueden consistir en la modificación de una norma, la dación de otra que conduzca a la solución del problema, una mejor interpretación de la norma o la precisión de criterios uniformes de interpretación normativa. Todo ello debe sustentarse con base científica y haber sido analizado de modo objetivo para asegurar una fidelidad total en la investigación (Flor, 2016).

NORMATIVA SOBRE LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA

Haciendo una búsqueda de las normas del Estado peruano que regulen la investigación científica en general, y la jurídica en específico, no encontramos ninguna sobre los métodos de investigación, los lineamientos generales, los componentes y las etapas que corresponden al proceso de investigación. Lo que conocemos ahora se ha extraído de las experiencias de grandes investigadores que, en su actuar, sea individual o colectivo, han logrado los objetivos indicados en sus trabajos de investigación y, con ello, han transformado diversas ciencias (entre ellas, el derecho).

Sin embargo, existe interés en promover la investigación en todas las áreas científicas, es una política pública de nuestro país. La Ley N.º 30220, Ley Universitaria, señala que es un fin de la universidad realizar y promover, entre otras cosas, la investigación científica, tecnológica y humanística (la creación intelectual y artística). Asimismo, indica que una función de la universidad es la investigación y establece ciertos requisitos para la obtención de los grados y títulos universitarios. En todos ellos, menciona la aprobación de un trabajo de investigación para obtener el grado de bachiller y la aprobación de una tesis para la obtención del título profesional, el grado de maestro y el grado de doctor. Resaltamos el artículo 48 de la ley en mención:

La investigación constituye una función esencial y obligatoria de la universidad, que la fomenta y realiza respondiendo, a través de la producción de conocimiento y desarrollo de tecnologías, a las necesidades de la sociedad, con especial énfasis en la realidad nacional. Los docentes, estudiantes y graduados participan en la actividad investigadora en su propia institución o en redes de investigación nacional o internacional, creadas por las instituciones universitarias públicas o privadas. (Ley N.º 30220, 2014)

CONCLUSIONES SOBRE EL APOORTE DEL INVESTIGADOR AL DESARROLLO DEL DERECHO NACIONAL EN TIEMPOS ACTUALES

La investigación, como se ha venido indicando, se ha convertido en un instrumento necesario para descubrir la respuesta a tantas interrogantes que nos hacemos a lo largo de nuestras vidas. Hoy más que nunca, en el estado de emergencia que vivimos para luchar contra la pandemia que afecta a toda la humanidad, nos informarnos por los medios de comunicación que se viene investigando la vacuna que nos prevendrá de contraer el virus, o que se investiga el anticuerpo que permitirá atacarlo dentro de nuestro propio cuerpo, o que se investiga para crear respiradores mecánicos para pacientes en estado crítico... Y, así, hoy la palabra *investigar* está en la mente de todos. Nos damos cuenta recién de que en las manos de los investigadores se encuentra el destino de nuestras vidas y el futuro de la humanidad. No cabe duda del valor que viene ganando la investigación y, por supuesto, el respeto y la admiración al papel que desempeñan los investigadores (Zorrilla, 2011).

Probablemente, el presente que vivimos y el COVID-19 cambiarán nuestra percepción sobre la trascendencia de la investigación, y esperemos que nuestros gobernantes tomen conciencia y se den cuenta de que, hoy más que nunca, debemos invertir en ella, y no solo esperar los resultados provenientes de otros países. El tiempo no espera por nadie, tomemos la decisión y tengamos la confianza de que somos capaces, de que podemos si queremos, porque sabemos que existen buenos científicos peruanos en diversas áreas del conocimiento, con las cualidades necesarias, pero sobre todo con la objetividad y la ética, para arribar a las respuestas que todos buscamos.

En el campo del derecho, nos enfrentamos a nuevas interrogantes producto de los efectos que viene ocasionando la pandemia en las relaciones jurídicas. Nos preguntamos: ¿cómo se resolverán estos nuevos conflictos que hoy afectan a la sociedad? Queda claro que, para encontrar esta y otras respuestas a las muchas preguntas que nos hacemos, debemos investigar. Es el camino para alcanzar la verdad en beneficio del desarrollo de nuestro país. Si no hay investigación, no hay avance del derecho y seguiremos siendo meros destinatarios de las teorías y corrientes doctrinarias. Asumiremos la posición de espectadores de los avances que se han venido produciendo en las teorías tradicionales europeas, a diferencia de aquellas investigaciones dirigidas por investigadores interesados en el avance de las ciencias jurídicas (Zorrilla, 2011).

Por ejemplo, pensemos en los alemanes, quienes no se quedaron con el aporte del derecho francés, sino que hurgaron las bases romanísticas y avanzaron para brindar al derecho las teorías modernas, muchas seguidas por otros ordenamientos jurídicos, como el nuestro. Lo mismo ocurrió con los italianos, que realizaron un análisis partiendo de las teorías más importantes y trascendentales, como la francesa y la alemana, para seguir brindando aportes (Morán, 2002). No se quedaron como espectadores pasivos del conocimiento, sino que siguieron investigando con el fin de adaptar tales teorías a su realidad.

Esto no sucede con el derecho peruano, que, hasta la fecha, viene incorporando diversas teorías y normas extranjeras, muchas veces con la justificación de estar a la par con el avance en el derecho. Hemos aplicado estas leyes sin antes realizar un estudio pormenorizado de cuáles serían los impactos en la sociedad peruana, lo que ha traído como consecuencia diversas interpretaciones de los magistrados, colisión entre normas de un mismo rango, conflictos al momento de aplicar el derecho. Esto nos ha llevado a resolver casos iguales con normas diferentes (Morán, 2002).

Hoy la investigación es una política pública del Estado. Por ello, para alcanzar el grado de bachiller, debemos realizar un trabajo de investigación. Este es un gran cambio, pues ya no existe más el bachillerato automático, que saltaba ese primer contacto con la investigación y traía como consecuencia que muy pocos eligieran graduarse con una tesis para obtener el título de abogado. Preferían la sustentación de expedientes que, a la

larga, sin darnos cuenta, abarcan más temas y es muchas veces más difícil de preparar (López Escarcena, 2011).

Como sabemos, en una tesis se establecen límites para el investigador y también para el jurado calificador (López Escarcena, 2011). Además, motiva la especialización en el tema y la defensa de los resultados obtenidos en la investigación, pues suponen el cambio que se quiere aportar a la sociedad, lo que redundará definitivamente en el desarrollo del derecho.

Conocemos que, en países desarrollados, un gran porcentaje de su presupuesto se destina a la investigación; en cambio, muy a nuestro pesar, en el Perú no se está dando a la investigación la importancia que le corresponde (Hernández-Sampieri y Torres, 2018). Por ello, consideramos que ya es hora de dejar de ser simples receptores de teorías y leyes extranjeras. Es tiempo de convertirnos en promotores de normas que permitan resolver problemas sociales vigentes y que hagan posible la paz social para el bienestar de todos.

Investigar es parte de nuestra naturaleza, nosotros somos investigadores natos. No la dejemos de lado pensando que nos enfrentamos a un fenómeno inalcanzable; al contrario, es nuestra aliada y, en muchos casos, como el momento en que vivimos, es nuestra salvación. Nos acompañará en cada etapa de nuestra existencia para el bienestar de la humanidad.

REFERENCIAS

- Bardales, M. J. S. (2013). El método en la investigación jurídica. *Derecho y Cambio Social*, 10(32), 33.
- Basadre, J. (1937). *Historia del derecho peruano* (vol. 1). Lima: Editorial Antena.
- Basadre, J. (1984). *Historia del derecho peruano*. Lima: Ediciones Gráficas.
- Cañas Lastarria, R. (2010). Esquema tipo de un método de investigación dogmática en derecho positivo. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, (2). doi: 10.4151/ISSN.07186851-Vol.0-Num.2-Fulltext.30.
- Constantinesco, L. J., y Da Costa, E. F. (1981). *Tratado de derecho comparado. Introducción al derecho comparado*. Madrid: Tecnos.
- Flor, L. M. R. (2016). *Metodología de investigación jurídica* (vol. 8). Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha.
- Flores, M. D., Franco, M. E. V. E., Ricalde, D. C., Garduño, A. A. L., y Apáez, M. R. (2013). *Metodología de la investigación*. Ciudad de México: Editorial Trillas.

- Hernández, R., Fernández, C., y Baptista, P. (2006). *Metodología de la investigación*. Ciudad de México: McGraw Hill.
- Hernández-Sampieri, R., y Torres, C. P. M. (2018). *Metodología de la investigación* (vol. 4). Ciudad de México: McGraw-Hill Interamericana.
- Ley N.º 30220, Nueva Ley Universitaria. (9 de julio del 2014). Recuperado del sitio web del Congreso de la República: http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Expvirt_2011.nsf/Repexpvirt?OpenForm&Db=201100154&View
- López Escarcena, S. (2011). Para escribir una tesis jurídica: técnicas de investigación en derecho. *Ius et Praxis*, 17(1), 231-246.
- Mixan Mass, F. (2002). *Lógica enunciativa jurídica*. Trujillo: Ediciones BLG.
- Mixan Mass, F. (2005). *Cuestiones epistemológicas y teoría de la investigación y de la prueba*. Trujillo: Ediciones BGL.
- Morales, O. A., Rincón, Á. G., y Tona Romero, J. (2005). Cómo enseñar a investigar en la universidad. *Educere*, 9(29), 217-225.
- Morán, G. M. (2002). El derecho comparado como disciplina jurídica: la importancia de la investigación y la docencia del derecho comparado y la utilidad del método comparado en el ámbito jurídico. *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, (6), 501-529.
- Ramos Núñez, C. (2011). *Cómo hacer una tesis de derecho y no envejecer en el intento*. Lima: Editora Jurídica Grijley.
- Vargas, J. (1993). *Historia del derecho peruano: parte general y derecho incaico*. Universidad de Lima, Fondo Editorial.
- Vidal Ramírez, F. (2000). *El acto jurídico*. (5.ª ed.). Lima: Gaceta Jurídica.
- Zorrilla, M. S. (2011). La metodología en la investigación jurídica: características peculiares y pautas generales para investigar en el derecho. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, (14), 317-358.

COMENTARIOS LABORALES

EL IMPACTO DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS EN LAS RELACIONES LABORALES*

PEDRO MORALES CORRALES (†)**
Universidad de Lima, Lima, Perú

ALEJANDRO MORALES CÁCERES***
Universidad de Lima, Lima, Perú
alejandro.morales@tytl.com.pe

Recibido: 24/1/2021 Aprobado: 1/2/2021
doi: <https://doi.org/10.26439/iusetpraxis2021.n052.5072>

RESUMEN. En los últimos años, el desarrollo de las nuevas tecnologías ha venido transformando la forma de producir y trabajar, lo que indudablemente impacta en el derecho laboral. En primer lugar, se realiza una explicación sobre el tratamiento de las plataformas digitales en el derecho laboral. A continuación, se expone cómo es que la implementación de nuevas tecnologías como las cámaras de videovigilancia, los dispositivos de geolocalización y la fiscalización de los dispositivos corporativos impactan en la privacidad de los trabajadores. Luego, se plantean los desafíos del teletrabajo en torno al derecho a la protección de los datos personales. Finalmente, se analiza el derecho a la desconexión laboral.

PALABRAS CLAVE: derecho laboral / tecnología / plataformas digitales / privacidad / teletrabajo / desconexión laboral

* Este artículo reúne algunos trabajos publicados en el 2020 por Alejandro Morales Cáceres sobre las nuevas tecnologías y el derecho laboral, que hoy adquieren gran relevancia. Se han integrado bajo la atenta mirada de Pedro Morales Corrales y de Alejandro Morales Cáceres para ofrecer un panorama actual sobre este tema.

** Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Magíster en Derecho por la Universidad de San Martín de Porres. Expresidente de la Sociedad Peruana de Derecho y Trabajo y de la Seguridad Social. Profesor de Derecho Laboral Individual en la Universidad de Lima. Socio del Estudio Echeopar asociado a Baker & McKenzie International.

*** Abogado por la Universidad de Lima. Máster en Derecho de las TIC, Redes Sociales y Propiedad Intelectual en ESADE Business & Law School. Jefe de prácticas de Derecho Comercial I y II en la Universidad de Lima. Jefe del Área de Derecho y Nuevas Tecnologías en el Estudio Torres y Torres Lara Abogados.

THE IMPACT OF NEW TECHNOLOGIES ON EMPLOYMENT RELATIONSHIPS

ABSTRACT. In recent years, the development of new technologies has been transforming the way of producing and working, which undoubtedly has an impact on labor law. First, the authors explain the treatment of digital platforms in labor law. Next, they illustrate how the implementation of new technologies such as video surveillance cameras, geolocation devices and the control of corporate devices affects the privacy of employees. Then, they present the challenges of remote working in relation to the right to personal data protection. Finally, they analyze the right to disconnect from work.

KEYWORDS: labor law / technology / digital platforms / privacy / remote working / right to disconnect

INTRODUCCIÓN

En los últimos años, hemos sido testigos de la profunda transformación de la sociedad, producida al compás de los avances tecnológicos. Las nuevas tecnologías de la información y la comunicación han pasado a formar parte de nuestros hábitos diarios, cambiando nuestra forma de relacionarnos, de pensar y hasta de vivir.

No cabe duda de que la irrupción de nuevas tecnologías en nuestras sociedades está generando una serie de cambios en la economía, en el consumo, en los negocios y en el mundo del trabajo, cuya profundidad y trascendencia nos coloca frente al surgimiento de una nueva época signada por el avance exponencial e incesante del conocimiento.

La tecnología y el acceso a internet nos han facilitado la vida, el conocimiento y las comunicaciones, y nos permiten estar permanentemente conectados, lo que supone sin duda una ventaja o un avance. Si bien la actividad productiva se ha visto enormemente facilitada y agilizada, es importante resaltar que estas indudables ventajas no han evitado que la implantación generalizada de las nuevas técnicas, particularmente, en los sistemas de gestión del personal, haya puesto de relieve su potencial lesividad para la esfera de los derechos fundamentales de la persona y, en concreto, para algunos de los aspectos más vulnerables de la personalidad: la dignidad e intimidad del trabajador.

En efecto, esta nueva realidad pone en cuestión, con mucha más intensidad que antes, la vigencia de los derechos fundamentales de los trabajadores en el seno de las empresas y en el desarrollo de sus actividades productivas. Este nuevo contexto trae consigo una serie de inquietudes tales como (i) la "uberización" del trabajo; (ii) la fiscalización y control laboral a través de las nuevas tecnologías por parte de los empleadores a los trabajadores; (iii) la importancia creciente que, previsiblemente, asumirá a futuro el teletrabajo en la empresa; (iv) la libertad de expresión de los trabajadores a través de las redes sociales; (v) la dimensión reforzada que debe asumir el derecho a la protección de datos en el seno de la relación laboral.

¿EXISTE RELACIÓN LABORAL EN LAS PLATAFORMAS DIGITALES?

Plataformas digitales y relación laboral¹

La irrupción de las plataformas digitales es uno de los cambios más importantes en la economía global, pues su aparición supone que las personas puedan conseguir en línea a conductores, mensajeros, repartidores de comida, profesores particulares, entrenadores personales, gasfiteros, entre otros servicios, en cuestión de segundos.

1 Adaptado del artículo "Relación laboral en las plataformas digitales", por A. Morales Cáceres, 15 de febrero del 2020, *Agnitio*. Todos los derechos reservados [2020] por AGNITIO. Adaptado con permiso del autor.

Desde un punto de vista económico, lo que sucede es que un grupo de personas se encuentra dispuesto a ofrecer un determinado servicio y se apalanca, tecnológicamente, de estas sociedades titulares de estas aplicaciones tecnológicas, quienes los contactan con miles de consumidores. La doctrina estadounidense la conoce como *Uber economy*, que consiste en tomar una prestación de un servicio, tradicionalmente realizada por un trabajador, y descentralizarla a través de internet hacia un gran número de personas.

Este nuevo modelo económico supone un reto jurídico, pues no es del todo claro si estas nuevas formas de trabajo atípicas conducen a la creación de una relación laboral, en donde las plataformas digitales como Uber, Cabify o Glovo podrían ser consideradas como empleadores de aquellos que prestan los servicios. Actualmente, en el Perú existen iniciativas legislativas² que pretenden regular la relación entre la plataforma digital y el prestador del servicio, enmarcándola en una relación laboral con el objetivo de proteger al segundo. Por otro lado, tenemos a los titulares de las plataformas, quienes niegan la condición de empleador y se definen como intermediarias entre los proveedores de servicios y sus clientes (consumidores finales). Ante esta "zona gris" del derecho, ¿podría un chofer de Uber o Cabify reclamar una indemnización laboral a estas plataformas? ¿Acaso un *rider* de Glovo o Rappi son trabajadores de dichas empresas?

Para responder estas preguntas, debemos analizar si es que en cada caso se presentan los elementos esenciales de la relación laboral. Esto es, si existe una prestación personal de servicios, si se paga una retribución económica y si es que hay subordinación. Es claro que los dos primeros supuestos se cumplen, pues un *rider* presta el servicio de un motorizado y, por ello, recibe una comisión. Lo mismo sucede con un chofer de Easy Taxi, quien es el que conduce el vehículo y, como consecuencia de ello, percibe una retribución a cambio. Sin embargo, la cuestión fundamental radica, entonces, en determinar si existe o no subordinación laboral.

La subordinación es el vínculo de sujeción que tiene el empleador frente al trabajador en una relación laboral. De este surge el poder de dirección, que es la facultad del empleador de dirigir, fiscalizar y, en última instancia, sancionar al trabajador. Este es el elemento distintivo que permite diferenciar al contrato de trabajo de un contrato de prestación de servicios, en donde se brindan servicios de forma autónoma e independiente. En ese sentido, se debe analizar si quien pone a disposición la plataforma digital lleva a cabo un control comercial o si, en cambio, cruza esta línea y se convierte en un control laboral. En términos prácticos, lo que se debe analizar es si el titular de la plataforma es

2 Actualmente, existen dos proyectos de ley: el Proyecto de Ley N.º 4144/2018-CR, que regula la labor del trabajador por plataforma digital; y el Proyecto de Ley N.º 4243/2018-CR del empleo digno, que regula a los trabajadores de plataformas digitales.

quien determina dónde se presta el servicio, cómo se presta el servicio, de qué manera se presta el servicio y en qué momento se presta el servicio.

Asimismo, la Organización Internacional del Trabajo (OIT), en el artículo 13 de la Recomendación N.º 198 sobre la relación de trabajo (2006), establece indicios específicos que permitan determinar la existencia de una relación de trabajo. Entre esos indicios se encuentran los siguientes:

- a. El hecho de que el trabajo se realiza según las instrucciones y bajo el control de otra persona; que el mismo implica la integración del trabajador en la organización de la empresa; que es efectuado única o principalmente en beneficio de otra persona; que debe ser ejecutado personalmente por el trabajador, dentro de un horario determinado, o en el lugar indicado o aceptado por quien solicita el trabajo; que el trabajo es de cierta duración y tiene cierta continuidad, o requiere la disponibilidad del trabajador, que implica el suministro de herramientas, materiales y maquinarias por parte de la persona que requiere el trabajo.
- b. El hecho de que se paga una remuneración periódica al trabajador; de que dicha remuneración constituye la única o la principal fuente de ingresos del trabajador; de que incluye pagos en especie tales como alimentación, vivienda, transporte u otros; de que se reconocen derechos como el descanso semanal y las vacaciones anuales; de que la parte que solicita el trabajo paga los viajes que ha de emprender el trabajador para ejecutar su trabajo y el hecho de que no existen riesgos financieros para el trabajador.

Tratamiento de las plataformas digitales en el Perú

En una reciente decisión, el Tribunal de la Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Indecopi, a través de la Resolución N.º 0084-2020/SDC-INDECOPI (2020), declaró que Uber es una empresa de tecnología y no de transporte, por lo que tampoco realiza competencia desleal contra los servicios de transporte público. Se advierte que Uber se dedica exclusivamente a conectar usuarios taxistas con usuarios solicitantes de servicios de transporte, no constituyendo prestación directa del servicio de transporte.

En efecto, las empresas como Uber, Glovo, Cabify, Rappi, Airbnb, eBay, entre otras, son ejemplos típicos de plataformas digitales. Para entender este concepto, primero debemos entender qué es un modelo lineal. Este modelo es aquel que crea valor de forma lineal a sus clientes. Es decir, se crea valor desde el primer cliente hasta el último. Por ejemplo, Subaru vendiendo carros, Ripley vendiendo ropa, un estudio de abogados prestando servicios a sus clientes. En un modelo lineal, hay un intercambio de dinero por un producto o servicio. El empresario es propietario de los medios productivos tradicionales.

En cambio, en el modelo de plataformas digitales, existen dos lados que se conectan en la plataforma: la oferta y la demanda. La plataforma digital crea valor para ambos lados; sin embargo, no necesariamente hay valor al inicio, pues para ello se necesita de una masa crítica en ambos lados. Uber no sería atractivo si solo tuviese personas que demandan transporte privado, pero no contara con choferes afiliados a la aplicación. Airbnb no sería atractivo si solo hubiera oferta de alojamientos, pero no contara con usuarios que demanden estos. El valor crece en la medida que haya más usuarios, tanto del lado de la oferta como de la demanda. Por ejemplo, Tinder aporta más valor en la medida que hay más usuarios. Facebook tiene más valor si hay más personas que utilizan esta red social. Sin masa crítica, no hay valor (lo que se conoce como *network effect*). Las plataformas digitales no necesitan ser propietarias de los medios productivos tradicionales. Es decir, se apalancan de forma tecnológica para ser un intermediario que conecta a usuarios.

En ese sentido, es acertado que la Sala de Competencia (Resolución N.º 0084-2020/SDC-INDECOPI, 2020) considere a Uber como una plataforma digital de transporte de pasajeros; es decir, es un servicio de intermediación, “el cual tiene como finalidad poner en contacto dos demandas: la demanda del servicio de transporte (conductores) y la demanda de pasajeros que requieren su traslado físico hacia otro lugar”. Por su parte, “el conductor del vehículo (chofer) es quien presta el referido servicio de taxi” y, por lo tanto, quien debe cumplir con las autorizaciones correspondientes.

Asimismo, según la Sala de Competencia (Resolución N.º 0084-2020/SDC-INDECOPI, 2020), “el éxito de una plataforma no está determinado únicamente por el número de miembros o interacciones en los que participan, sino también por su calidad”. Así, una plataforma podrá utilizar reglas de gobernanza (que rigen el acceso, el uso y la convivencia dentro de la plataforma) para resolver ciertas fallas de mercado. Estas reglas incluyen “ciertos filtros” antes de permitir el acceso a determinados proveedores, con la finalidad de que únicamente puedan ingresar aquellos agentes económicos que brinden un servicio y/o producto idóneo (por ejemplo, revisar los antecedentes penales, el récord de multas que Uber aplica para sus socios conductores). En palabras de la Sala de Competencia, estas reglas de gobernanza son propias de un administrador de plataforma.

En ese sentido, siguiendo lo señalado por el Indecopi, una plataforma digital, al ser un intermediario, no podría ser considerado como empleador, pues simplemente funciona como un nexo para que los que prestan el servicio subyacente consigan clientes de una forma más sencilla. Además, aquellos filtros, en teoría, no pueden ser considerados como una selección de personal de trabajo, sino más bien como un filtro comercial. Aunado a ello, lo lógico sería no confundir el control empresarial (como el que un franquiciante puede tener con un franquiciado) con el control laboral. Sin embargo, es importante manifestar que a la fecha no existe ningún pronunciamiento sobre alguna

autoridad laboral al respecto, es por ello que es de vital importancia revisar criterios jurisprudenciales de ordenamientos jurídicos internacionales.

Tratamiento de las plataformas digitales en el extranjero

A nivel internacional, encontramos que no hay un criterio uniforme sobre si existe relación laboral o no entre las plataformas digitales y aquellos que prestan el servicio. A continuación, presentaremos una serie de casos que analizan este aspecto.

*Caso Deliveroo*³

El 1 de junio del 2018, el Juzgado de lo Social N.º 6 de Valencia determinó que la relación que une a la plataforma digital Deliveroo y a uno de sus *riders* no es una relación mercantil como locador de servicios, sino una laboral como asalariado por los siguientes motivos:

- La empresa es la titular de la plataforma virtual, careciendo los *riders* de organización empresarial alguna y estando obligados a descargar la correspondiente aplicación e integrarse en un grupo de Telegram.
- La empresa geolocaliza en todo momento al trabajador, llevando un control de tiempos de cada reparto, utilizando la tecnología como un mecanismo de fiscalización laboral.
- La empresa imparte las instrucciones y fija los tiempos y normas de comportamiento que el *rider* debe seguir cuando lleva a cabo el reparto. Asimismo, es la plataforma quien decide, dentro de las franjas que previamente el trabajador escoge, cuál es su horario.
- La empresa fija los precios de los servicios que realiza el trabajador.
- Los *riders*, dentro de su horario, carecen de libertad para rechazar pedidos. De hecho, el supuesto enjuiciado trae su causa precisamente en la extinción derivada de los reiterados rechazos y faltas de disponibilidad por parte del trabajador para realizar entregas.
- Es la empresa quien establece las condiciones de los restaurantes adheridos y de los clientes a los que presta sus servicios, desconociendo el trabajador cuáles son estos restaurantes, así como la identidad de los clientes que solicitan el servicio.
- Por último, los *riders* son utilizados como la marca de Deliveroo, dado que son “la imagen de la compañía de cara al cliente”. (Villaverde, 7 de junio del 2018, párrs. 4-10)

3 Adaptado del artículo “Relación laboral en las plataformas digitales”, por A. Morales Cáceres, 15 de febrero del 2020, *Agnitio*. Todos los derechos reservados [2020] por AGNITIO. Adaptado con permiso del autor.

Cabe señalar que, el 22 de julio del 2019, el Juzgado de lo Social N.º 19 de Madrid le dio la razón al órgano de Inspección de Trabajo de la Seguridad Social en Madrid, señalando, de igual manera que en el caso anterior, que los *riders* de Deliveroo son trabajadores y no “falsos autónomos”, debido a que los repartidores esencialmente han ejecutado un trabajo personal en unas condiciones organizadas y dirigidas por la empresa, que es la única que controla la marca Deliveroo, su aplicación informática y toda la información que se desprende de ella. Esta sentencia fue confirmada el 17 de enero del 2020 por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid (TSJM, 2020) indicando que los *riders* de Deliveroo son falsos autónomos (falsos locadores de servicios); así dio la razón a la Seguridad Social y confirmó la primera decisión de la Inspección de Trabajo.

*Caso Glovo*⁴

El 3 de septiembre del año 2018, el Juzgado de lo Social N.º 39 de Madrid señaló que la relación entre la plataforma digital y sus *glovers* no es de naturaleza laboral, sino de naturaleza mercantil; se trata, por lo tanto, de verdaderos profesionales autónomos (locadores de servicios). En este caso, se concluyó que la prestación de servicios desarrollada por el *rider* no podía clasificarse como laboral por no existir subordinación por las siguientes razones:

- El *rider* no estaba sujeto a jornada ni horario, puesto que él decidía la hora en la que deseaba trabajar y los pedidos, pudiendo incluso rechazarlos una vez aceptados. Asimismo, el repartidor tenía dominio completo de su actividad, dado que decidía con libertad la ruta a seguir por cada pedido y su forma de realización.
- Glovo no ejerce ningún poder disciplinario sobre el *rider*, por lo que este se autoorganiza, lo que es una característica propia de una relación mercantil.
- El *rider* asume el riesgo de cada pedido, lo que indica que este no está sometido a la estructura organizativa interna de la empresa. Las principales herramientas de trabajo (moto y teléfono celular) son propiedad del trabajador.
- La retribución que percibe el *rider* depende directamente de la cantidad de recados que haga, siendo distinta de un mes a otro.
- Glovo no exige justificaciones a los *riders* por sus ausencias, sino que estas simplemente deben comunicarse.
- Finalmente, no existe pacto de exclusividad entre las partes, de manera que el *rider* puede prestar servicios para otras empresas. (Villaverde, 1 de octubre del 2018, párrs. 3-8)

4 Adaptado del artículo “Relación laboral en las plataformas digitales”, por A. Morales Cáceres, 15 de febrero del 2020, *Agnitio*. Todos los derechos reservados [2020] por AGNITIO. Adaptado con permiso del autor.

Podemos apreciar que una de las diferencias más llamativas radica en la diferente concepción que en las sentencias se tiene acerca de la estructura empresarial. En el caso de Glovo, entiende la jueza que la moto y el celular son las principales herramientas de trabajo. Sin embargo, en la sentencia de Deliveroo, se afirma que, pese a que el teléfono móvil y la bicicleta son propiedad del repartidor, este carece de organización empresarial, dado que lo relevante, a efectos de organización de la actividad empresarial, es la aplicación informática, propiedad de la plataforma digital. Asimismo, mientras que el sistema de geolocalización de los *riders* de Deliveroo fue considerado un elemento de dependencia de los repartidores frente a la plataforma digital, propio de una relación laboral, en el caso de Glovo, a juicio de la magistrada-jueza, este no es un instrumento de control, sino la forma de contabilizar el kilometraje para su posterior abono en la factura. Estas sentencias nos demuestran la diferente valoración que subjetivamente realizan los jueces respecto a las circunstancias que rodean la prestación del servicio.

*Caso Uber Reino Unido*⁵

El 10 de noviembre del año 2017, el Employment Appeal Tribunal (EAT) del Reino Unido resolvió el recurso de Uber BB, Uber London Ltd. y Uber Britannia Ltd. contra la sentencia del London Central Employment Tribunal (ET) de octubre del 2016, que reconocía a los conductores de Uber su condición de *workers*. Cabe precisar que en el ordenamiento jurídico del Reino Unido existen tres categorías para clasificar la prestación de servicios realizada por personas naturales, a saber:

- *Employee*: figura equivalente al trabajador en la legislación peruana, al que le resulta de aplicación toda la normativa laboral: beneficios laborales, indemnización por despido, vacaciones, etc.
- *Self-employed* o *contractor*: figura equivalente a nuestro trabajador autónomo o locador de servicios, cuya relación no tiene naturaleza laboral, sino civil o mercantil.
- *Worker*: figura inexistente en España, se refiere a personas trabajadoras con (a) contrato de trabajo o (b) contrato de cualquier otro tipo, incluso verbal, en el que se compromete a prestar servicios personalísimos, cuya prestación puede ser irregular en el tiempo. Si bien al *worker* le resulta de aplicación, entre otros, el salario mínimo, las vacaciones retribuidas, los límites de tiempo de trabajo... esta figura no tiene acceso a otros derechos laborales, como a una indemnización por despido o al preaviso por extinción. (Agote, 14 de noviembre del 2017, párrs. 3-5)

5 Adaptado del artículo "Relación laboral en las plataformas digitales", por A. Morales Cáceres, 15 de febrero del 2020, *Agnitio*. Todos los derechos reservados [2020] por AGNITIO. Adaptado con permiso del autor.

El EAT, en su sentencia, declara la condición de *worker* a los choferes de Uber, pues existen indicios de un vínculo laboral, tales como la monitorización del conductor, la imposición de normas o de un precio máximo por servicio, consecuencias del incumplimiento de aquellas, asunción de Uber de determinados gastos del conductor (limpieza), el hecho de que los choferes conducen bajo una marca ajena y que, además, Uber publicita su marca, no a los conductores o prestadores de servicios, lo cual imposibilita el crecimiento de sus negocios, así como el poder que tiene Uber de modificar unilateralmente los términos y condiciones del contrato. Sin embargo, reconoce que esta relación se encuentra contextualizada por la circunstancia de la libertad del conductor de prestar sus servicios cuando quiera, sin sujeción a compromiso de tiempo previo. A diferencia de la relación laboral tradicional, la mayoría de prestadores de servicios a través de plataformas *on demand* definen su horario de trabajo, su tiempo de descanso, su jornada e incluso sus vacaciones. En ese sentido, se puede decir que el chofer de Uber goza de cierta autonomía, por lo que no se podría hablar de subordinación laboral en términos tradicionales.

Sin embargo, en el Perú no existe esta figura, que es una suerte de híbrido legal entre el trabajador y el locador de servicios. Por eso, la realidad hace que muchas veces sea difícil encajarla, ya sea como “trabajador” o como “locador”.

Caso Hilfr en Dinamarca

El 10 de abril del año 2018, se firmó el que sería, según reivindican las partes, el primer convenio en el ámbito de la *gig economy* de una plataforma digital. Hilfr.dk, una empresa danesa dedicada a poner en contacto a limpiadores y usuarios, llegó a un acuerdo pionero con 3F, el principal sindicato del país escandinavo, cuya firma contó incluso con la presencia del primer ministro. (Bel y García, 2018, párr. 1)

El acuerdo distingue entre trabajadores autónomos y Super Hilfr, siendo estos últimos los beneficiarios de las condiciones pactadas. Los limpiadores adquieren la condición de Super Hilfr una vez trabajadas cien horas a través de la plataforma, si bien aquellos que no alcancen este umbral podrán solicitar igualmente su inscripción en dicha categoría.

Los limpiadores Super Hilfr pasan a tener reconocidos determinados derechos laborales:

- Una retribución mínima de 141 coronas (19 euros) por hora de servicio
- Cotizaciones al seguro de pensiones
- Devengo del pago de vacaciones
- Prestación por enfermedad

Esta es una prueba de cómo el mismo mercado puede llevar a que las partes regulen mejor sus necesidades (Bel y García, 2018, párrs. 8-12).

*Caso Tortas Gaby en el Perú*⁶

Si bien este caso no está relacionado con una plataforma digital (ni en el extranjero), es bastante interesante puesto que señala que una persona que brinda el servicio de reparación de tortas no se encuentra en una relación laboral. El 13 Juzgado Laboral de Lima determinó que esta relación era comercial, pues el *rider* utilizaba su propia movilidad y corría con gastos tales como el de gasolina, reparaciones y seguro. Asimismo, él era quien decidía cuándo realizar mantenimiento a su motocicleta. Finalmente, su ingreso dependía exclusivamente de la cantidad de pedidos y las tarifas según los distritos.

En ese sentido, si en este caso se ha determinado que no existe vínculo laboral, en el caso de las plataformas digitales sería inclusive más difícil poder establecer la naturaleza jurídica de la relación.

Más allá del derecho laboral: los *riders* o *drivers* como empresarios⁷

“Cada uno ve lo que quiere ver”, dice el popular refrán. La discusión de un abogado laboralista siempre se centrará en si existe o no vínculo laboral, pues, tal como dijo el filósofo británico Aldous Huxley, “hay cosas conocidas y hay cosas desconocidas, y en el medio están las puertas de la percepción”. Por lo tanto, es natural que se centren en este análisis. Sin embargo, abogados de otras ramas del derecho, probablemente, lleguen a conclusiones distintas, porque la percepción siempre precede a la realidad. En ese sentido, un abogado comercial o tributario podría identificar a un *rider* o a un chofer de estas plataformas digitales como un empresario (Morales Cáceres, 15 de febrero del 2020, párr. 41)

Recordemos que un empresario es el titular de la empresa. Es el sujeto de derecho que organiza el capital y trabajo a fin de producir bienes o proveer servicios en favor de la sociedad. Las características que definen a un empresario son las siguientes:

- *Gestión*: capacidad de administrar y organizar el capital y el trabajo.
- *Riesgo*: el empresario es responsable de todos los daños que su actividad jurídica pueda derivar.
- *Resultado económico*: dado que en el ejercicio económico pueden producirse ganancias o pérdidas, el empresario asume las consecuencias de su explotación económica.

6 Adaptado del artículo “Relación laboral en las plataformas digitales”, por A. Morales Cáceres, 15 de febrero del 2020, *Agnitio*. Todos los derechos reservados [2020] por AGNITIO. Adaptado con permiso del autor.

7 Adaptado del artículo “Relación laboral en las plataformas digitales”, por A. Morales Cáceres, 15 de febrero del 2020, *Agnitio*. Todos los derechos reservados [2020] por AGNITIO. Adaptado con permiso del autor.

De acuerdo con esta concepción, se puede considerar que tanto los *riders* como los choferes pueden ser calificados como empresarios, pues ellos gestionan su capital (dinero, vehículo, teléfono celular) y disponen su tiempo combinándolo con su habilidad (trabajo) para poder llevar a cabo el servicio. Ellos son los que deciden cuánto tiempo trabajar, las horas y los días, así como la elección de la gasolina, el período de mantenimientos, las mejoras del vehículo, la elección del seguro, etcétera. Igualmente, son los responsables de todos los daños que sucedan mientras realizan el servicio, en caso de que sufran un accidente. Finalmente, de su actividad económica depende si ellos generan utilidades o pérdidas.

Inclusive, desde un punto de vista tributario, existen cinco categorías de impuesto a la renta. Las dos primeras corresponden a rentas de capital, mientras que la cuarta y la quinta categoría pertenecen a las rentas de trabajo. En las rentas de capital, se grava todas las ganancias que se obtengan por la explotación de un capital (bien mueble, inmueble, acciones, bonos, propiedad industrial, etcétera), mientras que en las rentas de trabajo se grava las ganancias que se consigan por trabajos dependientes o independientes. En cambio, la renta de tercera categoría, llamada también *renta empresarial*, grava todas aquellas ganancias que se generen como consecuencia de una actividad empresarial, esto es, aquellas que se producen por la participación conjunta de la inversión del capital y el trabajo. ¿Uber puede funcionar sin un chofer? No. ¿Puede funcionar sin un vehículo o un celular? Tampoco. En estos modelos tanto el capital como el trabajo son igual de importantes.

A nivel europeo, en algunas de las sentencias antes mencionadas, se decía que el prestador del servicio tenía nulas posibilidades de crecimiento como empresario, pues todo el *marketing* y la publicidad iba para la marca de la plataforma digital, mas no para quien prestaba el servicio. Sin embargo, esto también ocurre con las microfranquicias o las agencias mercantiles, cuya naturaleza jurídica es mercantil. En este punto, los jueces hacen una valoración subjetiva que limita el ingenio empresarial, pues me parece completamente factible que un empresario inicie su negocio prestando directamente sus servicios personales, pero, a medida que pase el tiempo, este podrá invertir en más vehículos y arrendarlos para que nuevos choferes lo empleen en estas plataformas. Es decir, el nivel de crecimiento depende exclusivamente de lo que se trace la persona.

¿Empleados o empresarios?

Tal como se ha podido apreciar, existe mucha controversia a nivel internacional en cuanto a determinar si los titulares de las plataformas digitales son empleadores de aquellos que proveen el servicio subyacente. Entendiendo a la plataforma como un mero intermediario, consideramos que no debería existir una relación laboral. Sin

embargo, lo más apropiado es analizar caso por caso, pues existe una línea gris entre el control comercial y el control laboral. Para ello, al momento de analizar cada caso debemos preguntarnos si el titular de la plataforma determina dónde se presta el servicio, cómo se presta el servicio, de qué manera se presta el servicio y cuándo se presta el servicio. Si se puede probar ello, nos encontraremos ante una relación laboral. De lo contrario, la relación será meramente comercial.

LA VIDEOVIGILANCIA EN EL CENTRO LABORAL

Cada vez es más frecuente la instalación de cámaras de vigilancia en los centros de trabajo de las empresas por motivos de seguridad. Sin embargo, cabe preguntarse si esta medida podría ser considerada ilícita en algunos supuestos. ¿Un empleador puede colocar de forma arbitraria cámaras de seguridad por todo el centro de trabajo? Es necesario precisar que un sistema de videovigilancia, en buena cuenta, es una estructura de captación de imágenes, e incluso sonido, en un espacio concreto, cuyas imágenes puedan ser visualizadas, grabadas y/o reproducidas.

Esto significa que un sistema de videovigilancia es un banco de datos personales, pues tanto la imagen como la voz, en la medida que identifiquen o puedan identificar a una persona, constituyen datos de carácter personal y pueden ser objeto de tratamiento para diversas finalidades. Si bien la más común consiste en utilizar las cámaras con la finalidad de garantizar la seguridad de personas, bienes e instalaciones, también pueden usarse con otros fines, como la investigación, la asistencia sanitaria o el control de la prestación laboral por parte de los trabajadores. Por ello, la instalación de estos sistemas no debe ser algo arbitrario o casual, sino que debe responder a fines concretos y justificados.

¿Puede un empleador utilizar esta tecnología para fiscalizar a sus trabajadores? Al respecto, el artículo 9 del Decreto Supremo N.º 003-97-TR, Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N.º 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral (1997), señala que el empleador se encuentra facultado a realizar controles y medidas para vigilar el ejercicio de las actividades laborales de sus trabajadores. En ese sentido, el empleador podrá adoptar las medidas que estime oportunas de vigilancia y control a fin de verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales⁸.

En efecto, la mencionada ley le reconoce atribuciones o facultades al empleador, como son (a) la facultad directiva, es decir, la potestad de impartir órdenes al trabajador para que realice una adecuada prestación de sus servicios; (b) la facultad fiscalizadora que consiste en supervisar el cumplimiento de las obligaciones que surgen del contrato de

8 Adaptado del artículo "Videovigilancia en el centro de trabajo", por A. Morales Cáceres, 22 de enero del 2020, *Agnitio*. Todos los derechos reservados [2020] por AGNITIO. Adaptado con permiso del autor.

trabajo; (c) la facultad disciplinaria expresada en la posibilidad que tiene el empleador de sancionar las acciones u omisiones que signifiquen el incumplimiento de las labores encomendadas o actos de indisciplina en el trabajo (STC. Exp. N.º 02208-2017-PA/TC, 2020).

Si bien el empleador goza de esa facultad de control, esto no significa que se encuentre exento de cumplir con la Ley de Protección de Datos Personales, dado que almacenar imágenes —o, en su defecto, voces— en un sistema de videovigilancia supone un tratamiento de datos de carácter personal y, por tanto, el empresario debe ajustarse a los principios y obligaciones que establece la normativa de protección de datos.

El hecho de que se tenga que cumplir con la Ley de Protección de Datos Personales no significa que se deba solicitar el consentimiento de los trabajadores para poder utilizar el sistema de videovigilancia y grabarlos, puesto que, tal como se explicó previamente, el tratamiento de los datos personales del empleador para fines de control empresarial no requiere del consentimiento del trabajador, por encontrarse en el marco de la ejecución de la relación contractual, en razón de lo dispuesto por el numeral 5 del artículo 14 de la Ley de Protección de Datos Personales, Ley N.º 29733 (2011). Por lo tanto, el empleador puede tratar los datos personales de sus trabajadores para fines laborales, sin el consentimiento de los mismos.

Asimismo, el tratamiento de los datos de los trabajadores se limita a las finalidades propias del control y supervisión de la prestación laboral, de tal forma que no pueden utilizarse los medios o el sistema de videovigilancia para fines distintos⁹, salvo que se cuente con el consentimiento del trabajador o se trate de alguna de las excepciones señaladas en el artículo 14 de la Ley de Protección de Datos Personales, Ley N.º 29733 (2011), tales como cuando la empresa requiera dar tratamiento a sus datos en cumplimiento de una norma u obligación legal, y para la preparación y/o ejecución de una relación contractual de la que el trabajador forma parte, entre otras.

Sin embargo, a efectos de acatar la normativa de protección de datos personales, el empleador debe cumplir con informar a sus trabajadores sobre las cámaras de videovigilancia de forma previa. Así, el hecho de no ser necesario el consentimiento de los trabajadores no significa que el empleador no deba cumplir con informar al trabajador sobre el tratamiento de los datos personales captados mediante sistemas de videovigilancia, lo que puede realizarse a través de carteles informativos, ello sin perjuicio de informar de manera individualizada a cada trabajador del tratamiento que se realizará de sus datos personales.

9 De acuerdo con la Directiva N.º 01-2020-JUS/DGTAIPD, son fines legítimos para el control y la supervisión de la prestación laboral, la protección de bienes y recursos del empleador; la verificación de la adopción de medidas de seguridad en el trabajo; y aquellos otros que la legislación laboral y sectorial prevea.

Al respecto, la Directiva N.º 01-2020-JUS/DGTAIPD, directiva de videovigilancia emitida por la Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales, establece qué es lo que deben contener estos carteles informativos. Cada acceso a la zona videovigilada debe tener un cartel o anuncio visible con fondo amarillo o cualquier otro que contraste con el color de la pared y que lo haga suficientemente visible. Su contenido mínimo debe indicar (i) la identidad y domicilio del empleador; (ii) ante quién y cómo se pueden ejercitar los derechos establecidos en la Ley de Protección de Datos Personales; (iii) el lugar donde puede acceder a una política de privacidad que le informe sobre el tratamiento de sus datos personales conforme al artículo 18 de la referida ley (Directiva N.º 01-2020-JUS/DGTAIPD, 2020). Este documento informativo debe estar disponible, ya sea a través de medios informáticos, digitalizados o impresos, y debe señalar qué datos se recopilan, las finalidades del tratamiento, los posibles receptores de la información tanto a nivel nacional e internacional y el plazo durante el cual se conservarán los datos personales¹⁰.

La jurisprudencia española precisa algunos puntos importantes sobre el deber de información respecto a las finalidades del sistema de videovigilancia¹¹:

- No basta con la mera indicación de una “zona videovigilada”.
- Se debe ofrecer a los trabajadores información previa clara, precisa y concisa acerca de la medida de videovigilancia.
- Se debe concretar la finalidad sancionadora si se captan incumplimientos laborales de los trabajadores.
- El momento en que debe suministrarse la información es cuando se instala el sistema de videovigilancia, y cada vez que se incorpore a la empresa un nuevo trabajador.
- Si no se dispone de un sistema de videovigilancia, pero se instala por sospechas de irregularidades, se deberá informar a los trabajadores en el momento en que se instalen las cámaras, incluyendo la finalidad sancionadora de incumplimientos laborales.
- Las cámaras encubiertas u ocultas, no informadas a los trabajadores, quedan totalmente prohibidas. (“La videovigilancia en las empresas, ¿medio de prueba válido en el procedimiento laboral?”, 2019, párrs. 11-16)

10 Adaptado del artículo “Videovigilancia en el centro de trabajo”, por A. Morales Cáceres, 22 de enero del 2020, *Agnitio*. Todos los derechos reservados [2020] por AGNITIO. Adaptado con permiso del autor.

11 Adaptado del artículo “Videovigilancia en el centro de trabajo”, por A. Morales Cáceres, 22 de enero del 2020, *Agnitio*. Todos los derechos reservados [2020] por AGNITIO. Adaptado con permiso del autor.

En esta misma línea, en la reciente sentencia recaída en el Expediente N.º 02208-2017-PA/TC (2020), el Tribunal Constitucional precisó que los empleadores tienen el deber de identificar, evaluar y prevenir riesgos laborales a los que podrían exponerse los trabajadores al implementar mecanismos necesarios para asegurar las condiciones de seguridad en el establecimiento laboral, por lo que, en dicho marco, es posible implementar uso de tecnologías como la videovigilancia.

Como bien recuerda el Tribunal Constitucional, la fiscalización laboral no es una facultad discrecional del empleador que justifica un trato arbitrario, pues su límite se encuentra establecido en el tercer párrafo del artículo 23 de la Constitución Política del Perú (1993), que contempla expresamente que ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador.

Ahora bien, cabe preguntarse qué sucede si el empleador no cumple con el deber de información. Desde la perspectiva del derecho a la protección de datos personales, el empleador podría ser sancionado por la comisión de una falta grave al no respetar los derechos de los titulares de datos personales, la cual tiene prevista una multa que fluctúa entre cinco y cincuenta unidades impositivas tributarias. Desde el ámbito del derecho laboral, si un empleador utiliza un sistema de videovigilancia sin comunicárselo a sus trabajadores, se estaría vulnerando sus derechos fundamentales a la privacidad y a la protección de datos personales. En ese sentido, si se quisiera emplear una grabación como prueba en un proceso, esta podría ser considerada como una prueba ilícita (STC. Exp. N.º 00655-2010-PHC/TC)¹² y, por tanto, podría traer como consecuencia que el despido sea considerado como incausado.

En esta misma línea, la Dirección General de Protección de Datos Personales señala en su Opinión Consultiva N.º 49-2018-JUS/DGTAIPD (2018), en su numeral 11, que a través de los sistemas de videovigilancia el empleador puede captar algún incumplimiento laboral y, por tanto, el registro de tal captación puede ser usado como prueba para imputar faltas de carácter disciplinario a los trabajadores o utilizarse para fines de un proceso judicial laboral, siempre que este medio haya sido empleado cumpliendo con los principios establecidos en la Ley de Protección de Datos Personales¹³.

12 El Tribunal Constitucional considera que la prueba prohibida es un derecho constitucional que garantiza a todas las personas que el medio probatorio obtenido con vulneración de algún derecho fundamental sea excluido en cualquier clase de procedimiento o proceso para decidir la situación jurídica de una persona, o que prohíbe que este tipo de prueba sea utilizada o valorada para decidir la situación jurídica de una persona.

13 El Tribunal Supremo Español también ha tomado parte en el debate de la videovigilancia. Una de sus resoluciones más reseñables es la STS 817/2017, del 2 de febrero, que resolvía un recurso de casación que traía causa de la improcedencia de un despido disciplinario de un trabajador por el incumplimiento reiterado de su jornada. El incumplimiento se probó gracias a las videocámaras instaladas en el centro de trabajo, si bien *no se contemplaba la finalidad de control de horario laboral ni la utilización disciplinaria para con los trabajadores, que no habían sido informados de ello*. Dentro

De otro lado, los empleadores no deben colocar cámaras de seguridad en cualquier ambiente. Siguiendo con lo establecido por el principio de proporcionalidad, solo podrá ser utilizado cuando sea pertinente, adecuado y no excesivo para el cumplimiento del control laboral. En ese sentido, la instalación de cámaras o, en todo caso, su ámbito de aplicación debe restringirse a los espacios indispensables para satisfacer las finalidades de control laboral. Por tanto, en ningún caso se admite la instalación de grabación o captación de sonido o de videovigilancia en los lugares destinados al descanso o esparcimiento de trabajadores, como vestuarios, comedores, lactarios o análogos. Tampoco se permitirá en los servicios higiénicos.

A modo de ejemplo, será proporcional colocar una cámara que grabe las manos de una cajera a fin de ver si esta pudo hurtar dinero en la caja registradora. También será proporcional videovigilar al personal que trabaja en un espacio lleno de maquinarias. No lo será, en cambio, videovigilar a alguien en una oficina personal. A fin de verificar si las medidas son proporcionales o no, se recomienda realizar el siguiente test:

- Juicio de idoneidad: ¿la medida sirve para conseguir el objetivo?
- Juicio de necesidad: ¿existe otro recurso menos intrusivo para la consecución del mismo?
- Juicio de proporcionalidad: ¿existe un equilibrio entre el perjuicio causado (intromisión a la privacidad) y los beneficios que suponga el uso de esta medida (control laboral)?

A modo de conclusión, un empleador podrá utilizar la videovigilancia como forma de control laboral, siempre que dicho tratamiento sea proporcional a la finalidad. Para ello, se debe cumplir con informar al trabajador sobre las características del tratamiento. De esta forma, tanto los derechos de los empleadores como el de los trabajadores se ven reforzados, pues no se priva al primero de emplear este método de fiscalización laboral, sino que se regula de tal manera que las grabaciones puedan ser utilizadas en la medida

del ámbito laboral, según el Tribunal Supremo, *el consentimiento del trabajador se entiende implícito en la relación negociada, siempre que el tratamiento de datos de carácter personal sea necesario para el mantenimiento y el cumplimiento del contrato de trabajo. Por el contrario, el consentimiento de los trabajadores sí será necesario cuando el tratamiento de datos se utilice con finalidad ajena al cumplimiento del contrato. No obstante, el deber de información previa sobre el uso y destino de los datos forma parte del contenido esencial del derecho a la protección de datos, y persiste a la dispensa del consentimiento.*

Esta idea se vio reforzada en el 2018, cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos emitió su sentencia por el caso López Ribalda y otros contra España. En el caso, ante sospechas sobre pérdidas en la caja, el empleador decidió instalar un *sistema de videovigilancia consistente en cámaras visibles y ocultas, pero los empleados solo tenían conocimiento de las visibles*. La videovigilancia encubierta en el puesto de trabajo fue considerada como una considerable intrusión en la vida privada de las demandantes, que vulnera el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

que garanticen y respeten los derechos fundamentales de los segundos, de acuerdo con lo dispuesto en la Constitución, la legislación laboral y la normativa en materia de protección de datos personales¹⁴.

LA REVISIÓN DE LOS DISPOSITIVOS TECNOLÓGICOS CORPORATIVOS

Como he mencionado anteriormente:

Son muchos los casos en los que las computadoras del trabajo, el correo corporativo, la conexión a internet de la oficina, el WhatsApp o Facebook del celular de la empresa se utilizan para cuestiones personales. ¿Quién no ha enviado alguna vez un correo electrónico a su pareja para coordinar una salida a algún restaurante o sus amigos para coordinar una reunión? ¿Quién no ha navegado por internet a fin de buscar destinos turísticos? ¿Quién no dedica tiempo a leer columnas de opinión en los sitios web de los periódicos? Sin embargo, muy pocas personas se detienen a reflexionar si el empleador puede leer el correo electrónico corporativo o verificar las páginas por las que uno ha navegado.

La razón por la que los empleadores ponen a disposición de sus trabajadores una conexión a internet, correos corporativos, chats internos, *smartphones*, entre otras nuevas tecnologías, es para que estos ejerzan sus actividades profesionales de la manera más eficiente posible. En consecuencia, resultaría lógico, desde ese punto de vista, que estos se encuentren legitimados para vigilar a sus empleados a fin de evaluar su productividad laboral.

Sin embargo, debemos recordar que el trabajador llega a la relación laboral con todos los derechos constitucionales que le corresponden como persona, tales como el derecho a la intimidad, al secreto de las telecomunicaciones y a la protección de datos personales, por lo que el empleador debe respetarlos. En ese sentido, cabe preguntarse hasta qué punto es legal que una empresa revise el correo de sus empleados.

Al respecto, debemos mencionar que el legislador peruano no ha regulado de forma expresa el tema en cuestión, por lo que caben múltiples interpretaciones. La Corte Suprema, por su parte, mediante la Casación N.º 14614-2016-LIMA (caso Nestlé) establece que constituiría un exceso que el empleador al ser propietario de las cuentas de correo pudiese revisar el contenido de ellas, puesto que admitirlo implicaría colisionar con el derecho fundamental a la intimidad e inviolabilidad de las comunicaciones de los trabajadores. (Morales Cáceres, 11 de enero del 2019, párrs. 1-4)

Sin embargo, esta postura no se adaptaba a la realidad empresarial ni a las tendencias internacionales. ¿Cómo podía un empleador revisar el correo corporativo de un trabajador si este se encontraba en vacaciones o había cesado en sus funciones? ¿Acaso

14 Adaptado del artículo "Videovigilancia en el centro de trabajo", por A. Morales Cáceres, 22 de enero del 2020, *Agnitio*. Todos los derechos reservados [2020] por AGNITIO. Adaptado con permiso del autor.

se requería de un mandato judicial para ello? Inclusive, desde el punto de vista de la protección de datos personales, el empleador es un titular de bancos de datos personales y, como tal, debe cumplir con una serie de obligaciones de seguridad. ¿Cómo podía el empleador revisar que sus trabajadores estén cumpliendo con todas las medidas de seguridad necesarias? ¿Cómo podía el empleador verificar una posible fuga de datos personales si no se implementaban mecanismos de trazabilidad? No cabe duda de que la posición esbozada hasta ese momento por la jurisprudencia no se adaptaba al impacto de las tecnologías en las relaciones laborales.

Hasta ese momento, doctrina autorizada sostenía que, para efectos de cumplir con el criterio establecido por la Corte Suprema, el empleador podría acceder al correo electrónico de sus trabajadores en dos circunstancias: la primera, cuando cuente con una autorización judicial; y la segunda, cuando el propio trabajador haya autorizado el acceso dando su consentimiento informado (“Empleadores que ingresen a correos de trabajadores sin permiso recibirían multa de hasta S/ 20,250”, 2017, párr. 2).

Por otro lado, César Puntriano, en una entrevista en el diario *El Peruano*, de fecha 6 de junio del año 2017, recomendaba

diferenciar entre las herramientas informáticas de carácter personal que pueda tener el trabajador, de aquellas que le proporciona el empleador como medio de trabajo, ya que estas últimas deben emplearse para fines laborales, no siendo inconstitucional que el empleador acceda a su contenido. [Para ello], la intervención se debe efectuar en forma excepcional, no discriminatoria y con la participación del trabajador involucrado. (párr. 6)

Sin perjuicio de lo interpretado por los juristas, lo cierto era que, ante esta postura adoptada por la jurisprudencia nacional, los empleadores se veían limitados a revisar los dispositivos corporativos proporcionados sin contar con un mandato judicial.

Es a raíz de la Sentencia 412/2020, de fecha 8 de septiembre del 2020, que el Tribunal Constitucional analiza dos cuestiones relacionadas con la evolución de las tecnologías de la información y comunicación que han generado un gran impacto en las relaciones laborales: (i) los límites al uso extralaboral de los medios informáticos de propiedad de la empresa por parte de los trabajadores, y (ii) la legitimidad de los controles empresariales y de vigilancia de dicho uso frente a los nuevos avances tecnológicos (STC. Exp. N.º 00943-2016-PA/TC, 2020). En esta sentencia, el Tribunal Constitucional sostiene que “una aplicación de la actual línea jurisprudencial seguida por este Tribunal conllevaría que el empleador no cuente con la posibilidad de controlar el contenido de las comunicaciones del correo electrónico institucional” (fundamento jurídico 22). Dicho con otras palabras, no tendría posibilidad alguna de poder monitorear si es que existe alguna filtración de información confidencial que pueda generar grandes perjuicios a la empresa.

A fin de cambiar dicha postura, el Tribunal Constitucional se basa en los criterios establecidos en el caso *Barbulesco vs. Rumanía*, de fecha 12 de enero del 2016:

[En este caso], el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) estableció que el empleador vulneró el derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones al vigilar los mensajes enviados en un chat privado por un trabajador mediante medios propios de la empresa y acceder al contenido de los mismos, si no había sido previamente informado de esta posibilidad, incluso existiendo normas en la empresa que prohibían su utilización con fines personales. En ese sentido, lo relevante en esta sentencia es que la inexistencia de un protocolo interno es lo que infringe el derecho a la intimidad. En otras palabras, el empleador debió informar al trabajador sobre la posibilidad de que su actividad puede ser monitorizada. Asimismo, debió establecer el grado de intromisión estableciendo a qué archivos se accede y cuántas personas tienen acceso a los datos personales e información de carácter privado. Finalmente, para realizar esto debe existir una razón legítima empresarial que justifique la monitorización. (Morales Cáceres, 11 de enero del 2019, párr. 12)

Al respecto, el Tribunal Constitucional señala:

En esa línea, la Gran Sala del TEDH ha establecido los siguientes criterios para determinar si es que el empleador puede o no monitorear las comunicaciones de sus trabajadores.

- El trabajador debe haber sido informado con claridad y con carácter previo de las medidas de control que pueden utilizarse, y del alcance de las mismas, y no únicamente de la posibilidad de que el empresario puede emplear medidas de vigilancia.
- El empleador debe prestar atención y valorar la proporcionalidad de su actuación, estimando qué grado de intromisión comporta la medida en la vida personal y familiar del empleado, debiendo optar por aquella actuación menos intrusiva.
- El empleador debe poder acreditar la existencia de motivos concretos previos al control que justifiquen la necesidad y procedencia de tal medida.
- La medida debe llevarse a cabo de forma previa al inicio del procedimiento disciplinario por parte del empresario, no siendo posible iniciar tal procedimiento y posteriormente determinar los hechos que lo puedan justificar. (STC. Exp. N.º 00943-2016-PA/TC, 2020, fundamento jurídico 25)

Ello permite determinar una posición a favor de la posibilidad de controlar el contenido de los correos electrónicos desde los medios informáticos otorgados por el empleador si es que se cumple con los criterios antes señalados, dejándose de lado una posición que cierre de forma absoluta la fiscalización de su contenido por parte del empleador.

Igualmente, se puede apreciar que la legislación española respalda esta posición, ya que el artículo 87 de la nueva Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y Garantía

de los Derechos Digitales establece que los trabajadores tendrán derecho a la protección de su intimidad cuando utilicen dispositivos digitales puestos a disposición por su empleador (Ley Orgánica 3/2018). Este podrá acceder a los contenidos siempre que sea para controlar el cumplimiento de las obligaciones laborales y para garantizar la integridad de dichos dispositivos. Para ello, los empleadores deberán establecer criterios de utilización de los dispositivos digitales, así como todas las medidas técnicas y organizativas que garanticen la preservación de la intimidad de los empleados.

En ese sentido, se puede apreciar que en España los empleadores deberán respetar el derecho fundamental a la intimidad personal de sus trabajadores y no podrán revisar sus correos electrónicos, salvo que exista un protocolo aprobado de uso, o se haya informado de forma clara, expresa y con lenguaje sencillo el reglamento de uso y de verificación de dichos dispositivos digitales. Cabe indicar que esto no excluye que el empleador pueda controlar el uso que el trabajador le otorga a dichos dispositivos (no su contenido) para garantizar su integridad, que no solo será física, sino que deberá verificar que no tengan virus como consecuencia de acceder a páginas prohibidas.

En atención a esta línea argumental, el Tribunal Constitucional en la Sentencia 412/2020 reconoce la "facultad del empleador de fiscalizar e intervenir en el correo electrónico institucional si es que previamente ha comunicado al trabajador tanto de la posibilidad de la monitorización de sus comunicaciones a través de este medio, así como de las condiciones de uso permitido por la empresa" (fundamento jurídico 29). Asimismo, precisa

que dicha intervención debe respetar ciertos criterios, los cuales se encuentran relacionados con el respeto del principio de proporcionalidad entre el fin que se persigue lograr con dicha intervención y la intensidad de la eventual vulneración o amenaza de violación del derecho fundamental al secreto e inviolabilidad de las comunicaciones. (STC. Exp. N.º 00943-2016-PA/TC, 2020, fundamento jurídico 30).

Como consecuencia, cabe advertir lo siguiente:

Tomando en consideración lo anteriormente expuesto, consideramos que para que un empleador en el Perú pudiese revisar los correos, chats, archivos personales y navegaciones por internet necesitaría cumplir con lo siguiente:

1. Respetar el principio de información en materia de protección de datos personales, informando al trabajador que podrá monitorizar el correo electrónico corporativo, así como toda la tecnología puesta a disposición a fin de que pueda controlar el uso que se les otorga a dichos dispositivos (no su contenido) y para que pueda garantizar la integridad de los mismos.
2. Deberá elaborar un protocolo de monitoreo en donde se establezca cómo se llevará a cabo la monitorización de los dispositivos (los motivos, cada cuánto tiempo, a qué archivos se accede, quiénes pueden acceder a dicha información, etc.), así como las conductas prohibidas por parte de los trabajadores respecto

al uso de la tecnología entregada por la compañía. Este documento deberá ser entregado al inicio de la relación laboral o ni bien sea aprobado por la empresa.

3. Implementar las medidas legales, técnicas y organizativas necesarias que garanticen la preservación de la intimidad de los empleados. En ese sentido, se deberán utilizar los métodos de vigilancia menos intrusivos posibles.
4. Notificar al trabajador de forma previa sobre la posibilidad de que se supervisarán sus comunicaciones, informando sobre la naturaleza y el alcance de dicho monitoreo.
5. Garantizar el ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición de los trabajadores.

En resumen, los dispositivos digitales puestos a disposición por el empleador pueden estar sujetos a las facultades de supervisión laboral siempre que, previamente, marque las pautas sobre el uso de los medios informáticos y advierta que existen controles. Caso contrario, vulneraría el derecho a la intimidad, al secreto de las telecomunicaciones y a la protección de datos personales. (Morales Cáceres, 11 de enero del 2019, párrs. 14-20)

LA GEOLOCALIZACIÓN COMO MÉTODO DE FISCALIZACIÓN LABORAL

Una de las tecnologías que cada vez es más utilizada por las empresas es el GPS (*Global Positioning System*), mecanismo que permite geolocalizar a un objeto y, por ende, suele ser empleado por las empresas para posiciones cuyas funciones se desarrollan centralmente fuera del centro de trabajo.

Al respecto, la geolocalización es la capacidad para obtener la ubicación geográfica real de un objeto, como un radar, un teléfono celular, una tableta, una *laptop* o cualquier otro *wearable* (como un *smartwatch*) que se encuentre conectado a internet. La ubicación geográfica del objeto es medida en coordenadas; en otras palabras, es un concepto que hace referencia a la situación que ocupa un objeto en el espacio y que se mide en coordenadas de latitud (x), longitud (y) y altura (z).

Esta tecnología es utilizada con mayor frecuencia a nivel mundial, principalmente porque los *smartphones* tienen este sistema que permite saber la ubicación geográfica del celular. Así, son muchos los usuarios que están familiarizados con los beneficios de la geolocalización, que van desde (i) solicitar un taxi por aplicativo, (ii) pedir un *delivery*, (iii) prevenir delitos, (iv) hacer *marketing* personalizado, entre otros.

Hace algunos días leíamos con cierta preocupación, como si se tratara de un capítulo de *Black Mirror*, que algunas empresas en Estados Unidos han comenzado a implantar microchips en diferentes partes del cuerpo de sus trabajadores, con el objetivo de geolocalizarlos y verificar que efectivamente se encuentren en el centro de trabajo en su horario laboral. Esto ha llevado a que los legisladores en Michigan, Estados Unidos,

propongan un proyecto de ley que prohibiría a las empresas implantar microchips a sus trabajadores, salvo que se ofrezcan como voluntarios. Si bien en el Perú una práctica así sería contraria al derecho fundamental a la intimidad, esto nos lleva a cuestionarnos la validez de la utilización del GPS como herramienta de fiscalización en el marco de una relación de trabajo.

Tal como mencionamos anteriormente, el artículo 9 del Decreto Supremo N.º 003-97-TR (2020), Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N.º 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, señala que el empleador se encuentra facultado a realizar controles y medidas para vigilar el ejercicio de las actividades laborales de sus trabajadores. Al igual que ocurre con las cámaras de videovigilancia, la introducción de nuevas tecnologías, como la utilización del GPS, está produciendo en la relación laboral un aumento del poder de control del empleador sobre la prestación de trabajo y sobre el trabajador mismo.

Esto se debe a que resulta más económico y eficiente fiscalizar a los trabajadores a través de las nuevas tecnologías que hacerlo de forma “tradicional” o presencial. Sin embargo, esto puede terminar vulnerando derechos fundamentales como la intimidad, la protección de datos personales y la dignidad. La primera pregunta que debemos respondernos es si es que un empleador puede utilizar un sistema GPS para geolocalizar a sus trabajadores. En principio, el empleador puede utilizar esta tecnología para supervisar a sus trabajadores o para cuidar su patrimonio. En el Perú, se ha utilizado el GPS en las unidades de transporte o vehículos motorizados, tanto para fines de seguridad o de fiscalización laboral.

Debido a que la geolocalización es un dato personal debido a que a través de ella se hace identificable a una persona natural, la Ley de Protección de Datos Personales y su reglamento es aplicable. En tal sentido, el acceso a los datos de geolocalización se considera un tratamiento de datos de carácter personal, por lo que es necesario con dicha normativa en aras de salvaguardar la privacidad del trabajador. Se considera dato de geolocalización a cualquier dato tratado en una red de comunicaciones electrónicas que indique la posición geográfica del equipo terminal del usuario de un servicio de comunicaciones electrónicas disponible para el público.

Cabe indicar que este tratamiento de datos personales no necesita del consentimiento del trabajador, puesto que dicho tratamiento se realiza en el marco de una relación contractual. Por tanto, no sería necesario solicitar el consentimiento para dicho tratamiento de datos, aunque sí sería necesario informarle del mismo.

Además, el empleador debe tener cuidado en caso de que esos datos de localización geográfica revelen información no concerniente a la actividad laboral, ya que supondría una vulneración del derecho fundamental de los trabajadores a su privacidad. Se exige, por tanto, observar en ese tratamiento de los datos el principio de proporcionalidad, lo

que significa utilizar la menor cantidad de datos posible y tratarlos de tal manera para que sean adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito y las finalidades para las que se hayan obtenido. Para ello, se recomienda realizar una evaluación de impacto a la privacidad antes de proceder con la incorporación de la tecnología.

En España, la Audiencia Nacional dictó una importante sentencia que trata sobre los límites a la geolocalización de los empleados (Sentencia núm. 13/2019, del 6 de febrero del año 2019). Telepizza implementó un sistema de geolocalización a través de una aplicación instalada en el celular de los propios empleados, con la finalidad de que los clientes puedan hacer un seguimiento en directo de sus encargos (como sucede actualmente con muchas plataformas tecnológicas de reparto de comida a domicilio).

En esa resolución, se estableció que para la implantación del sistema de geolocalización por parte de la empresa se prescindió de proporcionar a los trabajadores la información relativa al tratamiento de datos personales. De hecho, la sentencia analiza la cláusula prevista en el contrato de trabajo, en la que no se menciona la posibilidad de que los trabajadores sean geolocalizados ni se informa del resto de aspectos que resultan obligatorios, tales como la base jurídica del tratamiento, el plazo de conservación de los datos o la posibilidad de ejercer los derechos de acceso, rectificación, cancelación, etcétera (SAN 136/2019, 2019).

Asimismo, se determinó que la geolocalización no supera el principio de proporcionalidad. La Audiencia Nacional sostiene que la finalidad perseguida por la empresa —que el cliente conozca en todo momento el lugar en que se encuentra su pedido— se podría haber obtenido con medidas que suponen una menor injerencia en los derechos fundamentales de los empleados, como, por ejemplo, la implantación de sistemas de geolocalización en las motocicletas en las que se transportan los pedidos o las pulseras con tales dispositivos, que no implican para el empleado la necesidad de aportar medios propios ni, sobre todo, obtener datos de carácter personal como son el número de teléfono o la dirección de correo electrónico en la que han de recibir el código de descarga de la aplicación informática que activa el sistema (SAN 136/2019, 2019).

En efecto, para que el uso del GPS no sea considerado ilícito debe respetar, en primer lugar, los derechos fundamentales de los trabajadores. El empleador debe entender que aquello que legitima el control o la supervisión del trabajador mediante un sistema de geolocalización estriba en que el empresario goza de la facultad de dirección y gestión de los recursos de su empresa. Sin embargo, una vez culminada la jornada laboral, también finaliza la prestación laboral y, por tanto, debe cesar toda medida de control que interfiera en la vida privada del empleado. Asimismo, para garantizar los controles menos intrusivos, el empleador deberá realizar un análisis y ver si supera el test de idoneidad y proporcionalidad.

Adicionalmente, en virtud de lo establecido por la Ley de Protección de Datos Personales, el trabajador debe ser informado de forma previa respecto de los medios de control y vigilancia que utilice el empleador. El conocimiento previo resulta trascendente, ya que de ese modo no se genera una expectativa de confidencialidad a los trabajadores.

Finalmente, el empleador debe preferir aquellos mecanismos tecnológicos que tengan el menor impacto en la vida privada del trabajador, pese a que estos puedan resultar más idóneos para el control de los trabajadores. En ese sentido, el empleador, al momento de elegir el medio de fiscalización, debe evaluar el impacto que este puede tener en los derechos de los trabajadores, a través de una evaluación de impacto a la privacidad del trabajador.

EL TELETRABAJO Y LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

El teletrabajo¹⁵ es una modalidad de prestación de servicios en las instituciones públicas y privadas que se caracteriza por la utilización de tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC) sin la presencia física del trabajador en el centro de labores. A través del uso de las TIC, el empleador ejerce el control y la supervisión de las labores. Esta modalidad de trabajo no solo implica un cambio para el trabajador; sin lugar a dudas, también representa un cambio para los empleadores, quienes, en su calidad de responsables del tratamiento de datos personales, deben considerar cuestiones que van desde dónde accede el empleado a la información hasta la forma en la que ingresa a los sistemas.

El teletrabajo pone de relieve la utilidad de la tecnología para permitir el incremento de la eficiencia en la gestión de las relaciones laborales; sin embargo, el uso de las TIC también da pie a importantes interrogantes en relación con la privacidad y la protección de datos personales: ¿qué formas de acceso remoto se permiten? ¿Qué tipo de dispositivos pueden ser utilizados en el teletrabajo? ¿Se permite el trabajo mediante el uso de los dispositivos personales por parte de los trabajadores? ¿Cuáles son las responsabilidades y obligaciones que asumen las partes? ¿Cómo puede fiscalizar el empleador el trabajo realizado por el trabajador? ¿Qué ocurre ante una brecha de seguridad en uno de los dispositivos de los trabajadores? Por ende, en un contexto de teletrabajo, que se apoya necesaria y fundamentalmente en el uso de las TIC, resulta necesario que el empleador delimite un marco normativo en donde se fijen los derechos y obligaciones entre las partes, de forma previa.

No cabe duda de que, al permitir que los trabajadores accedan y manipulen información fuera del entorno corporativo, se amplía la frontera de implicancias en seguridad.

15 Lo señalado en el presente artículo también aplica para el trabajo remoto, pues el empleador debe cumplir con las normas de protección de datos personales y garantizar el derecho fundamental a la privacidad por parte del trabajador.

Las vulnerabilidades y amenazas informáticas en este nuevo contexto plantean riesgos que deben ser mitigados implementando medidas de control adecuadas, ya que, de no tenerlas, se podría estar abriendo la puerta a brechas de seguridad, fugas de información, infecciones con códigos maliciosos o accesos no autorizados a información privilegiada. La tabla 1 presenta algunas de las vulnerabilidades y amenazas en un entorno relacionado con el teletrabajo.

Tabla 1
Vulnerabilidades y amenazas en el entorno del teletrabajo

Vulnerabilidades (Factor interno)	Amenazas (Factor externo)
<ul style="list-style-type: none">• Conexión desde redes inseguras• Contraseñas débiles• Ausencia de soluciones de seguridad• Falta de respaldos de información• Dispositivos con información sin cifrar• Reglas corporativas oscuras• Uso de aplicaciones no seguras• Utilización de <i>software</i> gratuito• Falta de actualización de sistemas y dispositivos	<ul style="list-style-type: none">• Infección con códigos maliciosos• Daño de los equipos• <i>Phishing</i>• Pérdida o robo de dispositivos• Engaños basados en ingeniería social

Elaboración propia

Como se puede apreciar, el empleador se enfrenta a un doble reto, pues debe proteger, por un lado, la información confidencial y datos personales de sus clientes y, por el otro, respetar el derecho a la intimidad de sus trabajadores, de conformidad con lo dispuesto en el literal c) del artículo 6 del Reglamento de la Ley N.º 30036, Ley que regula el Teletrabajo. Esto significa que, al momento de fiscalizar el cumplimiento de las obligaciones de seguridad de la información, a su vez debe garantizar los derechos fundamentales a la privacidad, protección de datos personales e inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados del trabajador.

En este sentido, el empleador deberá plasmar todas las funciones y obligaciones que el trabajador deberá tener en cuenta al momento de prestar sus servicios bajo esta modalidad en el Manual de Teletrabajo. Dicho documento deberá tener en cuenta lo siguiente:

- *Uso de dispositivos corporativos*: el empleador debe incluir una Política de Uso de Medios Tecnológicos, en donde se debe establecer qué puede hacer y qué no puede hacer el trabajador con los dispositivos corporativos y sistemas que son de propiedad del empleador (por ejemplo, teléfonos celulares corporativos, *laptops* corporativas, entre otros).

- *Uso de dispositivos propios:* en el supuesto en que se permita a los trabajadores utilizar sus dispositivos propios, de igual manera, se deberán establecer las políticas de seguridad de la información por implementar.
- *Seguridad de la información:* se recomienda que la información de la empresa se almacene en la nube, pues es más seguro que tenerla almacenada en el propio dispositivo. Asimismo, para evitar el acceso de personal no autorizado a la información de estos dispositivos, se debe hacer uso de un sistema de cifrado de la información.
- *Uso de VPN:* además, se deberá implementar algún sistema que permita sincronizar la información que los trabajadores guardan en sus dispositivos con los sistemas centralizados; de esa manera, no se perderá información. También resulta importante verificar las conexiones entre los dispositivos en el régimen de teletrabajo y, también, cuidar que los servidores centrales estén cifrados. Para ello deberían establecerse redes privadas virtuales o VPN, o bien acceder por escritorio remoto.
- *Entorno laboral:* tanto si el trabajador se encuentra trabajando con un dispositivo habilitado por la empresa como si es un dispositivo personal, es importante establecer la obligación de bloquear siempre el ordenador o cerrar la sesión en caso de ausencia. El entorno laboral en la casa difiere del de la oficina, pues nos encontramos en un lugar en donde compartimos nuestro espacio con terceros (niños, mascotas), que no son tan conscientes de sus actos y podrían borrar o compartir información confidencial de manera involuntaria.
- *Información:* debe informarse a los trabajadores sobre las principales amenazas a las que se encuentra sometido el teletrabajo y las consecuencias en caso de que se quebrante alguna directriz en torno a la seguridad de la información, tanto para el titular de datos personales como para los mismos trabajadores.
- *Gestión de incidencias de seguridad:* resulta imprescindible tener preparados planes de contingencia y protocolos de brechas de seguridad que permitan actuar rápidamente ante situaciones de riesgo, o ante la ocurrencia de incidencias o brechas. La empresa debe estar preparada para atender cualquier pérdida o robo de información, comportamientos anómalos en los sistemas, entrada de virus o cualquier otro incidente que pueda poner en riesgo la información de la empresa. Cualquier anomalía que pueda afectar a la seguridad de la información y a los datos personales tratados debe notificarse al responsable de seguridad del banco de datos personales o al jefe de área (si se trata de información comercial), sin dilación y a la mayor brevedad posible, a través de los canales definidos para tal efecto.

- *Protección a la privacidad de los trabajadores*: es esencial que se establezcan los procedimientos de fiscalización a fin de que el empleador pueda revisar (i) el correcto uso de estos dispositivos, (ii) los contenidos derivados del uso para controlar el cumplimiento de las obligaciones laborales y (iii) que se estén cumpliendo las normas de ciberseguridad de la compañía. Para ello, el empleador debe establecer criterios de utilización de los dispositivos digitales respetando estándares mínimos de protección de su intimidad de acuerdo con los usos sociales y los derechos reconocidos en la Constitución. El empleador deberá detallar las formas en que se llevarán a cabo las fiscalizaciones y el acceso al contenido de los dispositivos. Asimismo, deberá establecer las garantías que se tomarán para preservar la intimidad de los trabajadores.

De otro lado, con el objetivo de que se respete el espacio privado de los trabajadores, el empleador deberá respetar su “derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral”. Dicho de otro modo, se deberá respetar la jornada laboral estableciendo mecanismos para evitar el riesgo de una fatiga informática. Una manera de plasmar esto será, por ejemplo, señalando que el empleado no se encuentra obligado a responder comunicaciones electrónicas fuera de su jornada de trabajo.

Como reflexión final, consideramos que la figura del teletrabajo, que será utilizada a mayor escala una vez culminada la pandemia del COVID-19, representa indudablemente un avance importante en la nueva mecánica de trabajo. Sin embargo, todo avance debe venir equiparado con el debido cumplimiento de la normatividad que lo regula en distintos ámbitos y relaciones humanas a fin de no dejar desprotegidos los derechos tanto de los trabajadores, empleadores y terceros¹⁶.

EL DERECHO A LA DESCONEXIÓN LABORAL

Tal como se mencionó en la introducción, las tecnologías de la información son parte de nuestra vida, forman parte de nuestros hábitos diarios, transformando nuestra forma de relacionarnos, de pensar y hasta de vivir. El trabajo, al ser un componente tan importante en la vida del ser humano, no es ajeno a esta realidad.

El incremento de una comunicación continua, impulsada por el empleo de nuevas tecnologías como herramientas para el desarrollo de la prestación de servicios laboral, tales como el correo electrónico, el WhatsApp, los chats por redes sociales, etcétera, propicia que muchos trabajadores se encuentren permanentemente “conectados” al trabajo, a través de diferentes dispositivos tecnológicos tales como *smartphones*,

16 Adaptado del artículo “Aspectos legales en torno a la privacidad, ciberseguridad y protección de datos personales en el teletrabajo”, por A. Morales Cáceres, 10 de junio del 2020, *Agnitio*. Todos los derechos reservados [2020] por AGNITIO. Adaptado con permiso del autor.

computadoras, tabletas, entre otros. A su vez, las tecnologías móviles se han convertido en uno de los pilares que dan sustento a la transformación digital que actualmente están experimentando las empresas.

El empleador, como es sabido, tiene el deber de proteger la salud de los trabajadores en el desempeño de todos los aspectos relacionados con su labor, en el centro de trabajo o con ocasión del mismo. En ese sentido, el empresario debe respetar de manera efectiva su derecho al descanso, lo cual muchas veces se torna en una práctica compleja, pues la revolución tecnológica y la digitalización de los procesos, así como la globalización —lo cual se ha acentuado aún más con la pandemia del COVID-19—, han dado lugar a un fenómeno de conectividad permanente que impacta en todos los ámbitos de la actividad humana, incluido el laboral, donde las fronteras entre tiempo de trabajo y descanso se tornan cada vez más grises.

En consecuencia, la aparición de las nuevas tecnologías ha proporcionado ventajas, tales como la libertad para trabajar fuera de la oficina, pero también inconvenientes, en especial, lo difícil que resulta desconectarse del trabajo. Esta circunstancia provoca estrés, agotamiento, y dificulta la conciliación de la vida familiar y personal con el trabajo. Así pues, los trabajadores corren el riesgo de padecer síndromes relacionados con las tecnologías, como la fatiga informática, esto es, el cansancio provocado por la continua exposición a la tecnología informática, así como el estrés que genera la espera de un correo electrónico fuera del horario laboral. En definitiva, el abuso digital, es decir, una sobrecarga de información y comunicación puede llegar a ser un riesgo psicosocial nocivo para la salud de un trabajador, y que no garantiza el derecho al descanso, ni la conciliación entre trabajo y la vida personal y familiar (Aragüez, 2018, p. 393).

Esta situación ha abierto un gran debate acerca de la necesidad de regular el denominado *derecho a la desconexión laboral*. Este derecho fue regulado por primera vez en Francia a través de la *Loi 1088-2016*, conocida también como *Loi Travail* o *Loi El Khomri*. Asimismo, en diciembre del 2018, España lo incorporó a través de la Ley Orgánica 3/2018 de Protección de Datos y Garantías de los Derechos Digitales. En el Perú, finalmente se ha materializado en el Decreto de Urgencia que modifica el artículo 18 del Decreto de Urgencia N.º 026-2020, Decreto de Urgencia que establece diversas medidas excepcionales y temporales para prevenir la propagación del coronavirus (COVID-19) en el territorio nacional, el cual versa sobre el trabajo remoto (Decreto de Urgencia N.º 127-2020, 2020):

18.1. Son obligaciones del empleador:

[...]

18.1.4. *Respetar el derecho a la desconexión digital del trabajador, por el cual este último tiene derecho a desconectarse de los medios informáticos, de telecomunicaciones y análogos utilizados para la prestación de servicios durante los días*

de descanso, licencias y períodos de suspensión de la relación laboral [cursivas añadidas].

18.1.5. Para el caso del sector privado, *observar las disposiciones sobre jornada máxima de trabajo que resulten aplicables conforme a las normas del régimen laboral correspondiente.*

El empleador no puede exigir al trabajador la realización de tareas o coordinaciones de carácter laboral durante el tiempo de desconexión digital [cursivas añadidas].

Tratándose de trabajadores no comprendidos en la jornada máxima de trabajo, de conformidad con la normativa vigente en la materia, el tiempo de desconexión debe ser de, al menos, doce horas continuas en un período de veinticuatro horas, además de los días de descanso, licencias y períodos de suspensión de la relación laboral.

18.1.6. Para el caso del sector público, la Autoridad Nacional del Servicio Civil - SERVIR podrá emitir disposiciones complementarias sobre la presente materia.

En tal sentido, el derecho a la desconexión digital se conceptúa como la limitación en el uso de las tecnologías de la comunicación para garantizar el tiempo de descanso y vacaciones de los trabajadores. Por tanto, este derecho tiene por fin garantizar el derecho al descanso laboral de los trabajadores, así como las jornadas máximas de trabajo, consagrados en la Constitución.

Al respecto, el derecho a la desconexión digital persigue un triple objetivo: (i) garantizar el descanso del trabajador, (ii) permitir la conciliación de la vida personal y familiar, y (iii) prevenir riesgos para la salud de los trabajadores. Es por esta razón que la norma establece que el empleador no pueda exigir al trabajador la realización de tareas o coordinaciones de carácter laboral fuera de la jornada de trabajo o durante los días de descanso, licencias y períodos de suspensión de la relación laboral.

Para ello, se recomienda a los empleadores la elaboración de una política de desconexión digital tomando en consideración la realidad empresarial y el tipo de trabajador que labora en la empresa. En dicho protocolo se debe:

- a. Establecer las reglas de desconexión digital de acuerdo con el tipo de trabajador (fiscalizados, no sujetos a fiscalización, intermitentes, personal directivo, entre otros). Asimismo, se debe tener en cuenta la dinámica de la industria o sector económico, así como las funciones y responsabilidades del trabajador.
- b. Determinar en qué momentos se aplica, como las horas fuera de la jornada de trabajo, el día de descanso semanal obligatorio, las vacaciones o las licencias de trabajo, así como cualquier permiso concedido por el propio empleador.
- c. Prever y coordinar aquellas situaciones excepcionales que requieran de atención inmediata debido a su importancia y urgencia.

- d. Señalar las medidas disciplinarias para los jefes de área que incumplan esta política.

La práctica mundial nos demuestra que el respeto al derecho a la desconexión digital se materializa de distintas formas. Una de ellas es determinando que, salvo causa de fuerza mayor o circunstancias excepcionales, el empleador reconoce el derecho de los trabajadores a no responder a los correos electrónicos o mensajes profesionales fuera de su horario de trabajo. Esto implica la obligación de los directivos de no enviar comunicaciones a sus trabajadores fuera del horario laboral. Otra forma de sensibilizar este derecho es a través de la difusión y capacitación de todos los trabajadores, informando sobre los riesgos, desafíos y buenas prácticas relacionados con el uso de las herramientas digitales.

Hay empresas que van más allá de lo señalado por la norma, a fin de ser socialmente responsables con sus trabajadores. A modo de ejemplo, en el año 2016, Michelin implementó una herramienta para enviar avisos a aquellos trabajadores que realizaban más de cinco conexiones laborales fuera de su horario para advertirles de la necesidad de desconectar. En Alemania (sin tener norma expresa), Volkswagen tiene como política apagar el servidor de correo para todos los *smartphones* media hora después de terminar la jornada de trabajo y no los vuelve a encender hasta media hora antes del inicio de jornada. También la empresa Mercedes-Benz ofrece a sus empleados acogerse a un sistema de trabajo *mail on holiday*, por medio del cual los correos enviados a trabajadores que se encuentran de vacaciones son automáticamente redirigidos a otros contactos disponibles dentro de la empresa, evitando que lleguen a sus destinatarios durante las fechas en que estos se encuentran de vacaciones.

A modo de reflexión, si bien se reconoce el esfuerzo hecho por el Poder Ejecutivo al reconocer por primera vez el derecho a la desconexión digital en el Perú y convertirnos en un país que se encuentra a la vanguardia del derecho laboral, esta norma resulta insuficiente. Tal como se ha explicado, este derecho surge como consecuencia del uso masificado de las nuevas tecnologías en el trabajo y no solo a raíz de la incorporación del trabajo remoto, el cual fue establecido como una medida excepcional y temporal para prevenir la propagación del COVID-19. Este derecho no puede limitarse al trabajo remoto (el cual tiene un carácter temporal), sino que debe ser incorporado en la legislación laboral, dado que, cuando el Perú logre superar la pandemia, aún existirán empleadores que abusen de las nuevas tecnologías. En esta nueva realidad, el derecho a la desconexión digital de los trabajadores se perfila como un aspecto clave para el trabajo propio de la era digital, donde las garantías de seguridad y salud solo quedarán fortalecidas con la incorporación de nuevos límites, un cambio de mentalidad y una regulación específica.

CONCLUSIONES

1. Con relación a las plataformas digitales, hay mucha controversia a nivel internacional para determinar si los titulares de las plataformas digitales son empleadores de aquellos que proveen el servicio subyacente. Entendiendo a la plataforma como un mero intermediario, consideramos que no debería existir una relación laboral. Sin embargo, lo más apropiado es analizar caso por caso, pues existe una línea gris entre el control comercial y el control laboral. Para ello, al momento de analizar cada caso, debemos preguntarnos si el titular de la plataforma determina dónde se presta el servicio, cómo se presta el servicio, de qué manera se presta el servicio y cuándo se presta el servicio. Si se puede probar ello, nos encontraremos ante una relación laboral. De lo contrario, la relación será meramente comercial.
2. Respecto al tema de supervisión laboral, para los casos de videovigilancia, geolocalización y revisión de los dispositivos corporativos, es imperativo que el empleador informe con antelación cómo es que llevará a cabo la fiscalización y cuáles son los derechos que tienen los trabajadores en torno a este. Debido a que la tecnología nos presenta situaciones “grises”, el empleador deberá realizar un análisis de proporcionalidad y razonabilidad en la medida, a fin de garantizar los derechos fundamentales de los empleados.
3. El teletrabajo pone de relieve la utilidad de la tecnología para permitir el incremento de la eficiencia en la gestión de las relaciones laborales; sin embargo, el uso de las TIC también da pie a importantes interrogantes acerca de la privacidad y la protección de datos personales, por lo que resulta fundamental que los empleadores implementen las medidas legales, organizativas y técnicas a fin de garantizar el correcto tratamiento de datos personales dentro de la empresa.
4. El derecho a la desconexión digital de los trabajadores se perfila como un aspecto clave para el trabajo propio de la era digital, donde las garantías de seguridad y salud solo quedarán fortalecidas con la incorporación de nuevos límites, un cambio de mentalidad y una regulación específica. Es por esta razón que, una vez culminado el estado de emergencia, se debería crear una norma que regule específicamente este derecho.

REFERENCIAS

- Agote, R. (14 de noviembre del 2017). Los conductores de Uber son *workers* en lugar de *employees*, pero esa figura no existe en España [mensaje en un blog]. Recuperado de <https://blog.cuatrecasas.com/laboral/los-conductores-de-uber-son-workers/>

- Aragüez, L. (2018). El impacto de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación en el tiempo de trabajo: una especial referencia a la desconexión digital. En J. M. Miranda Boto (Dir.), *El derecho del trabajo español ante el Tribunal de Justicia: problemas y soluciones* (pp. 387-409). Madrid: CINCA.
- Bel, J., y García, E. (24 de abril del 2018). Negociación colectiva en la *gig economy*: claves del primer convenio de una plataforma digital [mensaje en un blog]. Recuperado de <https://blog.cuatrecasas.com/laboral/economy-convenio-digital/>
- Casación N.º 14614-2016 (Lima). (2017). Corte Suprema de Justicia de la República: Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria.
- Decreto Supremo N.º 003-97-TR, Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N.º 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral. (21 de marzo de 1997). Recuperado del sitio web del Congreso de la República del Perú: [https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/BE35EA4B0DF56C0A05257E2200538D4C/\\$FILE/1_DECRETO_SUPREMO_003_27_03_1997.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/BE35EA4B0DF56C0A05257E2200538D4C/$FILE/1_DECRETO_SUPREMO_003_27_03_1997.pdf)
- Directiva N.º 01-2020-JUS/DGTAIPD, Tratamiento de datos personales mediante sistemas de videovigilancia. (10 de enero del 2020). Ministerio de Justicia y Derechos Humanos: Dirección General de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales. Recuperado de <file:///C:/Users/User/Downloads/Directiva-N%C2%B0-01-2020.pdf>
- Empleadores que ingresen a correos de trabajadores sin permiso recibirían multa de hasta S/ 20,250. (19 de junio del 2017). *Gestión*. Recuperado de <https://gestion.pe/tendencias/management-empleo/empleadores-ingresen-correos-trabajadores-permiso-recibirian-multa-s-20-250-137607>
- La videovigilancia en las empresas, ¿medio de prueba válido en el procedimiento laboral? (14 de junio del 2019). *Diario Constitucional*. Recuperado de <https://www.diarioconstitucional.cl/2019/06/14/la-videovigilancia-en-las-empresas-medio-de-prueba-valido-en-el-procedimiento-laboral/>
- Morales Cáceres, A. (11 de enero del 2019). ¿Puede mi empleador revisar mis correos y navegaciones por internet? *Agnitio*. Recuperado de <http://agnitio.pe/articulo/puede-mi-empleador-revisar-mis-correos-y-mis-navegaciones-por-internet/>
- Morales Cáceres, A. (22 de enero del 2020). Videovigilancia en el centro de trabajo. *Agnitio*. Recuperado de <http://agnitio.pe/articulo/videovigilancia-en-el-centro-de-trabajo/>
- Morales Cáceres, A. (15 de febrero del 2020). Relación laboral en las plataformas digitales. *Agnitio*. Recuperado de <http://agnitio.pe/articulo/relacion-laboral-en-las-plataformas-digitales/>

- Morales Cáceres, A. (10 de junio del 2020.). Aspectos legales en torno a la privacidad, ciberseguridad y protección de datos personales en el teletrabajo. *Agnitio*. Recuperado de <http://agnitio.pe/articulo/aspectos-legales-en-torno-a-la-privacidad-ciberseguridad-y-proteccion-de-datos-personales-en-el-teletrabajo/>
- Opinión Consultiva N.º 49-2018-JUS/DGTAIPD, Sobre el tratamiento de datos personales captados mediante sistemas de videovigilancia en el marco del control laboral. (11 de septiembre del 2018). Ministerio de Justicia y Derechos Humanos: Dirección General de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales. Recuperado de <https://www.gob.pe/institucion/anpd/informes-publicaciones/1373158-oc-n-49-2018-jus-dgtaipd-sobre-el-tratamiento-de-datos-personales-captados-mediante-sistemas-de-videovigilancia-en-el-marco-del-control-laboral>
- Proyecto de Ley N.º 4144/2018-CR, Ley que regula la labor del trabajador por plataforma digital. Recuperado del sitio web del Congreso de la República del Perú: <http://www.congreso.gob.pe/comisiones2018/Trabajo/Expediente/PL4144>
- Proyecto de Ley N.º 4243/2018-CR, Ley del empleo digno que regula a los trabajadores de plataformas digitales. Recuperado del sitio web del Congreso de la República del Perú: <http://www.congreso.gob.pe/comisiones2018/Trabajo/Expediente/PL4243>
- SAN 136/2019. (6 de febrero del 2019). Audiencia Nacional: Sala de lo Social. Recuperado del sitio web del Poder Judicial de España: <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/8ed60e51766c4e3e/20190219>
- Sentencia recaída en el Expediente N.º 00655-2010-PHC/TC. (2010). Tribunal Constitucional del Perú. Recuperado de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/00655-2010-HC.html>
- Sentencia recaída en el Expediente N.º 00943-2016-PA/TC. (2020). Tribunal Constitucional del Perú. Recuperado de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2020/00943-2016-AA.pdf>
- Sentencia recaída en el Expediente N.º 02208-2017-PA/TC. (2020). Tribunal Constitucional del Perú. Recuperado de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2020/02208-2017-AA.pdf>
- STS 817/2017. (2 de febrero del 2017). Tribunal Supremo Español: Sala de lo Social. Recuperado del sitio web del Poder Judicial de España: <https://www.poderjudicial.es/search/openDocument/b5f9f44350651dc7>
- STSJ M 1/2020. (17 de enero del 2020). Tribunal Superior de Justicia de Madrid: Sala de lo Social. Recuperado del sitio web del Poder Judicial de España: <https://www.>

poderjudicial.es/search/AN/openCDocument/53b1b1721a75d34a10b129baa45c19bf179e3f439af7b2cc

Suprema limita acceso al correo electrónico laboral. (6 de junio del 2017). *El Peruano*. Recuperado de <https://elperuano.pe/noticia/56482-suprema-limita-acceso-al-correo-electronico-laboral>

Villaverde, M. (7 de junio de 2018). Golpe judicial a las plataformas de economía colaborativa: existe relación laboral entre un *rider* y Deliveroo [mensaje en un blog]. Recuperado de <https://blog.cuatrecasas.com/laboral/rider-deliveroo-sentencia/>

Villaverde, M. (1 de octubre del 2018). Diferencias entre el caso Glovo y los casos Deliveroo y Take Eat Easy: ¿los *riders* tienen relación mercantil o laboral? [mensaje en un blog]. Recuperado de <https://blog.cuatrecasas.com/laboral/glovo-deliveroo-take-eat-easy/>

**CÓDIGO DE ÉTICA
/ POLÍTICA EDITORIAL
Y NORMAS PARA COLABORADORES**

CÓDIGO DE ÉTICA

Lineamientos de conducta ética de la revista *Ius et Praxis* de acuerdo a las directrices del Committee on Publication Ethics (COPE).

1. DE LOS AUTORES

Ius et Praxis solicita a los autores seguir las siguientes prácticas:

- La norma de citación que se empleará proviene del manual de la American Psychological Association (APA), séptima edición en inglés, por lo que las referencias utilizadas (ya sea de cita textual o paráfrasis) deben ser colocadas en la lista final de referencias, tomando en cuenta las pautas APA.
- Se exige la autenticidad y originalidad de todo artículo ingresado al proceso editorial.
- Cuando la autoría sea múltiple, es responsabilidad del autor principal señalar el orden de estos.
- Todo autor es responsable de la integridad de su texto. En caso de plagio o disputa por derechos de autor, se atribuye la responsabilidad a todos los autores hasta que se demuestre lo contrario.
- Los agradecimientos y reconocimientos atribuidos a los colaboradores de la investigación se deben consignar como nota a pie de página.
- Los autores podrán solicitar información al editor siempre guardando la formalidad y el respeto. No se tolera, bajo ninguna forma, hostilidades ni expresiones denigratorias.

2. DE LOS ARTÍCULOS

Ius et Praxis considera como prácticas reprobables las siguientes:

- El plagio en todos sus sentidos. Ello comprende la redacción o inclusión de gráficos de propiedad de otro autor o publicado en otro medio. Tampoco se acepta el autoplagio ni la publicación parcial o total de las ideas de otros autores publicados en otros medios sin su debida citación y referencia.

- Multiplicación de envíos. Bajo ninguna forma se podrá postular el mismo artículo en otra revista o publicación de manera simultánea durante el proceso de arbitraje y edición de la publicación.
- Falsificación de datos. La aplicación de procedimientos metodológicos fraudulentos o que falsifiquen las fuentes primarias.
- Tratamiento inadecuado de datos. Se produce cuando los datos o fuentes en los que se basan los resultados no son accesibles y el autor hace un uso inadecuado de ello.
- Vulneración de los derechos de autor. Se emplea cuando no se reconoce como autores del artículo a aquellos que hicieron una contribución intelectual significativa en la calidad del texto.
- Conflictos de interés. Esta es atribuible a los autores que tengan algún interés de tipo económico, profesional o de cualquier otra índole que afecte el tratamiento y neutralidad de los datos y la formulación de los resultados.

3. ACCIONES FRENTE A PRÁCTICAS REPROBABLES

De presentarse los actos reprobables, el editor se comunicará con el autor y solicitará la aclaración de la información. Si el artículo está en revisión, el proceso se suspenderá hasta la clarificación. Queda a discreción del editor aceptar la aclaración y continuar con su revisión, o denegar y proceder a rechazar el artículo. La decisión del equipo editorial es inapelable.

4. COMPROMISOS DE LOS REVISORES

Los revisores de *Ius et Praxis* deben tener en cuenta lo siguiente:

- Conflicto de interés. Abstenerse de evaluar un artículo si existe algún condicionamiento de tipo económico, profesional o de otra índole que influya en la evaluación.
- Falta de experiencia. Informar al equipo editorial si consideran que no reúnen la suficiente experiencia académica y científica para evaluar el contenido del artículo.
- Neutralidad e imparcialidad. Desistir de la evaluación si se identifica al autor o alguno de los autores.
- Dedicación. Garantizar el tiempo para llevar a cabo una revisión metódica, rigurosa y justa del artículo considerando que el artículo se encuentra en período de embargo y los autores, revisores y editores no pueden difundir los contenidos.

- Colaboración y contribución. Sustentar de manera asertiva y constructiva sus dictámenes. No se admiten expresiones hostiles ni juicios basados en la nacionalidad, religión, género y otras características inferidas a partir del artículo.
- Confidencialidad. El proceso de arbitraje es confidencial antes, durante y después del proceso de arbitraje. No difundir, ni discutir con otras personas o en contextos públicos el contenido, ni hacer uso del contenido del artículo para fines personales o institucionales.
- Recomendaciones a los autores. Evitar recomendaciones que afecten la neutralidad y confidencialidad del proceso de arbitraje.
- Aspectos éticos. Informar en su dictamen si encuentran irregularidades de índole ética en la investigación: plagio, autoplagio, falseamiento de fuentes, faltas en el tratamiento de datos y omisiones en la protección de datos personales.

5. ACCIONES FRENTE A PRÁCTICAS REPROBABLES DE LOS REVISORES

Si los revisores no cumplen con las responsabilidades establecidas, el editor se comunicará con el revisor y le solicitará la información necesaria para aclarar el problema.

- Conflicto de interés. Ante un conflicto de intereses, el revisor no podrá participar en la revista y su evaluación será inmediatamente anulada.
- Neutralidad. Si la neutralidad se ve comprometida, el equipo editorial solicitará la aclaración debida.
- Plazos. Si el revisor no puede cumplir con los plazos, debe informar al equipo lo antes posible para poder solicitar una extensión de plazo. Si el revisor no cumple con el plazo, ni se comunica con el equipo, este será entendido como no interesado y se procederá a terminar la condición de revisor.
- Comentarios derogativos o prejuiciosos. Los revisores deben evitar cualquier lenguaje sesgado. En caso contrario, el equipo editorial solicitará la aclaración al revisor y en caso no se acepte dicha aclaración, se anulará. El equipo editorial se reserva el derecho de editar partes de la opinión del revisor para mantener el anonimato y la neutralidad.

6. COMPROMISO DEL EQUIPO EDITORIAL Y LOS EDITORES ADJUNTOS

Ius et Praxis se compromete a llevar a cabo las siguientes prácticas:

- Evaluación previa. La evaluación previa es realizada por el equipo editorial de *Ius et Praxis* con base en las normas de publicación sin discriminación alguna por motivos de religión, género, raza o cualquier otro.

- Selección de revisores. Los revisores son elegidos por su experiencia y grado académico para garantizar la debida revisión del artículo en cuestión para la posterior publicación de un artículo de calidad.
- Confidencialidad. La información contenida en los artículos es materia de confidencialidad y no se permite la difusión alguna en el proceso de edición.
- Acceso abierto. Esta revista proporciona su contenido en acceso abierto, basado en el principio de que ofrecer al público un acceso libre a las investigaciones ayuda a un mayor intercambio global del conocimiento.
- Derechos de autor. *Ius et Praxis* se publica bajo Licencia Creative Commons Atribución 4.0.
- Preservación. El Fondo Editorial de la Universidad de Lima realiza copias de seguridad periódicamente de los contenidos de la revista. También se encuentra publicada en la misma página web de la revista.

REFERENCIAS

Kleinert, S., y Wager, E. (2011). Responsible Research Publication: International Standards for Editors. A Position Statement Developed at the 2nd World Conference on Research Integrity, Singapore, July 22-24, 2010. En Mayer, T. y Steneck, N. (Eds.), *Promoting Research Integrity in a Global Environment* (pp. 317-28). Imperial College Press / World Scientific Publishing. Recuperado de https://publicationethics.org/file/International%20standard_editors_for%20website_11_Nov_2011.pdf

POLÍTICA EDITORIAL Y NORMAS PARA COLABORADORES

Ius et Praxis es la revista oficial de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. Tiene una periodicidad semestral y se dirige a toda la comunidad académica interesada en difundir y formar parte de la investigación jurídica, manteniendo un rol activo en los cambios y transformaciones que ocurren dentro y fuera del ámbito del derecho, siempre bajo una óptica que permita el intercambio de ideas y el fomento del diálogo.

Buscamos brindar información de calidad y relevante sobre la coyuntura, y de acceso ilimitado y gratuito para toda la comunidad.

NORMAS PARA LOS COLABORADORES

Ius et Praxis, revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima, tiene por objetivo la difusión de artículos para promover la cultura jurídica a través de la reflexión, el análisis y la investigación.

Los interesados en publicar en *Ius et Praxis* deberán enviar sus artículos en formato Word a la plataforma según las pautas establecidas en este medio. Asimismo, para más información, comunicarse al teléfono 437-6767 o escribir al correo informes@iusetpraxis.ulima.edu.pe.

Los autores cuyos trabajos no cumplan con dichas características serán informados sobre la decisión y no serán sometidos a la siguiente fase de evaluación.

La revista agradece a los autores que la redacción de los artículos que deseen publicar tome en cuenta las presentes normas:

1. Que los artículos sean originales, inéditos y no enviados para su publicación a ningún otro medio. Estos trabajos serán objeto de revisión bajo un sistema de arbitraje de doble ciego, mediante evaluadores externos a los editores de la revista, profesionales en la materia del artículo, quienes tienen la facultad de aprobar, rechazar o sugerir una modificación dentro de este para su posterior publicación.
2. La temática de los artículos es de libre elección del autor, reservándose la revista el derecho de publicar aquellos que considere de mayor interés. Sin perjuicio de ello, la revista puede dedicar algunos de sus números a temas específicos.
3. Los artículos pueden ser científicos, técnicos, de opinión o comentario, y deben ser enviados a través de la página web de la revista. Para ello, el autor debe crearse un usuario y enviar su artículo.

4. Debe incluir un resumen del *curriculum vitae* del autor en no más de cinco líneas, que incluyan teléfono, correo electrónico, identificador ORCID y dirección postal. El autor cede y transfiere en forma exclusiva, mediante declaración jurada dirigida a la Dirección de la revista, el derecho de publicar, distribuir y divulgar sus artículos en *Ius et Praxis*, tanto en soporte físico como virtual, en el país y en el extranjero.
5. El autor es responsable exclusivo del contenido y originalidad de su artículo.
6. Respecto al formato del artículo, las páginas deben estar numeradas; y ser como mínimo 10 y como máximo 20; escritas en letra tipo Times New Roman, 12 puntos, a 1,5 de interlineado, márgenes de 3 cm.
7. El título del artículo no debe exceder de doce palabras.
8. El texto puede incluir diagramas, ilustraciones, figuras, tablas, y recuadros únicamente en blanco y negro, y en un número no mayor de cinco. Estas deben estar numeradas, tener título y fuente, o indicar si son de elaboración propia.
9. En caso de desistimiento respecto de la publicación, deberá comunicarlo a la brevedad posible al correo señalado anteriormente, no debiendo ser más de dos semanas desde su confirmación.
10. El formato de los artículos debe seguir las pautas del *Manual de estilo de la American Psychological Association (APA)*, 7.ª edición, incluyendo:
 - Título (en español e inglés) y autor con su respectiva filiación institucional
 - Resumen (en español) y *abstract* (en inglés), de un máximo de doce líneas
 - Palabras clave y *keywords* (en español e inglés); entre cinco y siete palabras
 - Introducción
 - Materiales y métodos
 - Resultados
 - Discusión
 - Conclusiones
 - Referencias
11. Características:

En la primera página se incluye lo siguiente:

 - Título en español y en inglés en negrita 12 Times New Roman.

- Nombre(s) del autor(es). Se coloca debajo de él la filiación institucional y se incluye en una nota de pie de página información sobre la filiación institucional, la ciudad, el país, profesión y grado académico.
 - Resumen / *abstract*. Es un texto breve en español e inglés que incluye las ideas centrales, con una extensión de 150 a 250 palabras.
 - Palabras clave / *keywords*. El artículo debe incluir un máximo de 7 palabras.
 - Cuerpo. El artículo debe contar con un mínimo de 7000 palabras. Puede haber excepciones cuya motivación debe ser autorizada previamente por el editor. Los párrafos no inician con sangría.
12. Publicada la revista, cada autor recibirá mediante correo electrónico la versión PDF de su artículo contemplado en la edición, la versión PDF de toda la publicación y el enlace de acceso en línea.
13. Los autores deberán considerar las siguientes pautas para la elaboración de sus artículos (véase la *Guía para publicar documentos académicos* en http://contenidos.ulima.edu.pe/bibliofiles/gsu/Guias_tutoriales/guia_publicar_doc_academicos.pdf):
- a. La mención de una obra o referencia se hará en la forma (autor, fecha), es decir, colocando entre paréntesis el autor y el año de la publicación en el mismo texto. Ejemplo: (Fernández, 2009).
 - b. Las citas textuales de menos de cuarenta palabras deben escribirse entre comillas e indicar al final la referencia bibliográfica. Ejemplo: "El índice delictual en Lima ascendió a 13 % en el año 2015" (Villar, 2016, p. 18).
 - c. Las citas textuales de cuarenta o más palabras deben escribirse en párrafo aparte, sin comillas, con sangría y el tamaño de letra debe disminuirse en un punto. Ejemplo:

La adaptación partidaria depende no exclusivamente de incentivos económicos, sino también de incentivos electorales. A ese respecto, el factor que sobreviene más importante lo constituye la locación de la amenaza electoral. En efecto, los partidos de base populista enfrentan desafíos potenciales en dos frentes. Para algunos, la principal amenaza electoral proviene de competidores de centro o de centro derecha que se abren camino entre el electorado de clase media. Estos partidos populistas enfrentan el riesgo de "guetización" electoral, esto es, ser confinados a sus declinantes bases trabajadoras y de clase baja. (Burgess y Levitsky, 2003, pp. 885-886)
14. Las notas para ampliar algún comentario o alcance que fueren necesarias se ubicarán al pie de la página del texto. Cabe precisar que se debe evitar su uso para colocar datos bibliográficos.

15. La reseña bibliográfica debe corresponder a las citas del texto y estar ordenada en forma alfabética, sin numeración. Para mayor información revítese el manual de APA publicado por la Biblioteca de la Universidad de Lima.

Un proceso de reforma política
ad portas del bicentenario

Tratativa constitucional
de los derechos culturales
como categoría de derechos
humanos en el Perú

Los procesos constitucionales
como medios idóneos para la
efectividad de los derechos
programáticos

La responsabilidad social como
imperativo en la Constitución
económica peruana

Entendiendo los conceptos
constitucionales de libre
iniciativa privada y economía
social de mercado

La justicia constitucional como
legislación: Schmitt contra
Kelsen en el siglo XXI

La función notarial
en las sentencias del Tribunal
Constitucional

Importancia de la función
notarial en la protección
de los derechos fundamentales
en el contexto del COVID-19

Prevalencia del catastro
sobre el Registro de Predios para
corregir inexactitudes registrales

Inconvenientes de la introducción
de las cargas probatorias
dinámicas en el sistema
procesal civil peruano

La valoración probatoria
y la prueba de oficio como
aproximación a la gnoseología
inductiva en el proceso civil

La negociación en tiempos
del COVID-19

El nuevo medio de solución
de conflictos: los *dispute boards*

Resolución arbitral *extra petita*
poslaudo: ¿protestar
en sede arbitral o judicial?

Principales riesgos y límites
de la aplicación del principio
de *iura novit curia*
en el arbitraje nacional

Arbitraje de consumo: retos
en el sistema de protección
al consumidor

Investigar o no investigar.
Pautas para elaborar una tesis
de derecho

El impacto de las nuevas
tecnologías en las relaciones
laborales